

ÍNDICE

BUSTO LAGO, J. M., *Imputación del riesgo de cierre temporal de locales comerciales por normas imperativas durante el estado de alarma (Attribution of the risk of temporary closure of business premises due to mandatory rules enacted during the «alarm state»)* (Tribuna)..... 2-10

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional (The allocation of competences in civil matters: the “linked institutions” and the bases of contractual obligations in recent constitutional case law)* ..... 11-44

BARBA, V., *Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda (Separation agreements: a comparison between the Italian and the Spanish jurisprudence, in the hope that the second learns from the first)*..... 45-84

MARÍN LÓPEZ, M. J., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo (The jurisprudence of the Supreme Court related to the innovative agreements on the floor clause)* ..... 85-155

MARTÍN FABÁ, J. M<sup>a</sup>, *Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en construcción en la jurisprudencia civil actual (Interesting issues about advance amounts for the purchase of houses under construction in the current civil jurisprudence)*..... 156-209

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (III): mayo – julio 2022*..... 210-236

# IMPUTACIÓN DEL RIESGO DE CIERRE TEMPORAL DE LOCALES COMERCIALES POR NORMAS IMPERATIVAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

*Attribution of the risk of temporary closure of business premises due to mandatory rules  
enacted during the «alarm state»*

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO  
jose.busto.lago@udc.es  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de A Coruña

## *Cómo citar / Citation*

Busto Lago, J. M. (2022).  
Imputación del riesgo de cierre temporal de locales comerciales por normas imperativas durante  
el estado de alarma (Tribuna)  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 2-10  
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.23>

## *Resumen*

El cierre de locales de negocio arrendados, en los que se realizaban actividades no esenciales durante el periodo de tiempo de vigencia de las normas dictadas para evitar la propagación del virus SARS-Covid-19, planteó, desde el primer momento, la necesidad de dar respuesta a la imputación del riesgo derivado de la imposibilidad temporal de realizar la actividad para la que el local fue arrendado (al arrendador, aun cuando no le resulte imputable la imposibilidad de realizar la actividad; o al arrendatario que mantiene la posesión inmediata del local, aun cuando temporalmente pueda no obtener la utilidad esperada). La LAU no prevé causa alguna de exclusión del pago de la *renta* por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma y el RD Ley 15/2020, de 25 de abril, constituye un argumento normativo que ampara la exigibilidad íntegra de la renta de los locales de negocio durante el estado de alarma. La disputa doctrinal ha trascendido a los pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de los cuales optan por considerar de aplicación la cláusula «*rebus sic stantibus*» que conlleva la reducción temporal de la renta; frente a otros que consideran que se trata de un riesgo empresarial que debe asumir el arrendatario. En Francia, tres *arrêts* de la *Cour de cassation* de 30 de junio de 2022 han resuelto la cuestión suscitada a favor de los propietarios / arrendadores, argumentando que la prohibición de recibir al público en los locales comerciales, de carácter general y temporal, no entraña la pérdida del local arrendado por parte del arrendatario; no constituye una inexecución o incumplimiento de la obligación de entrega y tampoco puede ser invocada como constitutiva de un supuesto de fuerza mayor que impida al arrendatario el cumplimiento de su obligación de pago de la renta. En Alemania, la sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 ha declarado que el arrendatario que inste la reducción o la supresión de la renta debe probar las pérdidas efectivamente sufridas y que éstas hacen imposible el pago de la renta debida.

## *Palabras clave*

Arrendamiento de locales de negocio, estado de alarma, «*rebus sic stantibus*», renta arrendaticia, riesgo empresarial.

### ***Abstract***

The closure of leased business premises, in which non-essential economic activities were developed, during the period of validity of the mandatory rules enacted for confronting the COVID crisis, posed from the first moment the question of who bore the risk of not being able to open the premises (either the lessor, who has nothing to do with the prohibition of opening business premises dedicated to non-essential economic activities, or the lessee, who maintains possession of the premises but cannot obtain the expected utility from them). The Spanish legislation on the contract of lease does not provide that the declaration of an "alarm state" by the Government, or any other force majeure event whatsoever, waives the obligation to pay the rent. The statutes enacted for ruling the alarm state (RD Ley 15/2020, 25 April 2020) reinforce the idea that the lessor may claim the whole rent. Doctrinal disputes have influenced the judicial decrees on this issue. Some of the courts have found that the "rebus sic stantibus" rule must be applied to this case, reducing the amount of the rent payable during the period of temporary closure. Others have considered that the closure was at the risk of the lessee. In France, three *arrêts* of the *Cour de cassation* of 30 June 2022 have ruled in favour of the lessors, arguing that the mandatory closure cannot be considered a breach of contract of the lessor nor a force majeure event that prevents the lessee from complying with his obligation of paying the rent. In Germany, a BGH decree of 12 January 2022 has ruled that the lessee who claims the reduction or withdrawal of the rent must prove the effective losses caused by the closure and that these losses make impossible to pay the rent.

### ***Key words***

Lease of business premises, alarm state, «*rebus sic stantibus*», rent, commercial risk.

Las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno con la finalidad de luchar contra la propagación del virus SARS-CoV-2, que implicaron el confinamiento de la población en sus hogares, la prohibición de desplazamientos no imprescindibles y otras, afectaron también, de manera directa, al uso de los locales comerciales, en tanto que aquellos locales de negocio en los que se realizan actividades calificadas, en la referida normativa, como «no esenciales» (art. 10.1 RD 463/2020, de 14 de marzo), no pudieron recibir al público y, en consecuencia, durante el periodo de tiempo de vigencia de aquellas medidas, no pudieron realizar su actividad comercial de manera habitual, sufriendo pérdidas de ingresos y, por ende, de las ganancias esperadas derivadas de la actividad desarrollada en el local de negocio.

En el referido contexto normativo, se hace necesario determinar la imputación del riesgo derivado de una obligación de imperativo cumplimiento, de carácter excepcional y temporal (en el sentido y con las consecuencias que se derivan de la previsión del art.

4.2 del CC), que determina la imposibilidad –también temporal- de realizar la actividad comercial o negocial para la que el arrendatario ha arrendado un local de estas características. Se trata de contestar a la cuestión acerca de si, en el referido contexto normativo, los arrendatarios están dispensados -de manera total o parcial- del cumplimiento de su obligación de pago de la renta durante el periodo temporal que han estado vigentes aquellas medidas o si, por el contrario, los arrendadores pueden exigir el pago de las mismas y, en su caso, ejercitar otras acciones distintas a la del cumplimiento fundadas en el impago de las rentas, como es el caso de la acción resolutoria y el consiguiente desahucio.

La ausencia de una previsión normativa expresa de imputación de un riesgo como el descrito subyace en el debate, inicialmente doctrinal y, de inmediato, trasladado al foro, en relación con esta cuestión. Previsible resulta que el debate tampoco hubiese cesado en el caso de que se encontrase vigente una norma como la prevista en el art. 564-3 de la *Propuesta de CC* elaborada por la APDC (Ed. Tecnos, Madrid, 2018), que, a propósito de las obligaciones del arrendatario dispone que *«salvo pacto en contrario, el arrendatario de un bien fructífero, mueble o inmueble, no tiene derecho a una rebaja de la renta si el bien arrendado no da los frutos previstos por causas que no pueden calificarse de fuerza mayor. Si la falta de frutos se debiese a un suceso de fuerza mayor, el arrendatario tendrá derecho a una disminución de la renta proporcional a la no obtención de la ganancia que previsiblemente se iba a obtener»*. A tenor de esta norma y si se admite la equiparación del *«factum principis»* -que hace imposible la prestación a cargo del arrendador- a la fuerza mayor, se llegaría a la solución de la reducción de la renta en proporción directa a la reducción de la ganancia esperada por el arrendatario fruto de la realización de la actividad negocial en el local arrendado, lo que generará no pocas dificultades de cálculo y de prueba.

Normas como las contempladas en el RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (así como en el posterior RD-Ley 35/2020, de 22 de diciembre), destinadas a reducir los costes operativos de PYMES y autónomos derivados de la falta o de la minoración de los ingresos, que podían dar lugar a la incapacidad financiera para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones de pago, entre las que se encuentra la *renta* de los arrendamientos de locales de negocio, al partir de la premisa de que el arrendatario está obligado al pago de la renta que se devengue durante el periodo de tiempo que dure la vigencia de las medidas vinculadas al estado de alarma y que le impidan realizar la actividad comercial o negocial

en el local arrendado (extendiéndose la medida a los supuestos de reducción de la facturación respecto del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento de su pago en, al menos, un 75%) suponen una toma de postura del legislador a favor del mantenimiento de la vigencia de la obligación contractual de pago de la renta, sin perjuicio de que se contemplen medidas que afectan a su exigibilidad temporal (en este sentido, aunque crítico con la norma, R. BERCOVITZ, «Comentarios al Título III de la LAU» [BIB 2020\11085]). En efecto, en determinados supuestos, para el caso de determinados arrendadores (empresa, entidad pública de vivienda o gran tenedor) y de determinados arrendatarios (autónomos y PYMES arrendatarios de un inmueble afecto a su actividad económica) estas normas amparan que puedan imponer el aplazamiento de un periodo máximo de cuatro meses de renta, procediendo a su pago durante los veinticuatro meses inmediatamente posteriores (siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento), sin penalización alguna, ni devengo de intereses.

Por otra parte, han sido los arrendatarios, titulares de las actividades comerciales desarrolladas en los locales de negocio (arrendados, o no), los que se han beneficiado de las ayudas públicas vinculadas al cese temporal de la actividad. Esta circunstancia se cohonestaba con el hecho de que sea el arrendatario quien deba asumir el riesgo ligado a la imposibilidad temporal de usar y disfrutar el local comercial por razón de medidas normativas que integran un supuesto de *«factum principis»*.

La toma de posición del legislador no produjo el efecto esperado en el referido debate cristalizado en la posible aplicación de remedios del Derecho común de obligaciones y contratos, como son la posible aplicación de la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación debida, la buena fe contractual, la imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo concretado en la prohibición de apertura al público o la posible aplicación del remedio propio constituido por la cláusula *«rebus sic stantibus»*. En la jurisprudencia española los pronunciamientos divergen entre la estimación de la acción de reclamación de rentas (*v.gr.*, SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 383/2021, de 30 de septiembre [JUR 2021, 355739]), la declaración de que el cierre por aplicación de las normas de prevención del Covid-19 es un riesgo empresarial del arrendatario, de manera que no cabe aplicar la cláusula *«rebus sic stantibus»* (*v.gr.*, SJPI Pamplona núm. 6 150/2021, de 4 de mayo [JUR 2021, 156533]); o la aplicación de este remedio para fundar la reducción de la renta en un 50% (*v.gr.*, SSJPI Barcelona núm. 8 1/2021, de 8 de enero; Palencia núm. 7 26/2021, de 9 de febrero; A Coruña núm. 1 180/2021, de 9 de junio [JUR 2022, 93580]; AP Álava, Secc. 1ª, 536/2021, de 30 de junio [JUR 2021, 32319] y 625/2021, de 2 de

septiembre [JUR 2022, 47959]); así como para adoptar la medida cautelar de suspensión del pago de las rentas (*v.gr.*, AAP Valencia 43/2021, de 10 de febrero).

La aplicación de soluciones fundadas en la aplicación de la doctrina «*rebus sic stantibus*» -que determinan el reparto de riesgos contractuales-, es admitida por algunos Magistrados que se han pronunciado sobre la cuestión (*v.gr.*, SALAS CARCELLER, MAGRO SERVET y GARCÍA CENICEROS); así como por el ex-Magistrado de la Sala de lo Civil del TS ORDUÑA MORENO; por juristas con amplio conocimiento en materia de arrendamientos (FUENTES-LOJO); y por reputados Catedráticos de Derecho civil (*v.gr.*, CARRASCO, si bien limita su aplicación al supuesto de caída de las ventas en el establecimiento comercial, en el que la aplicación analógica del art. 1575 del CC se erige como el fundamento de la aplicación de la «*rebus sic stantibus*»); mientras que, en el caso de cierre del establecimiento en virtud de la norma imperativa ya referida, considera que se suspende el devengo de la renta como consecuencia del incumplimiento, no imputable, del arrendador de cumplir con su obligación *ex art.* 1554.3º CC -y, en esto comparte su parecer, GARCÍA VICENTE-; en tanto que CUENA postula el reparto de los riesgos y la consiguiente rebaja de la renta con fundamento en la aplicación analógica del art. 1575 del CC).

A mi juicio, el hecho de que el legislador se haya pronunciado expresamente sobre esta cuestión, estableciendo un determinado reparto de riesgos de manera imperativa para los supuestos incluidos en el art. 1.1 del RD-Ley 15/2020 enerva la posible aplicación a este supuesto de soluciones fundadas en la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (no faltan tampoco defensores de la aplicación cumulativa de ambos remedios, como es el caso de F. PANTALEÓN), si es que concurrieran, en el caso concreto, los presupuestos de su aplicación a tenor de la doctrina jurisprudencial que resulta de la STS 156/2020, de 6 de marzo, en particular en los contratos de arrendamiento de local de negocio que sean de larga duración y en los que resulta difícil apreciar la relevancia de un cambio sustancial de circunstancias y, en su caso, una excesiva onerosidad de la prestación a cargo del arrendatario fundada en el hecho de no realizar la actividad o de obtener un determinado nivel de venta durante un par o tres de meses en el marco de un contrato de 120 ó 180 meses.

En Alemania, la Sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 (XII ZR 8/21) ha declarado que la pandemia no es un riesgo empresarial y que para que puedan resultar de aplicación los remedios contractuales fundados en la alteración de la base del negocio en el caso de arrendamientos de locales comerciales, que amparen una reducción o, incluso,

una supresión de la obligación del pago de la renta, es necesaria que el arrendatario pruebe las pérdidas efectivamente sufridas y que éstas hacen imposible el pago íntegro de la renta debida, así como las prevenciones que ha adoptado para paliar las consecuencias negativas derivadas de la aplicación de las normas imperativas adoptadas con carácter temporal de cierre al público de determinados establecimientos comerciales.

La doctrina italiana (v.gr., U. SALANITRO) propugna la reducción de la renta con fundamento en la previsión del art. 1464 del *Codice civile*, de manera que, en el caso de falta de acuerdo entre las partes en el caso de renegociación del contrato, pueden éstas acudir al auxilio judicial, considerando de aplicación analógicas las previsiones de los arts. 1578 y 1584 del *Codice civile* en materia de vicios y reparaciones de la propiedad alquilada, lo que resulta de difícil admisión ante la ausencia de laguna legal alguna que haya de ser integrada (v.gr., CARAPEZZA FIGLIA).

La imputación del riesgo al arrendatario es la solución que se ha impuesto en el Derecho francés, en el que se ha generado un debate en términos similares al existente en España y en el que se produjeron pronunciamientos de órganos jurisdiccionales de instancia también divergentes, a los que parece haber puesto fin la *Cour de cassation* a finales del pasado mes de junio. En efecto, en tres *arrêts* de 30 de junio de 2022 (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 30-6-2022 n<sup>o</sup> 21-20.190 FS-B, Sté. Action France c/ Sté. Foncière Saint-Louis; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 30-6-2022 n<sup>o</sup> 21-20.127 FS-B, Sté. Odalys résidences c/ V.; y Cass. 3<sup>e</sup> civ. 30-6-2022 n<sup>o</sup> 21-19.889 FS-D, Sté. Bourse de l'immobilier c/ Sté. Lafran) la Sala de lo Civil de la *Cour de cassation* ha resuelto la cuestión suscitada a favor de los propietarios / arrendadores: los arrendatarios están obligados al pago de las rentas de los locales durante los periodos temporales en los que no han podido mantenerlos abiertos al público. La trascendencia y alcance de estas resoluciones en el Derecho francés resulta evidente y, sin duda, sus argumentos son trasladables al Derecho español. Argumenta la *Cour de cassation* que las medidas administrativas que prohibían recibir al público en los locales comerciales adoptadas durante la crisis sanitaria no entrañaron la pérdida del local arrendado por parte del arrendatario; no constituyeron una inejecución o incumplimiento de su obligación de entrega por parte del arrendador y tampoco pueden ser invocadas como constitutivas de un supuesto de fuerza mayor que impida al arrendatario el cumplimiento de su obligación de pago de la renta del local cuya posesión inmediata siguió ostentando durante la vigencia de aquellas medidas.

En los tres casos resueltos por la *Cour de cassation* se discutía la obligación de pago de la renta durante la vigencia temporal del llamado primer confinamiento (entre los

meses de marzo y mayo de 2020) y en los tres casos se trataba de arrendamiento de locales comerciales en los que se desarrollaban actividades no esenciales: una residencia de uso turístico (nº 21-20.127); un supermercado con predominio de productos no alimentarios (nº 21-20.190) y una agencia inmobiliaria (nº 21-19.889). En los tres supuestos, los arrendatarios habían decidido, de manera unilateral, suspender el pago de la renta, habiendo sido exigido por los arrendadores el cumplimiento de esta obligación.

Los argumentos esgrimidos por los arrendatarios de locales de negocio en el caso de los supuestos resueltos por la *Cour de cassation* no difieren, en esencia, de los invocados en el Derecho español para amparar la inexistencia de la obligación de pago de la renta:

1º) La excepción de incumplimiento contractual imputable al arrendador, argumentada sobre el art. 1219 del *Code civil* (en términos similares a la jurisprudencia española en derredor del art. 1124 CC). Para que la excepción de incumplimiento del arrendador pueda ser invocada por el arrendatario es necesario que el incumplimiento resulte imputable a aquél, radicando el incumplimiento en la falta de entrega del local y en el hecho de no garantizar su pacífica posesión por el arrendatario durante el periodo temporal de vigencia del contrato. En los *arrêts* nº 21-19.889 y nº 21-20.190), la *Cour de cassation* señala que la medida general de policía administrativa que impone la prohibición de recibir el público no supone un incumplimiento de la obligación de entrega de local arrendado por parte del arrendador y ello por cuanto: *i)* Los locales están a disposición de los arrendatarios. *ii)* La imposibilidad de su explotación comercial conforme a la finalidad del contrato es sólo imputable al legislador. De manera adicional, precisa la *Cour de cassation* que la obligación de entrega no incluye la obligación de asegurar la accesibilidad permanente de público / clientes al local arrendado y, en particular, en el caso de cierre en virtud de normas administrativas de alcance general. En relación con esta cuestión, recuerda que la obligación de entrega por parte del arrendador no se restringe a la mera entrega de las llaves del local (entrega «material»), sino que incluye también la garantía de la posesión inmediata y de hacer posible el uso y disfrute directo del local por parte del arrendatario, conforme a su destino, durante toda la vigencia del contrato (entrega «jurídica»), con fundamento en la cual el arrendatario puede exigir al arrendador la entrega de un local que cumpla con las exigencias administrativas que permitan desarrollar en el mismo la actividad comercial para la que ha sido alquilado. Sin embargo, en los casos que nos ocupan, la imposibilidad (temporal) de explotar comercialmente el local no resulta de un obstáculo preexistente al arrendamiento, ni está



vinculada al estado del bien objeto de arrendamiento o de su inadecuación o inhabilidad para realizar la actividad prevista contractualmente, sino que resulta de una norma jurídica de aplicación general a todos los comercios en los que se realizan actividades no esenciales, «sin vínculo directo con el destino contractual». Es claro que el efecto de la norma administrativa, general y temporal, no es imputable a los arrendadores, a los que no les puede reprochar / imputar el incumplimiento de su obligación de entrega (*arrêt* n° 21-20.127). En sentido contrario, CARRASCO, GARCÍA VICENTE y PEÑA LÓPEZ, entre otros (y frente a la opinión de PANTALEÓN y de quien suscribe la presente Tribuna), consideran que, en estos casos, aun cuando el arrendador no es culpable, si ha dejado de cumplir su obligación esencial de «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato» en el sentido indicado por el art. 1554.3° del CC, lo que facultaría al arrendatario para no seguir pagando el precio / renta del arrendamiento.

2º) La prohibición de recibir al público en el local arrendado no se puede asimilar a la pérdida del local arrendado. Como es conocido, la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador durante la vigencia del contrato es una causa de extinción del arrendamiento (arts. 28, letra *a*), de la LAU y 1568 -en relación con los arts. 1181 y 1182- del CC; y 1722 del *Code civil*). La jurisprudencia francesa considera que la pérdida por caso fortuito puede provenir tanto de una pérdida material, como de una pérdida «*jurídica*», equiparando esta última a la imposibilidad del arrendatario de usar y disfrutar el inmueble arrendado (*v.gr.*, prohibición de uso por no cumplir las normas de seguridad establecidas para determinados tipos de locales y/o actividades; o fruto de una norma urbanística que impide desarrollar determinadas actividades en un perímetro delimitado). A pesar de que han sido varios los pronunciamientos jurisdiccionales de instancia que han considerado aplicable esta doctrina sobre la pérdida «*jurídica*» en el contexto de las normas dictadas con ocasión de la crisis sanitaria del año 2020, la *Cour de cassation* rechaza su aplicación al caso derivado de la aplicación de las referidas normas administrativas de aplicación general y temporal, sin vinculación directa con el destino contractual del local arrendado, afirmando que sus efectos no pueden ser asimilados a la pérdida del local arrendado. La aplicación de esta doctrina y su consiguiente consecuencia jurídica requiere, como presupuesto, la pérdida definitiva (aun parcial) y no es posible en el caso de pérdida temporal. Por otra parte, el carácter general de estas medidas, en el caso de reputarse de aplicación la invocada doctrina jurisprudencial, tendrían como efecto la pérdida automática de todos los locales comerciales en los que se desarrollen actividades calificadas como no esenciales.

3º) La fuerza mayor no puede ser invocada por los arrendatarios para enervar la obligación de pago de la renta. La premisa de la que debe partirse es que concurre fuerza mayor cuando un hecho ajeno a la voluntad del deudor y externo al ámbito del riesgo, que razonablemente no podía preverse en el momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no pueden evitarse con las medidas adecuadas, impide el cumplimiento de su obligación por parte del deudor. Si el impedimento es temporal, se suspende el cumplimiento de la obligación a menos que la demora resultante justifique la resolución del contrato. Si el impedimento es definitivo, el contrato queda automáticamente extinguido y las partes quedan liberadas de sus obligaciones. La *Cour de cassation* recuerda que la fuerza mayor no resulta de aplicación a las obligaciones de pago de una suma de dinero (como es la obligación propia del arrendatario); al tiempo que la parte de un contrato que, debido a un evento de fuerza mayor, no haya podido beneficiarse de un servicio que pagó no puede obtener la anulación o la ineficacia del contrato invocando aquel evento.

Restarían por examinar los efectos de la eventual mala fe del arrendador (invocada en el caso resuelto por el *arrêt* nº 21-20.190, rechazando su concurrencia, argumentando que el arrendador había propuesto aplazar el pago de la renta del mes abril de 2020, lo que resultaría revelador de que había tenido en cuenta las circunstancias excepcionales y demostrado su buena fe); así como la posibilidad de aplicar la nueva regulación de la imprevisión contractual incorporada en el art. 1195 del *Code civil* en la reforma del año 2016. Soluciones análogas se acogen en los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* de 2011 (PICC), en particular, para los casos de *hardship*, en los que se permite a la parte contractual en desventaja reclamar una renegociación cuando el equilibrio contractual se vea alterado de manera sustancial en su perjuicio como consecuencia del acaecimiento de eventos que no pudieron ser previstos razonablemente al tiempo de la conclusión del contrato (art. 6.2.2 PICC). En otras normas incluidas en distintos textos dirigidos a la unificación del Derecho de contratos en la UE (caso del DCFR), así como en propuestas de reforma del CCom y del CC elaboradas en España (es el caso, *v.gr.*, de la "*Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*" elaborada por la CGC) también se contempla este supuesto, si bien no son Derecho aplicable o susceptible de ser invocado para su aplicación directa por los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de la virtualidad que su toma en consideración pueda tener en la argumentación de alguna de las soluciones que se proponen desde la perspectiva de los arrendatarios en el caso que constituye el objeto de esta *Tribuna*.

**REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA CIVIL: CONEXIÓN Y BASES DE  
LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN LA RECIENTE  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>**

*The allocation of competences in civil matters: the “linked institutions” and the bases  
of contractual obligations in recent constitutional case law*

CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ  
clara.asua@ehu.eus  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

***Cómo citar/Citation***

Asúa González, C. I. (2022).

Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 11-44  
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.24>

(Recepción: 15/07/2022; aceptación tras revisión: 29/08/2022; publicación: 31/08/2022)

***Resumen***

El juicio de conexión y la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales constituyen dos aspectos fundamentales en lo que hace al reparto competencial en Derecho civil. Se trata de dos temas que se hicieron pronto presentes en la jurisprudencia constitucional, pero que en los últimos años han cobrado singular relevancia, no solo por la diversidad y entidad de la normativa impugnada, sino, y sobre todo, por los *presupuestos teóricos* que el Tribunal Constitucional ha sentado en el enjuiciamiento. En el trabajo se realiza un particular énfasis en esos presupuestos teóricos.

***Palabras clave***

Jurisprudencia constitucional; conexión; bases de las obligaciones contractuales; competencia en materia civil.

***Abstract***

The judgment on the existence of a linked institution and the State’s exclusivity over the bases of contractual obligations are two key features of the allocation of competences in Civil law. They both appeared early on in constitutional case law, but in recent years they have become particularly relevant, not only due to the variety and prominence of the contested legislation, but also, and most notably, because of the *theoretical assumptions* that the Constitutional Court has laid down in its judgements. This paper focuses particularly on those theoretical assumptions.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en las actividades del Grupo de Investigación del Gobierno Vasco GIC18 A IT1239-19- PERSONA, FAMILIA Y PATRIMONIO.

**Keywords**

Constitutional case law; the linked institutions; bases of contractual obligations; competences in civil matters.

**SUMARIO:**


---

I. PREVIO. II. LA CONEXIÓN. I.1. El criterio de la conexión y los planteamientos respecto al alcance del mismo: coordinadas materiales y temporales. II.2. Un repaso (y balance) del juicio de conexión en la reciente jurisprudencia constitucional. III. LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. III. 1. ¿Qué aspectos de la contratación se consideran *básicos*? III. 2. El modo de operar de las bases del art. 149.1. 8ª CE y la relevancia de ello: la posibilidad de *repetir* la normativa estatal básica. III.3. La trascendencia del carácter dispositivo de una norma de cara a calibrar su carácter básico. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

**I. PREVIO**

En lo que hace al reparto competencial en tema civil, en los últimos años la jurisprudencia constitucional ha sido especialmente relevante. Y lo ha sido en particular respecto al denominado juicio o criterio de conexión y a la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales. Por supuesto que hay pronunciamientos del máximo interés atinentes a otras cuestiones (registros públicos, particularidades procesales justificadas por normas sustantivas autonómicas, etc.), pero si hubiera que establecer un ranking de materias, seguramente habría consenso en situar a las dos señaladas en los puestos de cabeza. Esta es la razón por la que este trabajo se centra en esos dos temas.

La referencia temporal que se consigna en el título, se habla de *reciente* jurisprudencia, adolece de cierta imprecisión, pero en el estudio cobra especial protagonismo la jurisprudencia de los últimos seis años. Como se verá, ese periodo (su punto de partida) viene especialmente acotado por lo que hace al juicio de conexión. Pero lo cierto es que dentro del mismo se ubican también cambios trascendentales respecto de las bases de las obligaciones contractuales.

**II. LA CONEXIÓN****I.1. El criterio de la conexión y los planteamientos respecto al alcance del mismo: coordinadas materiales y temporales**

I.- Uno de los aspectos clave en la delimitación del ámbito material de la competencia autonómica en tema civil, ha sido el del significado y virtualidad del término *desarrollo* consignado en el art. 149.1. 8ª CE. Como es bien conocido, ya entre los primeros análisis del precepto se apuntó una interpretación amplia al respecto (tesis de “máximos” o autonomista)<sup>2</sup>. Según la misma, una vez asumida la competencia, las Comunidades Autónomas podían legislar en tema civil con el único límite de las materias reservadas en todo caso al Estado; de modo que, en esa perspectiva, el Derecho civil privativo vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución legitimaba para asumir la competencia, pero no condicionaba el desarrollo futuro. Sin embargo, también desde el principio se propuso<sup>3</sup> una interpretación del término en cuestión que se dio en llamar foralista e implicaba que la nueva normativa debía de traer causa de la anterior. La legitimación en este caso llevaba aparejada la imposibilidad de legislar *por salto*.

Entre los argumentos que se apuntaban desde la tesis autonomista había uno de especial calado: lo cuestionable de condicionar el contenido de una competencia constitucional a lo acontecido con las normas civiles privativas de los diferentes territorios durante una larga dictadura. Nos estamos refiriendo, por supuesto, a la muy distinta suerte (muy diferente trato) en el proceso compilador que alumbró sus resultados entre 1959 y 1973. Pero la tesis foralista tampoco carecía de argumentos de peso, pues se justificaba en que hacer relevante el punto de partida, requiriendo una línea de continuidad con el mismo, era coherente con el hecho de que (a diferencia de lo previsto en la Constitución de la Segunda República) solo hubieran podido asumir competencia las Comunidades en cuyo territorio existieran normas civiles en el momento de entrada en vigor de la Constitución.

El caso es que el Tribunal Constitucional avaló la tesis foralista y, por tanto, la necesidad de una conexión. Lo hizo en dos sentencias que continúan siendo de referencia: las SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) y 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156). En la primera se resolvía sobre la constitucionalidad de la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos; en la segunda

---

<sup>2</sup> Mantenido fundamentalmente por juristas catalanes. Así, Roca Trías (1983: 140 y ss.) y Puig Ferriol (1988: 405 y ss.). Y es también el criterio (que denominándose federal) se apunta, muchos años después, en los votos particulares a las SSTC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82), 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016/110), 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016/192) y 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133); decisiones sobre las que después se incidirá.

<sup>3</sup> Por todos, Delgado Echeverría (1979: 323 y ss.).

(BOE núm. 122, de 21-5-1988), y en lo que ahora nos interesa, sobre la supresión en el art. 52 del texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno Balear (BOIB núm. 120, de 2-10-1990), del requisito de los testigos en los testamentos notariales. En ambas ocasiones se consideró constitucional la normativa impugnada, pues vino a entenderse que existía una conexión suficiente con la normativa previa. En el caso aragonés, la relación se encontró en la normativa de la Compilación que contemplaba la posición jurídica de los hijos y descendientes. Y en el balear (y rechazándose que se tratara de un asunto de ordenación de los instrumentos públicos) por la *conexión orgánica* con la regulación de las sucesiones y, dentro de ella, con la sucesión testada.

II.- Hemos presentado la tesis de la conexión en sus líneas generales y por contraposición a la de máximos. Pero lo cierto es que, bajo el paraguas de la primera, se han albergado perspectivas de muy desigual amplitud en lo que hace al tipo e intensidad de la conexión y a la referencia temporal de la misma.

En una inteligencia más amplia respecto de las posibilidades de desarrollo de los Derechos civiles autonómicos<sup>4</sup>, la relación entre lo anterior y lo nuevo no habría de limitarse a una conexión institucional (tratarse de la misma institución o de instituciones que cumplieran similar función) sino que podría establecerse con el conjunto del ordenamiento y, por tanto, con los principios que se derivaran del mismo. De este modo, el correspondiente Derecho civil autonómico sería susceptible de crecer y extenderse a otras figuras e instituciones (siempre con el límite delineado por las materias reservadas en todo caso al Estado en el art. 149.1. 8ª CE). Implícito en lo anterior está que la conexión habría de establecerse con la normativa anterior y no necesariamente con la existente en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Esto es, que la conexión fuera potencialmente lineal y sucesiva y no permanentemente radial.

Sin embargo, una visión más restrictiva de la conexión llevaría a circunscribir la misma a los supuestos de conexión institucional, entendiendo por tal, y lo acabamos de señalar, que se trate de la misma institución o de otra que cumpla similar función<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Así, Delgado Echeverría (1979: 323 y ss.).

<sup>5</sup> Por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (1983: 73 y ss.; 1993: 15 y ss.; 2018; 2020.a: 4 y ss.; 2020b: 306 y ss.). Ciertamente el autor no rechaza de plano la conexión con principios informadores, pero limita esos principios a los que sean *diferentes* de los del Derecho del Estado (así entiende la expresión *principios informadores peculiares* de las SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 3) y 156/1993, de 6 de

Perspectiva casi naturalmente acompañada de la consideración de que la relación siempre se habría de establecer con la normativa preconstitucional vigente en 1978. Como veremos después, aun sin repercusión finalmente negativa para la normativa autonómica impugnada, esta última idea ha sido mantenida en alguna sentencia [STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95)], curiosamente haciéndola compatible con la de que la conexión no debía ser necesariamente institucional. De hecho, la necesidad de que la conexión fuera institucional nunca ha sido mantenida en la jurisprudencia constitucional. Si bien, y como igualmente se verá, se ha apuntado que en la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133) el juicio de inconstitucionalidad por falta de conexión pudo venir determinado precisamente por un no explicitado *prejuicio institucional*.

III.- La perspectiva restrictiva respecto de la conexión es consustancial a la consideración de que los Derechos civiles autonómicos constituyen una excepción a un Derecho común representado por el Derecho civil del Estado. Consideración para la que se ha visto apoyo en el art. 149.1. 8ª CE<sup>6</sup>.

Resulta bien conocido el modo de abordar la cuestión civil en la Constitución española. En el art. 149.1. 8ª se señala la legislación civil como competencia exclusiva del Estado para, a continuación y a modo de salvedad (*sin perjuicio*, reza el precepto), traer a colación la posibilidad de que determinadas Comunidades Autónomas (*allí donde existan*) puedan asumir competencia para conservar, modificar y desarrollar sus Derechos civiles (*forales o especiales*). A ello se añade el señalamiento de determinadas materias que *en todo caso* son de competencia exclusiva del Estado.

No hay duda de que, desde un punto de vista gramatical, el asunto puede plantearse como una regla general, una excepción y una excepción a la excepción. De

---

mayo (RTC 1993/156, FJ 1). Sobre ello, además, proyecta su idea de que el desarrollo propiciado por la conexión debe restringirse a nuevas realidades en las que se persigan fines sociales similares a los contemplados por las instituciones preexistentes (lo que, en definitiva, viene a colocar el asunto en el plano de la conexión institucional).

<sup>6</sup> Señala el magistrado Ollero Tassara en su voto particular a la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) –la negrilla es añadida–: ***Tal ocurre cuando las contadas excepciones a esa competencia exclusiva se malentienden hasta transmutarla en competencia compartida. De acuerdo con la Constitución y con la doctrina de su máximo intérprete, la regla general es, precisamente, la competencia estatal en materia de derecho civil; la excepción cualificada que salvaguarda la Constitución es la competencia autonómica: La "estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado".*** En línea similar, en su comentario crítico a la mencionada sentencia, señala Bercovitz Rodríguez-Cano (2020b: 309) que en la misma *los Derechos civiles forales o especiales han dejado de ser tales desde el momento en que han dejado de ser la excepción frente al Derecho civil de Estado, frente al Derecho civil común.*

hecho, ya en las SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 1) y 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156, FJ 1) se señala, refiriéndose al Estado, que *la Constitución le atribuye ya la "legislación civil", sin más posible excepción que la "conservación, modificación y desarrollo" autonómico del Derecho civil especial o foral*. Pero cosa distinta es extraer de este esquema consecuencias sustantivas tanto por lo que hace al ámbito material de la competencia autonómica como a la posición de los Derechos civiles autonómicos respecto del Derecho civil del Estado.

La opción de la Constitución de 1978 fue la de que no todas las Comunidades Autónomas pudieran asumir competencia en tema civil, y este no era un modelo fácil de plasmar con coherencia en la sistemática constitucional. Efectivamente, la legislación civil es una competencia exclusiva del Estado, lo que justifica la presencia de la materia en el art. 149.1 CE. Sin embargo, solo se trata de una competencia exclusiva en relación a determinadas Comunidades Autónomas, pues otras podían asumir competencia para conservar, modificar y desarrollar sus propios Derechos, lo que en buena lógica era ubicable en el art. 148 CE. Además, determinadas materias *en todo caso* estaban reservadas al Estado, lo que podría haberse incluido como salvedad en el art. 148 CE, pero más propiamente correspondía al art. 149.1 CE. En definitiva, o la materia civil se fraccionaba entre los artículos 148 y 149 CE, o, como ocurrió, se abordaba conjuntamente. Sin embargo, de semejante planteamiento sistemático no procede derivar que en la Constitución se considere a los Derechos civiles autonómicos como una *excepción* frente al Derecho civil del Estado; perspectiva que vendría a justificar interpretaciones por principio restrictivas respecto de las posibilidades de desarrollo de los ordenamientos autonómicos y que igualmente fundamentaría la consideración de que los mismos no son el Derecho *común* de ese territorio. De la Constitución no se desprende una *regla* que por principio *obligue* a una interpretación limitativa y restringida de la conexión exigible. Y es claro que, en términos de reparto competencial, respecto de determinadas Comunidades Autónomas la competencia en tema civil es compartida<sup>7</sup>.

IV.- Creo que las anteriores ideas coinciden<sup>8</sup> con el espíritu y las expresiones de las SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) y 156/1993, de 6 de mayo (RTC

---

<sup>7</sup> Esta es la denominación habitual para referirse a todos los casos, de muy diverso tipo, en los que sobre una materia resultan competentes tanto el Estado como las (o algunas) Comunidades Autónomas. En este sentido, López Guerra (2018: 297-301).

<sup>8</sup> En sentido opuesto al que aquí se mantiene, y por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (1993: 15 y ss.).



1993/156) -la negrilla es añadida-: ***El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de "desarrollo" del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece -según indicamos en el fundamento jurídico 1º- aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de "conservación" y "modificación", sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C.E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término "allí donde existan" a que se refiere el art. 149.1.8 C.E., al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas. //Sin duda que la noción constitucional de "desarrollo" permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de "modificación". El "desarrollo" de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.//Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.*** El texto corresponde a la STC

88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 3) pero en parecidos términos se expresa la STC 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156, FJ 1).

Es cierto que, por lo que hace a las coordenadas temporales de la conexión, en la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 2) [y en términos similares en la STC 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156, FJ 1)] se dice (la negrilla es añadida) que *(c)abe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral* (FJ 3). Pero también se deja claro que no se trata necesariamente de la redacción vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución (la negrilla es añadida): *Es ya posible, a partir de lo dicho, entrar a examinar el problema central que el recurso plantea, el de la constitucionalidad de una ordenación, siquiera parcial, por la Comunidad Autónoma, de un instituto -el de la adopción- que no aparecía regulado en la Compilación preconstitucional de su peculiar Derecho civil ni en el texto de la Compilación adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, del Parlamento de Aragón.*

V.- Como decíamos al principio, en los últimos años la jurisprudencia constitucional relativa al reparto competencial en el ámbito civil ha incidido muy particularmente en el tema de la conexión, y lo ha hecho además tras muchos años sin pronunciamientos al respecto (periodo durante el que incluso se dudó de si la exigencia de conexión seguía siendo el criterio para interpretar el término *desarrollo*)<sup>9</sup>. Se trata de

---

<sup>9</sup> Las dudas se planteaban ya a la vista de los hechos, habida cuenta, muy especialmente, del muy planificado y ambicioso desarrollo legislativo catalán [que, como señala Egea Fernández (2010:342), se ha basado en el entendimiento de que esta competencia alcanza todo el Derecho civil con el único límite de las materias reservadas en todo caso al Estado en el art. 149.18ª CE]; pero también del salto, respecto del exiguo punto de partida normativo previo, que supuso la actividad legislativa valenciana a la que en breve nos referiremos. Todo ello en un contexto en el que el planteamiento o no de recursos de inconstitucionalidad y/o la retirada de los mismos vinieron sin gran disimulo marcados por la agenda y la conveniencia política [Delgado Echeverría (2019: 32-33); Egusquiza Balmaseda (2007: 240; 2028: 50); García Rubio (2017: 16); Xiol Ríos (2019: 222)]. Ciertamente, en su sentencia 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010/31), en relación al recurso de constitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 19-7-2006), el Tribunal Constitucional reafirmó su parecer respecto de la interpretación del término *desarrollo* y, por lo tanto, de la exigencia de una conexión con la normativa previa. Pero se vieron señales de un posible viraje o modificación de criterio en la STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013/93), relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables –BON núm. 82, de 7-7-2000- [Martín Casals (2013: 8-9); García Rubio (2017: 6 y 17)]. Y es que en el juicio de constitucionalidad en ningún momento se trajo a colación la cuestión de si la norma respetaba o no el criterio de conexión. En el recurso no se argumentaba nada al respecto, pero, no viniendo el Tribunal limitado por esa circunstancia, llamó la atención que no se respetara la metodología tradicional.

decisiones que abordan las cuestiones que se acaban de apuntar (y que podríamos calificar de atinentes a la *filosofía* de la conexión), pero que también permiten analizar y contrastar otro aspecto muy relevante: el de la intensidad de la conexión requerida. A continuación, analizaremos esa jurisprudencia siguiendo un criterio cronológico. El hilo conductor será, por supuesto, problemático, pero, tratándose todavía de un número no muy extenso de sentencias, el orden temporal permitirá observar la evolución (y la tensión) en la conformación de los criterios del Tribunal Constitucional.

## **II.2. Un repaso (y balance) del juicio de conexión en la reciente jurisprudencia constitucional**

I.- Tras las sentencias inaugurales de 1993, la conexión no volvió a convertirse en una circunstancia relevante para juzgar la constitucionalidad de normativa autonómica civil hasta 2016. Ese año vieron la luz tres sentencias [SSTC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82), 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016/110) y 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016/192)] relativas a leyes de la Comunidad Valenciana: Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano (DOGV núm. 5475, de 22-3-2007); Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 6884, de 18-10-2012), y Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (DOGV núm. 6495, de 5-4-2011). En los tres casos se consideró que se había rebasado el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma habida cuenta de que no quedaba acreditada la existencia de normativa con la que establecer una conexión, suponiendo ello la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de las Leyes 10/2007 y 5/2011 y de los preceptos de carácter civil de la Ley 5/2012.

Estas decisiones resultan de indudable importancia desde un punto de vista político, pues dan al traste con un planificado proyecto de construcción de un sistema civil en clave historicista<sup>10</sup>. Pero no ilustran sobre el tipo de relación requerida o la

---

<sup>10</sup> En 1982, la Comunidad Valenciana había asumido competencia civil en su Estatuto de Autonomía (EACV), aunque, por motivos históricos bien conocidos, en el momento de entrada en vigor de la Constitución no regían en su territorio normas privativas escritas. Sin embargo, la justificación constitucional de su competencia quedó confirmada por la STC 121/1992, de 28 de septiembre de 1992 (RTC 1992/121) relativa a la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalidad Valenciana, sobre Arrendamientos Históricos Valencianos (BOE núm. 14, de 16-1-1987), por cuanto en la misma se vino a considerar que el inciso *allí donde existan* del art. 149.1. 8ª CE podía referirse a normas consuetudinarias y se estimó probada la pervivencia de costumbres privativas en la materia. Con todo, tan escaso punto de partida normativo comprometía muy seriamente el desarrollo de un Derecho civil propio. La reforma del

intensidad de la misma, dado que la falta de conexión era *radical*: la única norma escrita era la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, sobre Arrendamientos Históricos Valencianos y no se acreditó la existencia de costumbres privativas en materia de régimen económico, relaciones paternofiliales o uniones. Con todo, en las tres decisiones sí se consigna expresamente algo relevante por lo que hace a la referencia temporal de la conexión (la negrilla es añadida): *La expresión «allí donde existan» referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio... Una preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordinada temporal, como se pretende desde la Comunidad Autónoma, sino muy precisamente «al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución» (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1) o «a la entrada en vigor de la Constitución» (SSTC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1; y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76), sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior [STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82, FJ 4)].* Y es que ello es una manifestación de que solo procede (tiene sentido) remontarse al momento constitucional si lo que se intenta es señalar que no puede buscarse conexión con normas escritas o consuetudinarias que ya no estaban vigentes al tiempo de entrada en vigor de la Constitución.

II.- La siguiente ocasión en la que el juicio de conexión cobró protagonismo de cara a decidir sobre la constitucionalidad de legislación civil autonómica fue en la STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95), que resolvía sobre la impugnación de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (BOE núm. 215, de 8-9-2015). En el caso, objeto de recurso habían sido únicamente los preceptos relativos a la propiedad temporal, y en las alegaciones al mismo se había apuntado la conexión de esta figura con la regulación relativa a: propiedad, enfiteusis y derecho de superficie, legados sometidos a plazo y condición, donaciones

---

Estatuto de Autonomía operada en virtud de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril (BOE núm. 86, de 11-4-2006) puso de manifiesto, sin embargo, que la legislación civil era un objetivo político definido, pues se incluyeron en el mismo una serie de preceptos (los arts. 7.1 y 49.1. 2º, y la disposición transitoria tercera EACV) en orden a fortalecer la competencia mediante una suerte de vinculación al pasado. Las normas en materia de familia declaradas inconstitucionales en 2016 eran manifestación de ese objetivo. El Tribunal Constitucional, sin embargo, reitera un criterio ya expresado desde la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) y que se puede resumir en que la competencia civil no se delimita en clave de derechos históricos. Sobre este extremo, las tres sentencias constan de un voto particular y distintas valoraciones al respecto pueden verse en De Verda y Beamonte (2017: 119 y ss.) y Palao Gil (2017: 165 y ss.).

sometidas a plazo, condición o con pacto de reversión, venta con carta de gracia y fideicomisos. El Tribunal Constitucional entendió que efectivamente esa conexión existía, pero como referencia tuvo en cuenta la disciplina de la enfiteusis y las sustituciones fideicomisarias así como la de legados, donaciones y venta a carta de gracia (figuras todas con regulación al momento de entrada en vigor de la Constitución), rechazando expresamente la toma en consideración de la normativa postconstitucional sobre propiedad<sup>11</sup>. La razón aducida para ello<sup>12</sup> era la literalidad, a mi juicio tomada de forma descontextualizada, del conocido inciso de la STS 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 3): *instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación*.

De lo ya señalado se puede colegir que, si bien la sentencia es restrictiva por lo que hace a la referencia temporal de la conexión, no lo es respecto a la referencia material de la misma. Es cierto que, para establecer la conexión con la enfiteusis, se realiza una sorprendente calificación de la propiedad temporal como propiedad dividida<sup>13</sup>, pero en el resto de los elementos de contraste el hilo conductor viene a hallarse en un principio que trasciende la identidad o similitud institucional: que se trata de figuras que propician titularidades temporales. En todo caso, el propio Tribunal, invocando la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) explicita como presupuesto *teórico* la no exigencia de una conexión institucional (la negrilla es añadida): *En conclusión, la competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan* ( FJ 4).

---

<sup>11</sup> Procediendo así a lo que gráficamente se ha descrito como congelación de la materia susceptible de ser objeto de desarrollo (Vaquer Aloy, 2019:48).

<sup>12</sup> (La negrilla es añadida): *Por otra parte, la institución o principio jurídico integrante de un Derecho civil especial respecto del que se pretenda trazar una conexión que justifique una legislación autonómica innovadora en materia civil, si bien puede estar recogido en cualesquiera normas positivas o consuetudinarias, debe estar vigente al tiempo de promulgarse la Constitución, pues la ratio de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas es la garantía del Derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento* (FJ 4).

<sup>13</sup> De cuestionable califica Bercovitz Rodríguez-Cano (2018) la conexión entre la propiedad temporal y la enfiteusis.

III.- El mismo año que la decisión que acabamos de examinar, se dictó la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133), relativa a los arts. 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (preceptos en los que se regulaba *ex novo* la adopción y la autotutela). Sentencia que dio al traste con toda la regulación impugnada y que, dejando de lado el particular caso valenciano, hasta el momento convierte a Galicia en la *gran damnificada* por el juicio de conexión.

En lo que hace a la adopción, el Tribunal Constitucional vino a descartar el perfil familiar de instituciones reguladas (ya en la Compilación de 1963 y en la Ley de derecho civil de Galicia de 1995), como la casa y la compañía familiar gallega, y a considerar carentes de relación con la adopción (y más cercanos a las relaciones de trabajo o sociedad) usos vinculados a esas figuras como el prohijamiento. Al mismo tiempo, se desestimó la conexión respecto de prácticas como las casas de acogida, ubicándolas en el terreno de la prestación asistencial de la Comunidad en situaciones de desamparo o vulnerabilidad (asistencia social, desde un punto de vista competencial). Por lo que se refiere a la autotutela, se rechazó su conexión con el sistema sucesorio y, en particular, con la regulación de disposiciones testamentarias a favor de personas que cuidaron del testador (se habla de *falta de un natural encaje, como facultad del individuo de gestionar sus propios intereses* -FJ 7-). El mismo rechazo se produjo respecto de la conexión con la ausencia no declarada judicialmente (regulada ya en la Ley de derecho civil de Galicia de 1995), señalándose que en esta figura no están presentes, *ni en juego el principio de autonomía de la voluntad o del libre desarrollo de la personalidad* -FJ 7-. Y, finalmente, se descartó que la relación se pudiera establecer respecto de la regulación autonómica de las declaraciones de voluntad anticipadas y del consentimiento por sustitución, pues, tras decir que *es quizá la que más relación puede tener con el instituto de la autotutela* -FJ 7-, se consideró un obstáculo para la conexión el que tal normativa no estuviera vinculada con la competencia en tema de Derecho civil.

Aunque en la sentencia no hay ningún pronunciamiento al respecto (y de hecho se realizan repetidas invocaciones a la STS 88/1993, de 12 de marzo [RTC 1993/88]), a la misma se le ha imputado un prejuicio institucional<sup>14</sup> que habría impedido tener en cuenta

---

<sup>14</sup> García Rubio (2018:10, 12 y 18; 2019.a: 143) efectivamente considera que se exige la existencia previa de instituciones concretas. Opinión que coincide con la del magistrado Xiol Ríos (2019: 208, 213 y 221), autor de uno de los votos particulares y que alude a la posibilidad de que, con base en la referencia que se hace en el art. 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia a las instituciones de Derecho civil gallego, se

principios existentes y consistentes. Principios que ciertamente han resultado afirmados por la doctrina<sup>15</sup> y cuya concurrencia también se asume en los dos votos particulares con los que cuenta la decisión. No hay duda de que hubiera sido posible otro juicio más generoso y no puede descartarse el aludido prejuicio; pero lo que propiamente viene a decirse, y tomamos ahora como referencia un tema que ha resultado especialmente polémico, el de la adopción<sup>16</sup>, es que las conexiones familiares aducidas no se colocan en ese ámbito (el familiar) y que no se acreditaban otras que lo hicieran.

En la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133), además, hay un aspecto llamativo en lo que hace a las coordenadas temporales de la conexión<sup>17</sup>. Si en la inmediatamente anterior, la STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95), se sentaba que la relación había de establecerse con Derecho vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución, en este caso, y respecto de la regulación gallega de la autotutela, se examinó con naturalidad la eventual relación con la normativa, posconstitucional, sobre ausencia no declarada, consentimiento informado e historia clínica y disposiciones testamentarias a favor de personas que cuidaron al testador.

IV.- En las siguientes sentencias, se recupera una tónica que es la que se ha mantenido hasta el momento: la de la *superación* del juicio de conexión. Se trata de las SSTC 40/2018, de 26 de abril (RTC 2018/40) y 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41) [relativa la primera a los arts. 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra (BON núm. 50, de 23-4-2007) y la segunda a la disposición adicional sexta de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del patrimonio de Aragón (BOE núm. 98, de 25-4-2011) -texto refundido de la Ley de patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre (BOA núm. 255, de 31-12-2013)-] y que

---

parta de que el desarrollo del Derecho civil gallego requiera establecer la conexión con una institución dotada de *entidad diferenciada* existente a la entrada en vigor de la Constitución.

<sup>15</sup> Así, Álvarez Lata (2008: 64 y ss.), Díaz Martínez (2008: 180), o Egusquiza Balmaseda (2018: 62 y ss.).

<sup>16</sup> Al respecto se ha apuntado que en la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133), tras un aparente continuismo con la línea establecida en la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88), se escondía un viraje interpretativo del Tribunal Constitucional (García Rubio 2018: 14-17; 2029a: 144). En la apreciación parece subyacer la idea de que de la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) se desprende que, dado que la conexión de la equiparación de los hijos adoptivos se estableció con el Derecho familiar y sucesorio de Aragón, sería suficiente con la incardinación de la nueva regulación en el sistema familiar y sucesorio. Sin embargo (Asúa González, 2020: 244 y 245), en la STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88, FJ 3) la conexión no se estableció en términos tan amplios, pues se hizo [y así lo recuerda la propia STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133)] respecto de la normativa que contemplaba la posición jurídica de los hijos y descendientes. Por lo demás, en aquella sentencia inaugural (FJ 5) tampoco se consideró que existía suficiente conexión para regular la adopción, pues expresamente se renunció a entrar en el asunto.

<sup>17</sup> García Rubio (2018: 18 y 30).

serán objeto de análisis conjunto dada la estrecha relación de sus temáticas (la asignación de bienes vacantes)<sup>18</sup>.

En el supuesto de la STC 40/2018, de 26 de abril (RTC 2028/40), se ponía en cuestión la atribución a la Comunidad Foral de los inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados. En la decisión, a la hora de justificar la conexión con la normativa previa (en el Fuero Nuevo –FN-) se apunta en dos direcciones: la regulación de lo que se denomina *vacantes abintestato* y las normas sobre bienes, propiedad, posesión y adquisición de la propiedad. Pero es de especial interés lo que se señala sobre la sucesión legal porque a ese argumento se remitirá en exclusiva la inmediatamente posterior STC 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41) -la negrilla es añadida-: ***En definitiva, existen dos clases de bienes vacantes, los que no tienen dueño conocido y los que aun teniéndolo, dejan de tenerlo por haber fallecido su titular sin herederos testamentarios o intestados. La Compilación de Navarra regula este segundo tipo de bienes vacantes, lo que implica una conexión con el primero y justifica la competencia en materia civil, de acuerdo con la doctrina de la conectividad formulada por este Tribunal respecto a la interpretación del artículo 149.1.8 CE (FJ 7).***

En el caso de la STC 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41) lo que se impugnaba era la asignación a la Comunidad Autónoma de Aragón de las fincas resultantes en un proceso de concentración parcelaria y que reemplazaran a las parcelas cuyo dueño no fuera conocido. Como ya hemos adelantado, la conexión se justifica mediante una remisión al razonamiento que respecto de la sucesión legal se realiza en la STC 40/2018, de 26 de abril (RTC 2028/40). Sin embargo, lo curioso de la STC 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41) es que, aunque se incide en que la regulación de la sucesión en defecto de parientes y cónyuge se encontraba recogida en el Derecho civil aragonés compilado con anterioridad a la promulgación de la Constitución, lo cierto es que en el art. 136 de la Compilación<sup>19</sup> (y a diferencia de lo que ocurría en el caso navarro en el que en la ley 304 el Fuero Nuevo preconstitucional se realizaba un llamamiento a la Diputación Foral de Navarra) solo se llamaba a una institución aragonesa, la Comunidad Autónoma de Aragón, a partir de la reforma operada en el mismo en virtud de la Ley 4/1995. Lo que se

---

<sup>18</sup> Las dos decisiones vienen a consolidar el criterio del Tribunal Constitucional de considerar el asunto como una cuestión civil. Al respecto, Lacruz Mantecón (2019: 107 y ss.), Egusquiza Balmaseda (2018: 67 y ss.), y Busto Lago (2020: 17 y ss.).

<sup>19</sup> El precepto no se menciona en la sentencia, pues solo se hace alusión a la regulación posterior en los arts. 535 y 536 del Código de Derecho Foral de Aragón.



viene a hacer, por lo tanto, es establecer, sin decirlo expresamente, la conexión con normativa posconstitucional<sup>20</sup>.

VI.- La última sentencia, hasta el momento, en el que el tema de conexión ha tenido un protagonismo destacado ha sido la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), relativa a las regulaciones sobre sobre compraventa, permuta, mandato y gestión de negocios introducidas por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña (DOGC núm. 7314, de 22-2-2017). Como luego veremos, la decisión es muy reseñable por lo que hace a las bases de las obligaciones contractuales, pero lo es también en lo que atañe a sus valoraciones en torno a la conexión. Tenía que serlo, habida cuenta de la muy considerable diferencia entre el punto de partida normativo y el resultado de la actividad legislativa del Parlamento de Cataluña que se ponía en cuestión. Pero es que, además, se aprecia en la misma un propósito de posicionamiento expreso respecto de las dos cuestiones que hemos venido denominando de *filosofía* de la conexión o presupuestos *teóricos* de la misma: sus referencias temporal y material.

En lo que hace a la referencia material, hay un manifiesto rechazo a la exigencia de una conexión institucional (la negrilla es añadida): *para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan* (FJ 3). Ello no constituye ninguna novedad, pues solo se explicita un poco más lo ya consignado en la STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95) y realmente no se viene a decir nada que no pudiera derivarse de las SSTC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88) y 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156). Pero remarcar que el elemento de referencia de la vinculación era el conjunto del ordenamiento (y, por tanto, los principios que lo informan) resultaba especialmente procedente de cara a justificar la constitucionalidad de la concreta normativa enjuiciada. Amén de que, tras la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133), la explicitación puede que buscara conjurar que un prejuicio institucional impidiera reconocer principios<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Lacruz Mantecón (2019:131)

<sup>21</sup> De hecho, el ponente de la sentencia 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) es el autor de un voto particular a la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133) y ya había expresado la posibilidad de que en esta decisión subyaciera el aludido prejuicio institucional. Al respecto, *vid.* nota. 14.

Respecto de las coordenadas temporales de la conexión, viene a sentarse que no solo se tiene que tomar como referencia el Derecho vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución, sino también las regulaciones posteriores al amparo del art. 149.1.8ª CE<sup>22</sup>. De hecho, y habida cuenta del poco apoyo sustancial que en la sentencia se busca en normas posconstitucionales, parece que consignar la posibilidad de conexión con las mismas era una cuestión de principio. Al fin y al cabo, y a pesar de lo que se ha señalado respecto de lo que *calladamente* se hace en las SSTC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133) y 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41), flotaba en el aire el contundente posicionamiento de la STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95) en el sentido de que la conexión únicamente se podía establecer respecto de normativa en vigor en el momento de entrada en vigor de la Constitución. Con todo, que la cuestión seguía siendo polémica en el Tribunal se aprecia en el tenor de los votos particulares.

De cara a justificar la suficiente conexión de una regulación general de la compraventa<sup>23</sup>, la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) asume las consideraciones vertidas en las alegaciones al recurso relativas a la presencia de la compraventa en diversas normas del Derecho de familia y del sucesorio. Pero, decididamente, la conexión la encuentra el Tribunal en la disciplina de la rescisión por lesión y de la compraventa a carta de gracia, presente en la Compilación originaria (CDCC) y mantenida en la posterior legislación autonómica. Y ello en la medida en que *ocupan un lugar central en la reglamentación contractual de la compraventa, en cuanto la impregnan en aspectos sustanciales relacionados con su finalidad económica y su eficacia* (FJ 4). Razonamiento que se particulariza respecto de la rescisión por lesión: *Especialmente, la rescisión por lesión se entronca con la causa del contrato, reforzando su carácter oneroso, de forma especialmente significativa en situaciones de crisis económica o de desigualdad entre las partes contratantes* (FJ 4). Parece así que lo

---

<sup>22</sup> La negrilla es añadida: *Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1. 8ª CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada...* (FJ 3).

<sup>23</sup> No nos detendremos en el asunto, pero se considera que igualmente hay conexión para disciplinar la compraventa de consumo. Ello era perfectamente lógico una vez que se estima tal conexión para la regulación de la compraventa en general; pero es destacable porque implica un pronunciamiento sobre el carácter civil de ese tipo de compraventa y supone un cambio de tendencia al respecto [Barral Viñals (2020: 16 ss.), Asúa González (2010: 254)]. Llama la atención, sin embargo, que para *reforzar* la conexión se apele a la competencia autonómica en materia de consumo, dado que, según la jurisprudencia constitucional, semejante título competencial solo tiene consistencia propia por lo que hace a aspectos administrativos [por todos, Durbán Martín (2016: 262-274 y 277-283)].

*estructural* de la normativa previa (se habla de su carácter no *incidental*) es la circunstancia determinante para justificar la legitimidad constitucional de un desarrollo conducente a una regulación completa de la compraventa. Pero da la impresión, además, de que ello pretende reforzarse con un argumento (en parte historicista, pero en el que parece que también subyace la inspiración de computar como *proprio* el objeto de una remisión) que evoca la idea de un sistema que se contrajo y ahora se expande<sup>24</sup>. Este argumento vuelve a traerse a colación a propósito de la permuta. Ello además de realizar un recorrido por las alusiones que en la Compilación se realizaban a este contrato e incidirse en su semejanza con la compraventa<sup>25</sup>.

La conexión respecto del mandato se comienza estableciendo con instituciones de la Compilación como el violario (art. 334 CDCC), el contrato censal (arts. 330 a 333 CDCC y del que se menciona también su regulación actual en el art. 626-2 del Código de Derecho Civil de Cataluña -CCC) o la *marmessoria* (art. 235 a 241 CDCC). Pero después, amén de al albaceazgo (arts. 235-241 CDCC), se alude a previsiones de la Compilación como la posibilidad, prevista en los heredamientos (art. 64 CDCC), de confiar a otras personas toda clase de encargos, o a la también posibilidad de que la mujer le confiriera al marido la administración de los bienes parafernales (art. 51 CCDC). Son referencias, como acabamos de señalar, de la Compilación, de modo que se enlaza con el Derecho vigente al momento de entrada en vigor de la Constitución. Pero eran también obligadas conexiones posconstitucionales, aunque ya hemos señalado que las mismas realmente no tienen mucho peso en la argumentación. Así se trae a colación normativa del Código Civil catalán (CCC): sea de otorgamiento de poder de representación, como el conferido en

---

<sup>24</sup> *Parece indiscutible que la CDCC se ocupó de los contratos de compraventa y permuta en aquellos aspectos que diferenciaban especialmente el derecho civil catalán del derecho común aplicable de manera supletoria y, por ello, en el momento de la codificación para evitar reiteraciones (según se expresa en el Preámbulo), solo se incluyeron algunas especialidades como la rescisión por lesión (arts. 323 a 325) .... Lo mismo cabe afirmar respecto a la venta a carta de gracia o empenyament (arts. 326 a 329 CDCC)” -FJ 4 A-*

<sup>25</sup> Llama la atención, sin embargo, que, como apoyo normativo previo, no se trajera a colación la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (DOGC núm. 3556, de 19-1-2002) derogada por Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña (DOGC núm. 7314, de 22-2-2017) y relativa a una figura de la que en las alegaciones al recurso se predicaba una evidente conexión con la permuta. Ello hubiera sido además coherente con el pronunciamiento expreso de la sentencia sobre la procedencia de la conexión con normas postconstitucionales. Es cierto que el legislador catalán ha incorporado a su Código la materia (arts. 621-58 a 621-66 CCC) como un contrato diferente del de permuta; pero el tipo de intercambio evoca la idea general de permuta (Vaquer Aloy [2019: 77] la caracteriza como una modalidad de permuta), y, de hecho, el Tribunal Constitucional vincula en su razonamiento el cambio de solar por obra con la permuta.

previsión de pérdida sobrevenida de capacidad (art. 222-2 CCC) o para constituir hipoteca o ratificar la hipoteca constituida sin poder o con poder insuficiente (569-29.2 CCC); o sea la remisión a las reglas de la gestión de negocios en los casos de gestión hecha por uno de los cónyuges en nombre del otro (art. 231-4.4 CCC).

Es patente, por tanto, que se ha buscado el entronque con todo tipo de figuras en las que quepa detectar un *encargo*, y que ese es el principio que justificaría la conexión suficiente para regular el mandato. Por eso, resulta particularmente inconsistente, por ilógico, el razonamiento respecto de la gestión de negocios ajenos sin mandato, pues en ese caso es clara la falta de encargo. Sorprendentemente, este extremo se destaca en la propia sentencia casi haciendo, parece, de la necesidad virtud (la negrilla es añadida): *Huelga decir que la misma valoración debe hacerse respecto de las normas impugnadas relativas a la gestión de asuntos ajenos sin mandato...incorporadas por el art. 4 de la Ley 3/2017, puesto que, al fin y al cabo la diferencia básica con el mandato es precisamente la ausencia de este* (FJ 5). Por supuesto que no se duda de la conveniencia de que en una regulación de la gestión de negocios se aborde tanto la gestión con encargo como sin él. Pero el Tribunal Constitucional, para justificar que ello lo pudiera hacer, en ese momento, el legislador catalán, no atinó en el razonamiento, posiblemente porque no era fácil encontrar uno. Y es que la conexión ha de establecerse respecto de regulación previa, no de normas coetáneas.

VII.- El anterior relato pone de manifiesto que, en lo que hace a la formulación de los presupuestos teóricos de la conexión, la divergencia que realmente (en tanto existen fallos contradictorios) ha trascendido a la jurisprudencia constitucional ha sido la relativa a las coordenadas temporales de la misma.

Nos referimos, y se insiste, a los presupuestos teóricos, pues es claro que, aun aceptándose que la conexión sea orgánica y cabiendo por tanto establecerse respecto de los principios de un ordenamiento, las percepciones respecto de la intensidad y suficiencia de la misma pueden ser muy distintas<sup>26</sup>. Como lo pueden ser respecto de hasta qué punto la existencia de normas sobre aspectos estructurales de una institución (calificación, la de

---

<sup>26</sup> De ahí que del criterio se predique inseguridad: García Rubio (2019.a: 142 y ss.; 2018: 10-14; 2017: 26-28); Vaquer Aloy (2019: 53-59). O que la impresión sea la de que *la 'conexión suficiente' puede llevar a cualquier sitio* [Delgado Echeverría (2019: 32)]. Respecto a las diferencias en torno a la suficiencia de la conexión son ilustrativos los votos particulares a las SSTC 40/2018, de 26 de abril (RTC 2028/40), 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41) y 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132).

estructural, que también pueden ser objeto de diferentes valoraciones) puede justificar la regulación de la misma en su conjunto. Hasta el momento, y salvando el caso de la STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133), el Tribunal Constitucional ha mantenido un criterio amplio. De ello es buena muestra la última de las decisiones analizadas, la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132)<sup>27</sup>, pero está por ver lo que ocurra en el futuro.

En lo que hace a la referencia temporal de la conexión, ya se ha señalado que es consustancial a un crecimiento orgánico el que la misma pueda establecerse respecto de normativa posconstitucional. Así lo afirma la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), posicionándose expresamente contra una tesis que a menudo es la manifestación de un propósito de *embridar* el desarrollo de los Derechos civiles autonómicos. Pero es verdad también que el apoyo en normativa posconstitucional puede provocar una difícil situación: que se haya establecido la conexión respecto de normas que posteriormente se declaren inconstitucionales. Y es que la indisponibilidad de las competencias determina que, aunque no hayan sido recurridas en plazo o se haya desistido del recurso, las disposiciones contrarias a la Constitución puedan ser declaradas inconstitucionales como resultado de una cuestión de inconstitucionalidad que supere el juicio de pertinencia y relevancia. Quizás la exigencia de una conexión radial se vea como un instrumento de equilibrio frente al juego político de no planteamiento y/o retirada de recursos de inconstitucionalidad (que impide el juicio sobre normativa que pueda considerarse *sospechosa*, y que ha determinado que en similares circunstancias en unos casos estén en vigor normas que en otros se han considerado inconstitucionales). Pero lo cierto es que, desconocer la legislación posconstitucional, resulta perturbador para el sistema de fuentes<sup>28</sup> y el propio Estado autonómico, pues supone colocar bajo sospecha las normas autonómicas y deslegitimar o degradar las valoraciones y actuaciones (necesariamente políticas) de quienes constitucionalmente están legitimados para plantear recursos de inconstitucionalidad. Por lo demás, tampoco debe olvidarse que ni siquiera una conexión radial *necesaria* protegería frente al problema señalado, pues el carácter

---

<sup>27</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano (2020b: 309), sin usar esas palabras, considera que se ha dado el salto a la tesis autonomista: *La Sentencia asume las tesis del Parlamento y de la Generalidad de Cataluña, que en verdad, aun sin decirlo explícitamente, parten de su competencia exclusiva sobre el Derecho civil, con la única excepción de las materias enumeradas en la segunda parte del artículo 149.1.8, de acuerdo con lo que establece literalmente el artículo 129 del Estatuto de Autonomía...*

<sup>28</sup> Delgado Echeverría (2019: 35); Vaquer Aloy (2019:55).

preconstitucional de una norma no constituye blindaje frente a un eventual juicio de constitucionalidad<sup>29</sup>.

### III. LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

#### III. 1. ¿Qué aspectos de la contratación se consideran *básicos*?

I.- No es por sí mismo un tema sustantivo, pero, si hubiera que destacar una primera novedad en la jurisprudencia constitucional de los últimos años respecto de las bases de las obligaciones contractuales, sería la de que, por fin, se alude directamente a la cuestión, o, quizás mejor, que la misma resulta *nominada* en los términos constitucionales (art. 149.1. 8ª CE).

El punto de inflexión al respecto lo constituye la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), pues, con la excepción<sup>30</sup> de las SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997/61) y 14/1998, de 22 de enero (RTC 1998/14), cuando a lo largo del tiempo, y siempre a propósito de legislación de consumo, el Tribunal Constitucional se había pronunciado, *ratio decidendi* u *obiter dictum*, sobre materias relativas a la contratación que consideraba reservadas al Estado, había evitado usar la expresión bases de las obligaciones contractuales<sup>31</sup>. Lo hace también, evitarlo, en dos sentencias cercanas en el tiempo: las SSTC 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54) y 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019/13). Después de la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), sin embargo, ya se alude directamente a la cuestión [SSTC 81/2020, de 15 de julio (RTC 2020/81), 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157) y 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022/37)].

II.- El tema de la reserva estatal en materia de contratación se planteó muy pronto en la jurisprudencia constitucional. La primera vez fue en la STC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71), dictada en relación a la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Parlamento Vasco, por la que se aprobaba el Estatuto del Consumidor (BOPV núm. 103, de 15-12-1981). En la misma (que todavía hoy es de referencia frecuente) se hacía solo alusión al art. 149.1. 8ª CE y la competencia estatal se proyectaba en general sobre la

---

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, y en relación con normas civiles, STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157, FJ 9): *Debe señalarse que la continuada vigencia de la norma cuestionada desde 1973 no hubiera impedido, llegado el caso, proporcionar a este tribunal argumentos en tal sentido.*

<sup>30</sup> Así lo pone de manifiesto Fossas Espadaler (2014:76-77).

<sup>31</sup> Sánchez González (1993: 152); Vaquer Aloy (2019: 70).

contratación; sin embargo, las materias que señalaba como competencia exclusiva del Estado se han venido a identificar como básicas<sup>32</sup>: responsabilidad contractual, regulación de cláusulas abusivas, de condiciones generales o de modalidades contractuales, establecimiento de un servicio postventa o de una obligación de información con carácter general. En estos dos últimos casos se incide en una idea, que resultará recurrente en la jurisprudencia posterior, y es que resulta vedado al legislador autonómico establecer *ex lege* un derecho y una correlativa obligación que se inserte en el contenido contractual. Esto es lo que en la STC 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88), que funda la competencia exclusiva del Estado en el art. 149.1. 6ª CE, se vino a calificar, refiriéndose a la STC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71) y utilizando unos términos de gran éxito posterior, de producción de un *novum* en el contenido contractual. Después, en diversas decisiones, y ya de ordinario invocando conjuntamente los arts. 149.1. 6ª y 149.1. 8ª CE (y guardando silencio respecto de las bases de las obligaciones contractuales), se fueron reiterando esas materias como reservadas al Estado al tiempo que se incorporaban otras. Así, se han venido a entender de competencia exclusiva del Estado: el establecimiento de derechos y obligaciones en el marco del contrato -*novum* contractual- [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71), 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88), 62/1991, de 22 de marzo (RTC 1991/61), 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997/61), 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264), 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157), 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54), 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019/13)]; perfeccionamiento, validez y eficacia de los contratos [SSTC 14/1998, de 22 de enero (RTC 1998/14), 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54)]; cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71), 62/1991, de 22 de marzo (RTC 1991/61), 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264), 124/2003, de 19 de junio (RTC 2003/124), 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157), 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54)]; responsabilidad contractual [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71), 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264), 124/2003, de 19 de junio (RTC 2003/124), 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157)]; acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución [SSTC 62/1991, de 22 de marzo (RTC 1991/61), 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264), 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157), 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54)]; modalidades contractuales [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71), 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264),

---

<sup>32</sup> Sánchez González (1993: 151).

124/2003, de 19 de junio (RTC 2003/124), 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157)]; o prohibiciones de contratar [STC 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54)]. Después de la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), y ya invocando directamente la reserva estatal sobre bases de las obligaciones contractuales, se ha incidido específicamente en el carácter básico de: que el deudor no pueda compeler al acreedor a aceptar otra prestación distinta [STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157)]; los límites a la autonomía de la voluntad en la fijación del precio [STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022/37)]; o el objeto de los contratos y la capacidad para contratar [STC 81/2020, de 15 de julio (RTC 2020/81)].

En la relación anterior no se ha incluido la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132). Lo que al respecto se dice en la misma merece una atención más pormenorizada, sobre todo por la intención que a todas luces subyace en la decisión de ser una referencia al respecto; y ciertamente la ocasión lo propiciaba, pues, como ya hemos visto a propósito de la conexión, se enjuiciaba la constitucionalidad de la regulación catalana de la compraventa, permuta, mandato y gestión de negocios ajenos sin mandato. Iremos haciendo más referencias al contenido de esta decisión, pero veamos ahora la especificación que realiza (la negrilla es añadida): *De ahí que en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal... // ” ...las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país” ...// ” ... hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss.), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (1254 a 1280 CC). Mismo carácter básico con el deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la*



*autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores* (FJ 6).

En los principios, materias generales y remisiones al Código Civil<sup>33</sup> en los que se condensa lo básico caben los aspectos que se habían ido señalando como reservadas al Estado en decisiones anteriores, pero en STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) se realizan algunas especificaciones que resultan de interés<sup>34</sup>. Así, si en diversas decisiones se había hablado de *modalidades contractuales* y de *validez y eficacia de los contratos*, ahora se *aclara* que de lo que se trata es de que el *tipo contractual* coincida con el diseñado por la normativa estatal y de que lo uniforme tiene que ser el régimen de la nulidad o la rescisión, pero no sus causas.

III.- ¿Qué es lo que determina que una materia relativa a la contratación se considere básica? Tradicionalmente, en la jurisprudencia constitucional la reserva al Estado de determinados aspectos de la contratación se justificaba, sin acompañarse de mayor explicación<sup>35</sup>, tras una genérica invocación al art. 149.1.6<sup>a</sup> (competencia exclusiva en Derecho mercantil) y al art. 149.1.8<sup>a</sup> CE. La STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), en consonancia con su vocación de sentar un hito, conecta el asunto con referencias constitucionales (o con principios que se derivan de las mismas) previsibles: unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y

<sup>33</sup> En buena medida ya se trasluce en los fragmentos reproducidos, pero el Tribunal Constitucional incide expresamente en que las bases se deben inferir de la regulación del Código Civil. Es del todo lógico que, si se trata de una reserva estatal, sea el Derecho del Estado el que se tenga en consideración para determinar qué aspectos son estructurales y deben ser necesariamente homogéneos [García Rubio (2019.b:16 y 31)]. Es claro, sin embargo, que no solo se deberá tener en cuenta al respecto el Código Civil [en la STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022/37) se sienta el carácter básico del art. 17.1 LAU (autonomía de la voluntad en la fijación de la renta en los arrendamientos urbanos)] sino el conjunto de la regulación contractual (y el resultado de su interpretación jurisprudencial); de hecho, en la propia sentencia, y a propósito de la compraventa de consumo, se habla del *pleno respeto a la normativa básica estatal en materia de consumo* (FJ 7).

<sup>34</sup> Sobre la concreta mención a la conmutatividad y su compatibilidad con la regulación autonómica de la rescisión por lesión [que en la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) es una pieza clave para afirmar suficiente conexión para regular la compraventa], *vid.* Asua González (2020: 264-265).

<sup>35</sup> Todo lo más se podía señalar, como se hace en la STC 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54, FJ 9) respecto a normativa catalana sobre cláusulas abusivas en contratos de crédito y préstamos hipotecarios, que el tratamiento de la materia requiere regulaciones uniformes por tratarse de un *tema capital* en el Derecho de la contratación.

equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE), y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE). Pero omite toda reflexión de por qué, o cómo, los principios y materias que se van apuntando como básicos engarzan con esas referencias. Y ello se echa especialmente en falta habida cuenta de que el Tribunal se enfrenta a la cuestión sin un posicionamiento previo del legislador (sin el señalamiento de bases formales). Pero no debe olvidarse que, en general, el Tribunal prescinde de configurar un criterio propio respecto de lo básico y de explicar las razones al respecto<sup>36</sup>, pues de ordinario lidia con bases formales y su posición habitual a la hora de examinar los pronunciamientos del legislador estatal al respecto<sup>37</sup> es la de aceptar la delimitación realizada por el mismo siempre que no se vacíe totalmente la competencia autonómica sobre la materia compartida. Puede sorprender esta última idea, habida cuenta de que, aun sin referirse a las bases de las obligaciones contractuales, el Tribunal Constitucional ya se había referido a materias reservadas al Estado en el ámbito de la contratación (recuérdese, sin embargo, la práctica ausencia de razonamiento al respecto), pero ello tiene relación con el modo en el que el Tribunal Constitucional ha venido a considerar que funcionan las bases del art. 149.1. 8ª CE y que abordamos en el siguiente epígrafe.

### **III. 2. El modo de operar de las bases del art. 149.1. 8ª CE y la relevancia de ello: la posibilidad de *repetir* la normativa estatal básica**

I.- Las bases del art. 149.1.8ª CE pueden entenderse en clave de legislación básica y legislación de desarrollo<sup>38</sup> sobre la materia *contratación*. Su funcionamiento se asimilaría así al de la legislación básica, normas básicas, o bases a las que se hace referencia en otras reglas del art. 149. 1 CE y que han sido consideradas como equivalentes por la jurisprudencia constitucional<sup>39</sup>. Y, en esa perspectiva, el Estado (sobre

---

<sup>36</sup> En un plano distinto (no el de la determinación de qué es básico sino en el de si una normativa, la ley 511 FN, que se entiende que respeta las bases estatales, afecta a la unidad de mercado) señala la STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157, FJ 9) –la negrilla es añadida–: *Debe descartarse que la norma amenace el principio constitucional de unidad de mercado, pues nada alega al respecto el abogado del Estado más allá de la cita de la STC 13/2019. Debe señalarse que la continuada vigencia de la norma cuestionada desde 1973 no hubiera impedido, llegado el caso, proporcionar a este tribunal argumentos en tal sentido (en un sentido similar, respecto a la carga alegatoria en relación con la unidad de mercado, STC 100/2020, de 22 de julio, FJ 3). En todo caso, el principio de unidad de mercado tampoco impide el desarrollo legislativo civil (STC 62/1991, de 22 de marzo), ni supone que la regulación tenga que efectuarse de un modo uniforme dentro del territorio nacional (SSTC 84/1993, de 8 de marzo, y 88/1986, de 1 de julio).*

<sup>37</sup> Arzo Santisteban (2016: 210-213).

<sup>38</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano (1989:108); Sánchez González (1991:20).

<sup>39</sup> Arzo Santisteban (2016: 204).

las bases) y la Comunidad Autónoma (en todo caso sobre aspectos no básicos)<sup>40</sup> compartirían competencia sobre las relaciones contractuales. Pero cabe igualmente considerar que la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales no se organiza según la lógica legislación básica/legislación de desarrollo, sino que tales bases son una materia en sí misma y no una función respecto de otra (las obligaciones contractuales)<sup>41</sup>.

II.- Hasta la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), el Tribunal Constitucional no había hecho cuestión explícita del asunto (ni del funcionamiento ni de las eventuales consecuencias de ello) aunque da toda la impresión de que se consideraban una materia en sí misma. De todos modos, difícilmente podía realizarse un pronunciamiento habida cuenta de que, como hemos visto, cuando se abordaba el tema de qué materias relativas a la contratación eran de competencia exclusiva del Estado ni siquiera se mencionaban las bases de las obligaciones contractuales<sup>42</sup>.

Pero lo cierto es que el modo de operar de las bases del art. 149.1.8ª CE se convierte en algo trascendental cuando, al análisis en clave legislación básica/legislación de desarrollo (esta es uno de los presupuestos teóricos más relevantes de la decisión), se anuda, sin ningún matiz, la consideración de que la norma autonómica no invade la competencia estatal si coincide con el sentido de las reglas del Estado<sup>43</sup>. Hasta entonces, en materia de contratación reservada al Estado, la mera reiteración de la normativa estatal se consideraba inconstitucional. Para justificar la posibilidad de repetición, se hace referencia a alguna decisión del Tribunal Constitucional [STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005/341)] en la que se consigna que la repetición de normas estatales

---

<sup>40</sup> En este caso, la *legislación de desarrollo* por parte de las Comunidades Autónomas sería la regulación de aspectos de la contratación distintos de los básicos (Sánchez González [1991:21]). Por lo demás, la competencia para el desarrollo de las bases no tendría que haber sido asumida específicamente, sino que se entendería subsumida en la genérica de legislación civil (Bercovitz Rodríguez-Cano [1989: 108]).

<sup>41</sup> Fossas Espalader (2014: 75); García Rubio (2015: 100; 2019.b: 29-30).

<sup>42</sup> Como señala Durbán Martín (2019: 399), una de las pocas sentencias que lo hace [STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997/61)] se refiere a la cuestión en la lógica legislación básica/legislación de desarrollo: *Tampoco las competencias ex art. 149.1. 8º C.E. (salvo las relativas a las bases de las obligaciones contractuales) tienen en rigor carácter básico, sino exclusivo* (FJ 12).

<sup>43</sup> La negrilla es añadida: *“En este recurso de inconstitucionalidad hay que partir de la idea -como ya se ha advertido- de la existencia de una situación de concurrencia de competencias estatal y autonómica sobre la legislación civil contractual (art. 149.1. 8ª CE y 129 EAC). El carácter básico de la normativa estatal determinará que la norma autonómica haya de ajustarse a los límites establecidos por esta regulación, pues si no la respeta se vulnerará de modo mediato el art. 149.1. 8ª CE. Por ello, para enjuiciar si los preceptos autonómicos impugnados resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias es preciso contrastar si la normativa autonómica es acorde con la legislación básica estatal”* (FJ 6).

no tiene por qué conllevar la declaración de inconstitucionalidad por falta de competencia autonómica si se trata de una materia sobre la que la Comunidad Autónoma *también* tiene competencia (competencia compartida). Pero, si en la sentencia de 2005 se señalaba que habría que estar a los efectos que la reproducción pudiera producir en el caso concreto<sup>44</sup>, en la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), aun reiterando esas consideraciones, se prescinde de analizar este último y relevante extremo<sup>45</sup> y, a efectos prácticos, se viene a convertir la repetición en una *regla automática* de salvaguarda. En realidad, y como se considera coincidente la normativa impugnada con la estatal, ni siquiera se llega a hacer un pronunciamiento expreso respecto de lo que efectivamente se consideraba básico en semejante normativa<sup>46</sup>.

En la STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157) se vuelve a incidir en el modo de funcionamiento de las bases de las obligaciones contractuales en clave legislación básica/legislación de desarrollo y se reitera lo ya consignado en la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) sobre la posibilidad de repetición en caso de competencias compartidas. Sin embargo, y como veremos a continuación, en el caso, la normativa impugnada por invadir la competencia estatal sobre bases de las obligaciones contractuales no podía salvarse *solo* con el argumento de la posible repetición en competencias compartidas, pues había puntos en los que tal normativa difería de la del Estado. De hecho, y como el esfuerzo se centra en argumentar el carácter no atinente a las bases de las normas autonómicas *distintas*, ahora sí se procede a razonar por qué en el supuesto sí estaba justificada la repetición de lo efectivamente reiterado (FJ 9) –la negrilla es añadida-: ***En este caso, «ha de señalarse que la norma autonómica puede reproducir las bases estatales cuando sea necesario para hacer más comprensible el desarrollo normativo que, en ejercicio de sus competencias propias, realice. En tales casos, concurre la excepción que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, permite al legislador autonómico introducirse en el terreno de lo básico (entre otras muchas, STC 119/2018, de 31 de octubre, FJ 2)» (STC 132/2019, FJ 6).*** Como se ve, se reproduce un

---

<sup>44</sup> “...al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto” (FJ 3).

<sup>45</sup> Uno de los problemas que se puede plantear es el de la modificación de la norma estatal. Ciertamente en una futura regulación de la materia por parte del Estado no es previsible gran alejamiento respecto de las opciones de la regulación catalana [véase la disciplina de las instituciones impugnadas en la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil* (2019)], pero se trata de un asunto con el que el Tribunal Constitucional no deseaba lidiar y, en su caso, envía al futuro.

<sup>46</sup> Asua González (2020: 266); Gete Alonso y Calera (2020).

inciso de la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), pero lo que en esta era mero *acarreo*, pues se explicitaba un criterio que precisamente en aquel caso no se cumplía, ahora (*en este caso*, se dice) se destaca que sí se cumple.

III.- La repetición de bases de las obligaciones contractuales es, por lo tanto, posible. Lo que queda abierto, sin embargo, es la determinación de los parámetros para calibrar la legitimidad de la misma más allá, por supuesto, de hacer más comprensible la normativa autonómica no básica. La STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132), opera al respecto sin ningún límite, pero *por ahora* seguramente ha de ser valorada como una decisión de carácter *coyuntural*.

### **III.3. La trascendencia del carácter dispositivo de una norma de cara a calibrar su carácter básico**

I.- En la STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132, FJ 6), se trae a colación la idea de que *estamos en presencia de un sistema jurídico eminentemente dispositivo en que debe regir y rige el principio de la libertad de pactos*. Ello se hace para justificar que, en ausencia de pronunciamiento del legislador, en la determinación de lo que es básico se realice un ejercicio de *simple contraste principal o genérico*. Es cierto, por tanto, que no se llega a decir que las normas dispositivas no sean, por esa circunstancia, básicas, pero de alguna manera parece sobrevolar la idea. La STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157) da un paso más, y el carácter dispositivo de la norma se convierte en la circunstancia determinante de su consideración como no básica. Ya hemos adelantado en el epígrafe anterior la trascendencia del asunto pues la normativa impugnada (en lo que a nosotros ahora nos interesa la ley 511 FN) difería de la del Estado<sup>47</sup>.

Prácticamente todo el tenor del art. 511 FN gira en torno a que, en la cesión onerosa de un crédito, el deudor puede liberarse abonando al cesionario el precio pagado más intereses y gastos. El asunto no planteaba problema de conexión pues semejante posibilidad ya estaba prevista en la redacción originaria del Fuero Nuevo, pero la norma resultaba cuestionada desde el punto de vista de las bases de las obligaciones

---

<sup>47</sup> También difería de la normativa estatal la contenida en los párrafos segundo y tercero de la ley 495 FN (en los que se regula una denominada dación en pago necesaria) e igualmente cuestionada desde el punto de vista de las bases de las obligaciones contractuales. Sin embargo, en ese caso, la circunstancia que ahora estamos analizando no interviene en el señalamiento de lo que constituía normativa estatal básica.

contractuales. En la sentencia se salva la legitimidad *general* de una regulación atinente a la cesión de créditos argumentando que se respetaba el tipo contractual estatal y que en todo caso la repetición (que consistía en señalar que el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor) quedaba justificada por ser una competencia compartida (y resultar necesaria en aras a hacer comprensible la norma autonómica). El punto crítico, sin embargo, radicaba en que, mientras en el art. 1535 CC la posibilidad de liberación del deudor se limita a la cesión onerosa de créditos litigiosos, en el caso navarro tal posibilidad se extiende a la cesión onerosa de todo crédito.

El Tribunal Constitucional viene a considerar que no resulta básico<sup>48</sup> el que la posibilidad de liberarse por parte del deudor se circunscriba a los créditos litigiosos, y,

---

<sup>48</sup> No afecta a lo que ahora a nosotros nos ocupa, pero no se puede dejar de señalar, y así se recuerda en los votos particulares, que en lo que hace a la plausibilidad constitucional de que una norma autonómica regule la liberación del deudor en caso de cesión onerosa del crédito, el Tribunal Constitucional ha variado de criterio. Lo llamativo no es el cambio sino la propia negación del mismo y los argumentos que al respecto se utilizan. El asunto había resultado abordado en la STC 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019/13), relativa a la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y de la pobreza energética (BOE núm. 216, de 9-9-2015). En la misma (FJ 3), y en lo que ahora interesa, con el único argumento de que se producía un *novum* contractual (y que ello suponía adentrarse a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.6 y 8 CE), se anulaba una disposición (la adicional) con el siguiente tenor: *En la cesión de créditos, el acreedor puede ceder su crédito contra el deudor si el crédito ha sido garantizado con la vivienda del deudor y este es un consumidor. Si la cesión es a título oneroso, el deudor queda liberado de la deuda abonando al cesionario el precio que este ha pagado más los intereses legales y los gastos que le ha causado la reclamación de la deuda.* Es claro que se está ante la misma figura, pero circunscrita a un ámbito específico: que se tratara de cesión de crédito garantizado con hipoteca sobre la vivienda del deudor y que este fuera consumidor. Sin embargo, en la STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157) se afirma que se trata de supuestos distintos pues ambas normativas (la catalana y la navarra) no se desenvuelven en los mismos ámbitos materiales ni responden al mismo ejercicio competencial. He aquí la argumentación (FJ 9) –la negrilla es añadida-: *En el caso decidido en la STC 13/2019, la norma catalana estaba llamada a desplegar efectos en el ámbito de los préstamos con garantía hipotecaria y respondía a una finalidad de protección a los consumidores en el marco del mercado inmobiliario. Perseguía esa finalidad de tal modo que suponía una regulación sustantiva en materia de derechos y obligaciones en las relaciones contractuales privadas que se adentraba en las competencias exclusivas del Estado relativas a la legislación civil (art. 149.1.8 CE) o al derecho mercantil (149.1.6 CE), careciendo de precedentes en el Derecho catalán, pues tampoco se apreció la existencia de anteriores previsiones del Derecho civil catalán o instituciones preexistentes que permitieran sostener que la disposición adicional estaba dictada al amparo de la competencia de la Generalitat de Cataluña en materia de Derecho civil.//Ninguno de esos dos elementos, en su momento determinantes de la inconstitucionalidad de la norma catalana, concurren aquí, ya que no se trata de una norma dictada para la defensa de los consumidores y usuarios en un ámbito material concreto, el del crédito hipotecario, sino de un precepto que prescribe cuál es el importe que debe abonar el deudor de un crédito cedido, cualquiera que sea la naturaleza de dicho crédito, para quedar liberado de la deuda. Se trata, por tanto, de una norma de contenido netamente civil que, como tal, ha de analizarse atendiendo a la doctrina constitucional relativa a la distribución de competencias en este ámbito. Por otra parte, a diferencia de la norma catalana, la competencia autonómica para regular esta cuestión por ser parte integrante del Derecho foral que puede conservar, modificar y desarrollar, es indiscutida y lo que se controvierte es si esa competencia se ha ejercido dentro del marco definido por las bases de las obligaciones contractuales o fuera de él, teniendo en cuenta a estos efectos la doctrina de la STC 132/2019, FJ 6. La explicación, sin embargo, resulta poco afortunada: el juicio de conexión fue ajeno a la STC 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019/13); de lo dicho se desprendería que, si en lugar de una regulación general, Navarra hubiera optado por circunscribir la figura al modo de la disposición catalana*

como hemos adelantado, la argumentación relevante<sup>49</sup> al respecto gira en torno al carácter dispositivo de las normas implicadas. Cabría pensar que el razonamiento se habría de ceñir al art. 1535 CC (pues es su carácter de norma básica sobre lo que había que decidir), pero sorprendentemente también se introduce en el mismo la *dispositividad* de la normativa autonómica. La argumentación resulta un tanto confusa, pero, tratándose de la norma estatal<sup>50</sup>, lo dispositivo parece verse en la inverosímil eventualidad (semejante acuerdo solo cabría entre cedente y cesionario y es inimaginable que este lo acepte) de que se pacte la posibilidad de liberación del cedido más allá del supuesto de créditos litigiosos.

II.- ¿Qué juicio merece la STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157) en el punto que ahora analizamos? En mi opinión, el carácter dispositivo de una norma puede ser una circunstancia de cara a valorar su pertenencia o no a lo básico, pero ha de descartarse la automaticidad al respecto. Y es que, con frecuencia, en las normas dispositivas (o *en parte* dispositivas) se depositan los criterios que conforman aspectos estructurales de una institución. Así, aunque las contratantes puedan incrementar no solo el nivel de diligencia exigible (art. 1104 CC) sino convenir que se responda por caso fortuito (art. 1105 CC), las opciones *por defecto* del legislador (arts. 1101 y 1104 CC) caracterizan un sistema de responsabilidad contractual<sup>51</sup>. La materia, por cierto, es una de las que habitualmente se han venido a considerar básicas, y así se reitera en las SSTC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132) y 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157).

---

no lo hubiera podido hacer porque una norma de ese tipo no es netamente civil; y, en esa misma línea, con la mención al art. 149.1.6 CE parece asumirse que el asunto tiene algo que ver con el Derecho mercantil. Es obvio, sin embargo, que se trata de una norma civil y que si se puede regular la institución en general se puede regular en un ámbito civil específico. De hecho y como se señala en uno de los votos particulares, razonablemente la ley 511 FN sería aplicable en ámbitos específicos.

<sup>49</sup> Al tiempo se refiere a que la normativa realmente no supone innovación y a que no resultaría aplicable a las obligaciones mercantiles. Es claro, sin embargo, que ninguno de estos extremos tiene que ver con las bases de las obligaciones contractuales. Lo primero atañe al juicio de conexión y lo segundo a la reserva estatal sobre el Derecho mercantil (art. 149.1. 6ª CE), o, mejor, a una cuestionable interpretación de las consecuencias de semejante reserva porque implica que la norma autonómica no se considere el Derecho común de su territorio.

<sup>50</sup> En el caso de lo que hemos calificado de sorprendente concesión de relevancia al eventual carácter dispositivo de la norma autonómica, el juego de la voluntad (se invocan las leyes 7 y 8 FN) se concreta así: *La aplicación de tales previsiones al presente caso nos lleva a advertir que cabe, en esta cuestión y al amparo de la autonomía de la voluntad, un pacto entre las partes que elimine o limite lo previsto en la ley 511 en relación con el negocio jurídico de la cesión de créditos* (FJ 6).

<sup>51</sup> Lo mismo podría decirse, por ejemplo, respecto de las partidas indemnizatorias y de los daños que se deben imputar al incumplimiento (arts. 1106 y 1007 CC).

### **Bibliografía**

ÁLVAREZ LATA, N. (2008). “Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios del Derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22 (pp. 57-94).

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2020). “Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 37 (pp. 235-272).

ARZOZ SANTISTEBAN, X. (2016). “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?” *Revista d’ Estudis Autonòmics i Federals*, (23), 201-234. <https://bit.ly/2HF6mnZ>. (15.07.2022).

BARRAL VIÑALS, I. (2020). “La compravenda de consum és “legislació civil” i té com a únic limit “les bases de les obligacions contractuals”: apunts sobre un canvi de rumb – estable?- en la jurisprudencia constitucional”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (pp. 9-30).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1983). “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”. En *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*. Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati (pp. 73-109).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). “La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional”. En A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ (Dirs.). *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*. Ed. Tecnos, Madrid (pp. 75-99).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1989). “Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.18ª de la Constitución”. En B. MORENO (Coord.). *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*. Ed. Parlamento de Andalucía – Tecnos, Madrid (pp. 98-119).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). “La conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1 (pp. 15-82).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2018). “El requisito de la conexión para el desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7. <http://aranzadi.aranzadidigital.es> (BIB 2018\10232).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020.a). “La destrucción de la obra codificadora”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 7 (pp. 3-22). <https://revistas.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/view/6268>. (15.07.2022).



BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2020.b). “La competencia legislativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de contratos civiles y de legislación procesal. Comentario a la STC –Pleno- 13 de noviembre de 2019 (RTC 2019, 132)”. *CCJC*, núm. 113, (pp. 277-314).

BUSTO LAGO, J. M. (2020). “La competencia de las CC.AA. con Derecho Civil propio para regular la atribución de la propiedad de los *bona vacantia*: el caso de Galicia”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36 (pp. 11-46).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2017). “¿Qué es lo que queda del Derecho civil valenciano en materia de familia?”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 31 (pp. 111-162).

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1979). “Los Derechos civiles forales en la Constitución”. En M. RAMÍREZ. *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Ed. Libros Pórtico, Zaragoza (pp. 321-352).

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2019). “Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?”. En C. BAYOD (Dir.). *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 21-46).

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2008). “Artículo 27”. En A. L. REBOLLEDO VARELA (Coord.). *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Ed. Thomson-Reuters, Cizur Menor (pp. 175 y ss.).

DURBÁN MARTÍN, I. (2016). “Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30 (pp. 257-288).

DURBÁN MARTÍN, I. (2019). *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

EGEA FERNÁNDEZ, J. (2010). “Compètencia en matèria de dret civil”. *Revista catalana de dret públic, Especial Sentència del 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya* (pp. 338-343).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A. (2007). “Constitución, Amejoramiento y Derecho Civil navarro”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21 (pp. 229-274).

EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> A. (2018). “Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los Derechos Civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 33 (pp. 47-78).

FOSSAS ESPALADER, E. (2014). “La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional”. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2 (pp. 67-84).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2014). “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”. *Revista de Derecho Civil*,

núm. 1 (pp. 7-27). <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/46>. (15.07.2022).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2015). “Hacia un nuevo Código de Obligaciones y Contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación”. En E. ROCA (Dir.) y M<sup>a</sup> del C. CAZORLA (coord.). *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (pp. 61-113).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2017). Presente y futuro del Derecho Civil español en clave de competencias normativas. *Revista de Derecho Civil*, núm. 3 (pp. 1-33). <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/276>. (15.07.2022).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2018). “La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre. ¿Interpretación del artículo 149.1. 8<sup>a</sup> CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?” *Foro Galego. Revista Xurídica Xeral de Galicia*, núm. 205 (pp. 9-39).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2019.a). “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los operadores jurídicos gallegos y el futuro del Derecho civil de Galicia”. En C. BAYOD (Dir.). *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 141-178).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2019.b). “Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2007, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat”. *Revista de Derecho Civil* núm. 4 (pp. 1-43). <https://bit.ly/3kHPBHC>. (15.07.2022).

GETE ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> DEL C. (2020). “La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d’obligacions i contractes (II). Nota sobre la sentència”. *Revista catalana de dret públic* [blog], 4-3-2020. <https://bit.ly/35IcDYw>. (15.07.2022).

LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2019). “Bienes vacantes y sucesión de la Comunidad Autónoma”. En C. BAYOD (Dir.). *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 107-139).

LÓPEZ GUERRA, L. (2018). “La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas”. En *Derecho Constitucional II*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 289-304).

MARTÍN-CASALS, M. (2013). El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental? *InDret*, núm. 3. <https://bit.ly/31Q56G1> (15.07.2022).

PALAO GIL, F. J. (2017). “*We cannot turn the clock back*: rigidez constitucional, formalismo jurídico y Derecho civil”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21 (pp. 163-216).

GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P. (1991). *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución (Artículo 149.1. 8<sup>a</sup>)*. Ed. Trivium, Madrid.

GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P. (1993). “Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1 (pp. 151-176).

VAQUER ALOY, A. (2019). “La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales”. En C. BAYOD (Dir.). *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 47-79).

XIOL RÍOS, J. A. (2019). “Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI.” En C. BAYOD (Dir.). *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 207-226).

### ***Relación jurisprudencial***

STC 71/1982, de 30 de noviembre (RTC 1982/71)

STC 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986/88)

STC 62/1991, de 22 de marzo (RTC 1991/61)

STC 88/1993, de 12 de marzo (RTC 1993/88)

STC 156/1993, de 6 de mayo (RTC 1993/156)

STC 264/1993, de 22 de julio (RTC 1993/264)

STC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997/61)

STC 14/1998, de 22 de enero (RTC 1998/14)

STC 124/2003, de 19 de junio (RTC 2003/124)

STC 157/2004, de 21 de septiembre (RTC 2004/157)

STC 341/2005, de 21 de diciembre (RTC 2005/341)

STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010/31)

STC 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013/93)

STC 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016/82)

STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016/110)

STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016/192)

STC 95/2017, de 6 de julio (RTC 2017/95)

STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017/133)

STC 40/2018, de 26 de abril (RTC 2018/40)

STC 41/2018, de 26 de abril (RTC 2018/41)

STC 54/2018, de 24 de mayo (RTC 2018/54)

STC 13/2019, de 31 de enero (RTC 2019/13)

STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019/132)

STC 81/2020, de 15 de julio (RTC 2020/81)

STC 157/2021, de 16 de septiembre (RTC 2021/157)

STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022/37)

**PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA FAMILIAR: UNA COMPARACIÓN  
ENTRE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA Y LA ESPAÑOLA, EN LA  
ESPERANZA DE QUE LA PRIMERA APRENDA DE LA SEGUNDA<sup>1</sup>**

*Separation agreements: a comparison between the Italian and the Spanish  
jurisprudence, in the hope that the second learns from the first*

VINCENZO BARBA  
vincenzo.barba@uniroma1.it  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Roma «La Sapienza»

***Cómo citar/Citation***

Barba, V. (2022).

Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 45-84

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.25>

(Recepción: 11/07/2022; aceptación tras revisión: 29/08/2022; publicación: 31/08/2022)

***Resumen***

El artículo propone un análisis comparativo de la jurisprudencia española e italiana sobre los pactos en previsión de ruptura familiar, para mostrar que, a pesar de la similitud de los dos ordenamientos jurídicos, la jurisprudencia ha llegado a soluciones diametralmente opuestas: la jurisprudencia italiana negando la validez de cualquier pacto prematrimonial e incluso de los pactos celebrados después de la separación y en previsión del divorcio; la jurisprudencia española admitiendo la plena validez de estos acuerdos, como expresión de la autonomía de los cónyuges. Considerando que los pactos en previsión de ruptura familiar deben considerarse válidos y esperando una regulación uniforme del derecho europeo, que sería deseable, el ensayo propone algunas soluciones que deberían tenerse en cuenta en una posible reforma.

***Palabras clave***

Pactos prematrimoniales; pactos en previsión de ruptura matrimonial; convenio regulador; negocios de Derecho de familia; pensión compensatoria; vivienda familiar; pactos sucesorios.

***Abstract***

The essay proposes a comparative analysis of Spanish and Italian jurisprudence on prenuptial agreements, in order to show that, despite the presence of similar legal

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación «El Derecho de familia que viene. Retos y respuestas» [ref. PID2019-109019RB-I00], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dentro del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, Convocatoria de 2019. El trabajo está destinado a la obra colectiva *La contractualización del Derecho de familia y la persona*.

systems, the jurisprudence of the two countries has arrived at diametrically opposed solutions: the Italian jurisprudence denying the validity of any prenuptial pact and even of pacts concluded after separation and with a view to divorce; the Spanish jurisprudence admitting the full validity of prenuptial agreements, as an expression of the spouses' autonomy. Considering that prenuptial agreements should be considered valid and hoping for a uniform European law regulation, the essay proposes some solutions that should be taken into account in a possible reform.

### **Keywords**

Prenuptial agreements; separation agreement; divorce agreement; family negotiation; maintenance allowance; family home; inheritance pacts.

### **SUMARIO**

---

I. INTRODUCCIÓN. II. NORMAS ITALIANAS Y ESPAÑOLAS RELEVANTES EN MATERIA DE PACTOS PREMATRIMONIALES. III. LA REGULACIÓN ITALIANA DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS DESPUÉS DE LA CRISIS FAMILIAR. IV. PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA FAMILIAR. IV.1. Utilidad de los pactos llamados «prematrimoniales». IV.2. Posible contenido de los pactos en previsión de ruptura familiar. Interferencia entre el derecho de familia y el derecho de sucesiones. IV.3. Las sentencias italianas que niegan la admisibilidad de los acuerdos en previsión de la crisis familiar y las sentencias españolas que admiten la validez de dichos acuerdos. Dos formas diferentes de argumentar, pero también dos supuestos de hecho diferentes. IV.4. Las sentencias italianas que admiten los pactos realizados por los cónyuges con ocasión del divorcio. V. EN TORNO A UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA FAMILIAR. *Bibliografía. Relación jurisprudencial italiana. Relación jurisprudencial española.*

---

### **I. INTRODUCCIÓN**

Es singular constatar que el derecho civil italiano y el español, aunque presentan un tejido de normas y principios sobre las relaciones económicas entre los cónyuges bastante similar, han llegado, en el silencio que ambos guardan sobre el tema de los acuerdos prematrimoniales o, más precisamente, de los acuerdos en previsión de una ruptura familiar, a conclusiones sustancialmente antitéticas.

El Derecho civil español, con argumentos loables, ha admitido sustancialmente los pactos prematrimoniales, permitiendo la autonomía privada, aunque dentro de ciertos límites, para regular anticipadamente las consecuencias personales y económicas

en caso de crisis de la relación familiar<sup>2</sup>, mientras que el Derecho italiano<sup>3</sup>, con argumentos fuertemente rígidos y restrictivos, ha negado esencialmente la admisibilidad de tales pactos, permitiendo sólo la posibilidad de regular algunos aspectos concretos y siempre que no se trate de una regulación general en previsión del divorcio.

Además, como confirmación de la importancia y del valor que puede asumir la comparación jurídica en esta materia, cabe destacar que los argumentos y temas sobre los que pivota la admisibilidad de los pactos en previsión de una crisis familiar son exactamente los mismos en el Derecho italiano y en el español, con la única diferencia de que en el primero ha prevalecido, como suele ocurrir, la tendencia conservadora, mientras que, en el segundo, ciertamente más inclinado hacia la protección de la persona y los derechos sociales, han prevalecido los argumentos enderezados a afirmar la validez y eficacia de dichos pactos. De este modo, resulta de gran interés el análisis comparativo de las sentencias españolas que admiten esos pactos y las italianas que niegan su admisibilidad, también con vistas a superar las fuertes tendencias conservadoras que siguen dominando en Italia.

Esto parece demostrar, por un lado, la extraordinaria importancia de la interpretación jurídica como motor del sistema jurídico y, por otro, la imposibilidad de una interpretación pura del Derecho, confirmando que toda interpretación está siempre al servicio de una ideología. Ello hace necesario también reflexionar, especialmente en un momento en el que la necesidad de certeza jurídica<sup>4</sup> se hace sentir con fuerza, sobre la importancia de los principios y valores constitucionales, que, lejos de ser tiranos y de convertir en arbitrarias las decisiones concretas<sup>5</sup>, son, por el contrario, un instrumento esencial y fundamental de garantía en la interpretación jurídica y en la controlabilidad de las decisiones<sup>6</sup>.

Se confirma, por tanto, que más allá de las normas específicas sobre capitulaciones matrimoniales, regímenes económicos, derechos y deberes entre los cónyuges, es decir, el conjunto de normas que constituyen la base de la regulación de las relaciones personales y patrimoniales familiares, es imprescindible considerar el sistema de principios y valores en el que se inserta el conjunto de estas normas.

---

<sup>2</sup> Cervilla Garzón (2013.b, 1 ss. y 2018, 3 ss.).

<sup>3</sup> Gran parte de la doctrina italiana considera admisibles estos acuerdos. Sin pretender ser exhaustivo, Oberto (1999); Zoppini (2002: 227 ss.); Patti (2002: 285 ss.); Lazzara (2005: 108 ss.). Para más referencias, *vid.* Barba (2021.b: 21 ss.).

<sup>4</sup> Irti (2016: 3 ss.).

<sup>5</sup> Así, Schmitt (2014: 3 ss.) y Weber (2010: 3 ss.).

<sup>6</sup> Perlingieri (1999: 787 ss.).

## II. NORMAS ITALIANAS Y ESPAÑOLAS RELEVANTES EN MATERIA DE PACTOS PREMATRIMONIALES

El Derecho civil italiano y el Derecho civil español presentan numerosas similitudes en cuanto a las relaciones económicas entre los cónyuges, hasta el punto de que puede decirse que, a pesar de ciertas diferencias, las normas de mayor interés para la posible admisibilidad de los acuerdos en previsión de una ruptura familiar son casi las mismas.

Tanto en el Derecho italiano como en el español, los cónyuges pueden acordar las reglas básicas de la organización económica de su matrimonio. Estos pactos se denominan capitulaciones matrimoniales en el Derecho español y convenciones matrimoniales en el Derecho italiano.

En el Derecho español, el artículo 1325 CC establece que los cónyuges podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo; el artículo 1326 CC que podrán otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio; el artículo 1327 CC que deberán costar en escritura pública y el artículo 1328 CC que será nulo todo pacto contrario a las leyes o las buenas costumbres o limitativo de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge.

En el Derecho italiano, el artículo 162 CC establece que las convenciones matrimoniales pueden servir para pactar, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial, que los acuerdos pueden otorgarse antes y después del matrimonio, y que deben constar en escritura pública. Además, el artículo 161 CC establece que los cónyuges no pueden hacer una referencia general a las leyes o costumbres extranjeras, sino que deben exponer el contenido de los pactos en términos concretos y, por último, el artículo 160 CC establece que los cónyuges no pueden derogar ni los derechos ni los deberes imperativos previstos por la ley como consecuencia del matrimonio.

Aunque el art. 1325 CC ES parezca dar un contenido más amplio a las capitulaciones matrimoniales, en comparación con lo previsto en el correspondiente precepto italiano (art. 162 CC IT), al disponer que los otorgantes pueden pactar "cualquiera otras disposiciones por razón del mismo", debe considerarse que el art. 161 CC, en la medida en que excluye que las partes puedan hacer referencia genérica a las costumbres o a las leyes extranjeras, especificando que las partes "establecerán en



términos concretos el contenido de los pactos por los que pretenden regular" sus relaciones patrimoniales, acaba ampliando significativamente el ámbito de las capitulaciones matrimoniales.

En cuanto a los regímenes patrimoniales propiamente dichos, si bien ambos establecen que el legal es la sociedad de gananciales o comunidad de bienes, existen ciertas diferencias con respecto a los demás regímenes posibles. En el Derecho español, además de la sociedad de gananciales (arts. 1344-1410 CC), se pueden dar el régimen de participación (arts. 1411-1434 CC) y el régimen de separación de bienes (arts. 1435-1444 CC), mientras que en el Derecho italiano, además de la comunidad de bienes (arts.177-197 CC), se pueden dar, como regímenes económicos alternativos, la comunidad convencional (arts. 210-211 CC) y la separación de bienes (arts. 215-219 CC) y como régimen económico concurrente con los anteriores el llamado "fondo patrimonial" (arts. 167-171 CC), que consiste en destinar y segregar determinados bienes (inmuebles) para atender las necesidades de la familia.

Además, existe una diferencia importante en cuanto al régimen económico primario, que es, desde mi punto de vista, muy significativa si tenemos en cuenta que el Derecho español es más estricto que el italiano y, sin embargo, ha llegado a admitir la validez de los acuerdos prematrimoniales. En el Derecho español, el régimen económico primario se refiere a la contribución a las cargas del matrimonio (art. 1318 CC), los gastos de litigios entre los cónyuges (art. 1318.2 CC), la potestad doméstica (art. 1319 CC), la vivienda familiar, los muebles y el ajuar doméstico (art. 1322 CC), y la plena libertad de contratación entre ellos (art. 1323). A ello hay que añadir la norma prevista para el régimen de separación de bienes, que establece que el trabajo para el hogar tendrá la consideración de contribución a las cargas y dará derecho a una indemnización que la autoridad judicial, a falta de acuerdo, señalará a la extinción del régimen de separación (art. 1438 CC). En el Derecho italiano, de forma mucho más sencilla, el régimen económico primario se refiere únicamente a la contribución a los gastos familiares (art. 143.3 CC), especificando que ambos cónyuges tienen el poder de "dar ejecución a la dirección acordada de la vida familiar" (art. 144.2 CC).

No hay muchas diferencias entre el Derecho civil español y el italiano en cuanto a los acuerdos celebrados entre los cónyuges después de la crisis familiar y destinados a regular sus relaciones personales y patrimoniales, también en relación con los hijos. Son muy diferentes a los acuerdos prematrimoniales, ya que sirven para regular la crisis

cuando ya haya surgido y no de forma preventiva, es decir, son acuerdos adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio. Ellos deben ser aprobados por la autoridad judicial, que los autoriza a menos que sean perjudiciales para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En el Derecho español, en una elección coherente, este acuerdo, que se denomina “convenio regulador”, tiene una disciplina unitaria (art. 90 CC), con independencia de que la crisis matrimonial dependa de la nulidad, la separación o el divorcio<sup>7</sup>. Esta norma establece el contenido esencial del convenio regulador, que debe establecer sobre: el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación con los abuelos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio, la pensión compensatoria, los animales domésticos. En el Derecho italiano, en cambio, aunque la función de estos acuerdos es la misma, existe una regulación autónoma y específica para la separación (art. 158 CC) y el divorcio (art. 4.16 de la Ley n° 898, de 1 de diciembre de 1970, en adelante LD), mientras que nada se establece para el presupuesto de la nulidad del matrimonio.

No hay muchas diferencias en cuanto a la posible contribución que uno de los cónyuges debe abonar al otro como compensación por el desequilibrio económico que se produce tras la crisis familiar, que en el Derecho español se denomina “pensión compensatoria” o compensación por desequilibrio, y en el Derecho italiano “*assegno di mantenimento*” (en adelante, pensión de manutención).

En el Derecho español, la pensión compensatoria se regula uniformemente en el artículo 97 CC, que establece que el cónyuge cuya separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro tendrá derecho a esta pensión, que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo entre los cónyuges, la autoridad judicial determinará su cuantía en la sentencia, teniendo en cuenta las circunstancias señaladas en el artículo 97.2 CC<sup>8</sup>.

En el Derecho civil italiano, la pensión de manutención se regula de forma independiente en la separación (art. 156 CC) y en el divorcio (art. 5.6 LD). Es una

---

<sup>7</sup> Castilla Barea (2011: 295 ss.).

<sup>8</sup> Cabe destacar que, en caso de nulidad matrimonial, no procede la pensión compensatoria, sino la indemnización (art. 98 CC), si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97 CC.

cantidad que un cónyuge debe abonar al otro y tiene una función compensatoria y de reequilibrio. En Italia se ha, recientemente, producido un intenso debate sobre la naturaleza de esa pensión de manutención y, aunque con diferentes matices, se puede afirmar que esa pensión en caso de separación no tiene ni puede tener carácter asistencial, ya que los cónyuges siguen obligados entre sí a los alimentos, mientras que la pensión en el supuesto de divorcio puede tener también una función asistencial, aunque la función predominante es compensatoria y de reequilibrio. En el Derecho español la pensión compensatoria tiene también una función asistencial. Este dato es de especial importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que, una vez más, a pesar de una reconstrucción conceptual más estricta en cuanto a la naturaleza de esta atribución patrimonial, el Derecho español ha permitido su renunciabilidad<sup>9</sup> y, más generalmente, la admisibilidad de los acuerdos prematrimoniales, mientras que el Derecho italiano al negar rotundamente su renunciabilidad ha mantenido la inadmisibilidad de los pactos prematrimoniales y hasta de los pactos en previsión del divorcio.

Por último, no hace falta decir que tanto el Derecho italiano como el español no dictan ninguna norma explícita sobre los acuerdos en previsión de una ruptura familiar. Sin embargo, no debe obviarse que la riqueza de un Estado plurilegislativo, como el español, obliga a considerar también los Derechos autonómicos y, en esta materia, el Código Civil catalán, que contiene una regulación explícita y extensa de los acuerdos prematrimoniales (arts. 231-20, 233-5.1, 232.7; 233.5.3; 233-16, 233-21.3, CC CAT)<sup>10</sup> y la ley vasca, que, aunque mucho más escueta, contiene una regulación específica (Ley 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuesto de separación o ruptura de los progenitores*, art. 4).

### **III. LA REGULACIÓN ITALIANA DE LOS ACUERDOS CELEBRADOS DESPUÉS DE LA CRISIS FAMILIAR**

Ya he tenido ocasión de señalar que los acuerdos celebrados por los cónyuges cuando ya ha surgido la crisis familiar no pueden considerarse acuerdos prematrimoniales, porque se celebran cuando la crisis ha surgido y sirven para regular sus relaciones personales y patrimoniales para el tiempo posterior a la separación y/o el divorcio. No sólo se trata de acuerdos celebrados cuando ha surgido la crisis, sino que

---

<sup>9</sup> García Rubio (1995: 151 y nota 347).

<sup>10</sup> Allueva Aznar (2013: 1 ss.); Allueva Aznar (2016: 101 ss.); Cervilla Garzón (2013.b: 1 ss.); Ginés Castellet (2011: 1577 ss.) y Barba (2021.b: 21 ss.).

su eficacia está sujeta a la evaluación de la autoridad judicial, que debe verificar su legitimidad, especialmente en lo que respecta a los intereses de las hijas e hijos menores.

Al tratarse de acuerdos celebrados entre los cónyuges para regular sus relaciones personales y patrimoniales tras la separación o el divorcio (no está prevista expresamente esta posibilidad en el caso de nulidad matrimonial), presuponen no solo que ambos cónyuges tengan la intención de proceder a la separación y/o al divorcio, sino también que haya pleno acuerdo sobre las condiciones pactadas. Por esta razón, el instrumento en cuestión sólo está previsto en Italia en el caso de separación de mutuo acuerdo (art. 158 CC y 711 CPC) y de solicitud conjunta de divorcio (art. 4.16 LD y 711 CPC), de modo que constituye un acuerdo conjunto de separación o divorcio que los cónyuges presentan a la autoridad judicial para que ésta pronuncie la separación o el divorcio en las condiciones acordadas por los otorgantes.

El alcance y la relevancia de tal acuerdo depende, inevitablemente, del valor asignado a la decisión judicial de homologación, ya que, como puede fácilmente intuirse, existe una relación de proporcionalidad inversa entre uno y otra, de modo que cuanto más importancia se otorgue a la resolución judicial, menor relevancia tendrá el acuerdo de los cónyuges, con el riesgo de que se convierta en una mera proposición.

En Italia, la relación entre estos dos actos no se ha mantenido inalterada a lo largo del tiempo, pudiéndose apreciar un proceso lento, pero ininterrumpido, destinado a quitar importancia a la función de la aprobación del tribunal.

A diferencia del Derecho español, en el Derecho italiano no existe ninguna norma legal que establezca el contenido de estos acuerdos. En ausencia de tal norma, la jurisprudencia ha señalado que existe un *contenido esencial*, que tiene por objeto el consentimiento mutuo para vivir separados, la custodia de los hijos, y la pensión compensatoria (si es debida y si se cumplen las condiciones), y un *contenido eventual*, que consiste en todos aquellos acuerdos necesarios y adecuados para el establecimiento de un régimen de vida separado, especificando, posteriormente, que este segundo contenido viene referido básicamente a acuerdos de carácter patrimonial<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> En la jurisprudencia, entre las primeras afirmaciones de esta idea, Cass., 25 de septiembre de 1978, n. 4277, en *Leggi d'Italia*. Asimismo, más recientemente: Cass., 15 de mayo de 1997, n. 4306, en *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 278, con nota de Zanuzzi; Cass., 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*; Cass., 26 de julio de 2018, n. 19847, en *Leggi d'Italia*; Cass., 7 de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*.

Esta diferenciación ha servido a la jurisprudencia italiana para dar respuesta a dos cuestiones: en primer lugar, para excluir que el contenido eventual deba ser homologado para que sea eficaz, y, en segundo lugar, para afirmar que su modificación no requiere el procedimiento establecido en el artículo 710 del Código procesal civil italiano. Además, sobre la base de este criterio, la jurisprudencia italiana ha sostenido que todos los acuerdos celebrados después de la sentencia de separación o divorcio, cuando no se refieran al contenido esencial, son válidos incluso sin la homologación de la autoridad judicial<sup>12</sup>.

Mediante este razonamiento, la jurisprudencia italiana<sup>13</sup> ha afirmado sustancialmente que los acuerdos que regulan aspectos relativos a los bienes no solo son perfectamente válidos y eficaces, sino que ni siquiera requieren homologación por parte de la autoridad judicial, concluyendo que se trata de contratos atípicos sujetos a la disciplina del Derecho común.

La doctrina ha cuestionado, además, el valor jurídico de un acuerdo entre los cónyuges para regular su separación, a falta de su homologación, es decir, en el caso de una separación de hecho.

A este respecto, aunque la jurisprudencia ha afirmado recientemente que, a falta de homologación, la separación es ineficaz<sup>14</sup>, no creo que esto sea suficiente para considerar esos acuerdos como totalmente ineficaces.

A mi juicio, hay que tener en cuenta que la postura de la jurisprudencia solo permite descartar la posibilidad de que ese acuerdo produzca los efectos típicos de la separación entre los cónyuges, mientras que no permite afirmar que dicho pacto carezca de todo efecto jurídico. La jurisprudencia señala, en efecto, que ese acuerdo no puede

---

<sup>12</sup> Esta doctrina se ha establecido a partir de una importante sentencia de la Corte de Casación de 1993 (Cass., 24 de febrero de 1993, n. 2270, en *Leggi d'Italia*) que cambia la posición anterior.

<sup>13</sup> Un análisis inteligente de nuestra jurisprudencia es propuesto por Palazzo (2017: 93 ss. ), quien mantiene posturas interesantes y considera inútil una evaluación abstracta de los pactos. El autor sostiene que una decisión preliminar sobre la invalidez no sería razonable *«ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile quale “prezzo” del consenso al divorzio, quanto meno ove vengano rispettati, anche sotto il profilo relazionale, taluni aspetti rilevanti»*.

<sup>14</sup> Cass., 15 diciembre 2020, n. 28649, en *Leggi d'Italia*. En un párrafo importante de sus fundamentos, refiriéndose a Cass. 9174/2008 se lee: *«In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato fra i coniugi ed avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione, al quale compete l'essenziale funzione di controllare che i patti intervenuti siano conformi ai superiori interessi della famiglia; ne consegue che, potendo le predette pattuizioni divenire parte costitutiva della separazione solo se questa è omologata, secondo la fattispecie complessa cui dà vita il procedimento di cui all'art. 711c.p.c. in relazione all'art. 158 c.c., comma 1, in difetto di tale omologazione le pattuizioni convenute antecedentemente sono prive di efficacia giuridica, a meno che non si collochino in una posizione di autonomia in quanto non collegate al regime di separazione consensuale»*.

producir los efectos propios de una separación judicial a petición de ambos cónyuges, pero ello no conlleva considerarlo como meramente inválido o ineficaz. Por el contrario, este acuerdo conserva su eficacia y validez<sup>15</sup>.

En consecuencia, me parece posible decir que los acuerdos con contenido “eventual” serán perfectamente válidos, mientras que el acuerdo que tenga un contenido esencial, aunque sea efectivo en las relaciones de la pareja (ya que hay una separación de hecho), no puede producir las mismas consecuencias que la ley relaciona con la sentencia de separación.

#### **IV. PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA FAMILIAR**

##### **IV.1. Utilidad de los pactos llamados “prematrimoniales”**

Existen numerosas razones que pueden justificar, en los sistemas jurídicos contemporáneos, la admisibilidad de los acuerdos en previsión de una ruptura familiar, aunque no sólo tienen una base jurídica sino también social.

En primer lugar, piénsese que siempre es preferible que sean los propios cónyuges, cuando existe una situación armoniosa entre ellos, quienes determinen cómo deben regularse sus relaciones personales y patrimoniales cuando surge una crisis matrimonial<sup>16</sup> y no que esa decisión la tome la autoridad judicial.

En segundo lugar, y esta circunstancia no puede considerarse de poca relevancia, sobre todo si pensamos en el fenómeno de los segundos matrimonios y, más aún, en el de las familias reconstituidas, los acuerdos en previsión de una ruptura familiar permiten a ambos cónyuges una situación de razonable certidumbre sobre sus condiciones personales y patrimoniales tras la crisis familiar y eso les ayuda a tomar mejores decisiones.

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 9 de abril de 2008, n. 9174, en *Leggi d'Italia*. En lo que respecta a la separación consensual, la reglamentación acordada entre los cónyuges y relativa a la definición de sus relaciones patrimoniales, aunque se base en el acuerdo de las partes, solo surte efectos jurídicos después de la medida de homologación, que tiene la función esencial de comprobar que los acuerdos concertados se ajustan a los intereses superiores de la familia; de ello se desprende que, dado que los acuerdos mencionados solo pueden ser parte constitutiva de la separación si se homologan, de conformidad con el complejo procedimiento *ex arts. 711 CPC IT. y 158 CC IT*, a falta de tal homologación, los acuerdos previamente celebrados no tienen ninguna eficacia jurídica a menos que estén en posición de autonomía porque no están vinculados al sistema de separación consensual. (Principio afirmado por la Corte de Casación respecto a un acuerdo, relativo a la renuncia a la copropiedad de un bien inmueble por parte de uno de los cónyuges en favor del otro, considerado como parte de un proyecto de separación consensual que no tuvo éxito, ya que los cónyuges habían obtenido la separación judicialmente.

<sup>16</sup> García Rubio (2003: 1657 s.), «de un lado, permiten a las partes iniciar el matrimonio y la vida familiar pensando de forma realista en la relación, anticipando sus contingencias y planeándolas, lo que les ayuda a tomar mejores decisiones, incluida la de casarse o no. De otro, abren a las partes las posibilidades de regular su relación matrimonial y posmatrimonial de acuerdo con sus intereses aspiraciones y valores».

En tercer lugar, los acuerdos prematrimoniales pueden desempeñar una importante función de desinflamación en los litigios de familia y de divorcio, ya que su existencia reduciría en gran medida el recurso a las autoridades judiciales, especialmente en una función contenciosa, para identificar el conjunto de sus relaciones para el tiempo posterior a la crisis familiar.

Por último, y este hecho no se puede pasar por alto, aunque exige una reflexión jurídica más profunda, los acuerdos en previsión de una ruptura familiar no dejan, como se podría pensar a primera vista, totalmente desprotegido al cónyuge que, en el momento de la crisis matrimonial, se encuentra en una situación más vulnerable o débil. En las relaciones entre cónyuges, en efecto, no cabe duda de que debe aplicarse el principio de la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud del cual el acuerdo sigue vigente en la medida en que en el momento de su ejecución no se haya convertido en excesivamente oneroso para una de las partes por circunstancias extraordinarias e imprevisibles. Desde otro punto de vista, si el pacto en previsión de la ruptura familiar se refiere a las relaciones personales y patrimoniales propias de la relación paterno-filial, no cabe duda de que su validez y eficacia estará siempre sometida a un control de legitimidad dirigido a comprobar que responda al interés superior del menor y, por tanto, que los cónyuges no han tomado ninguna decisión que pueda afectar negativamente a la condición personal y patrimonial de las hijas o los hijos menores de edad. Por lo tanto, hay que descartar la idea de que la introducción de un acuerdo prenupcial pueda menoscabar o perjudicar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

Los pactos prematrimoniales o, más concretamente, los pactos en previsión de una ruptura familiar, aunque se refieren principalmente a las relaciones entre los cónyuges, pueden, a mi parecer, valer también para los miembros de una pareja de hecho. En este sentido, aunque es conocida de sobra la orientación de la doctrina y la jurisprudencia, tanto italiana<sup>17</sup> como española<sup>18</sup>, tendente a diferenciar entre matrimonio

---

<sup>17</sup> Vid. Corte cost., 14 aprile 1980, n. 45, en *Leggi d'Italia*, en cuyos fundamentos se lee: «*la convivenza "more uxorio" è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri, previsti dagli artt. 143, 144, 145, 146, 147, 148 cod. civ., che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione, infatti, del convivente "more uxorio" può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento anche mediante azione giudiziaria*», Corte cost., 10 giugno 1988, n. 644, en *Leggi d'Italia*; Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, en *Leggi d'Italia*; Corte Cost., 6 luglio 1994, n. 281, en *Leggi d'Italia*; Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, en *Leggi d'Italia*; Corte cost., 20 luglio 2000, n. 313, en *Leggi d'Italia*; Corte cost., 27 marzo 2009, n. 86, en *Leggi d'Italia*.

y pareja de hecho y sobre la imposibilidad de equiparar ambas figuras, estoy convencido de que, sin perjuicio de esta distinción, en este aspecto no es posible establecer una diferencia o negar que una pareja de hecho pueda pactar válidamente las condiciones personales y económicas tras la crisis. Esta es una razón más para propugnar el uso de las expresiones “pactos en previsión de la crisis familiar” o “pactos en previsión de la ruptura familiar” frente a la más extendida, pero menos amplia, de “pactos prematrimoniales”, ya que se trata de negocios jurídicos que pueden celebrarse no solo después de la celebración del matrimonio, sino también en el contexto de cualquier modelo de familia, pues su función es regular de antemano las relaciones personales y económicas de los miembros de una pareja, matrimonial o de hecho, para el tiempo posterior a la crisis familiar<sup>19</sup>.

#### **IV.2. Posible contenido de los pactos en previsión de ruptura familiar. Interferencia entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones**

El pacto prematrimonial, aunque en su formulación más simple parece reducirse al acuerdo por el que los cónyuges pactan sobre la pensión compensatoria y la vivienda familiar<sup>20</sup> para el tiempo posterior a la crisis familiar, en realidad es potencialmente capaz de un contenido mucho más amplio.

Incluye, pues, todos los acuerdos por los que los cónyuges, antes de que surja la crisis matrimonial, regulan todas sus relaciones personales y patrimoniales para el tiempo posterior a la ruptura familiar<sup>21</sup>.

La complejidad de las relaciones personales y patrimoniales va, por tanto, mucho más allá de la pensión compensatoria y/o de la vivienda familiar<sup>22</sup>, pudiendo

---

<sup>18</sup> *Vid.* STC 93/2013, de 23 de abril de 2013 ([https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5436)) que declaró la ilegitimidad de la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio.

<sup>19</sup> Rodríguez Guitián (2018.b: 100) afirma: «Dos son las notas características de estos acuerdos. Así, son prospectivos, esto es, se planean antes de la celebración del matrimonio, o durante la pacífica convivencia conyugal, para entrar en juego solo en caso de una eventual y futura ruptura matrimonial. La segunda nota característica de estos pactos es su carácter previsor, es decir, se anticipan a los problemas que pudieran surgir con la posible crisis, y buscan dar soluciones en el presente a conflictos que todavía no existen entre los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de su celebración».

<sup>20</sup> Sobre posibles pactos prematrimoniales sobre a pensión compensatoria o la vivienda familiar, Hijas Cid (2019: 55 ss.) y García Mayo (2021.b: 317 ss.).

<sup>21</sup> Precisa Rodríguez Guitián (2019: 267), que la función de dichos pactos es diferente en cada sistema jurídico. En los sistemas de derecho anglosajón, en los que no existe un régimen económico matrimonial y la autoridad judicial tiene un amplio margen de discrecionalidad en el reparto de los bienes, los pactos sirven principalmente para dar reglas definitivas sobre el reparto de los bienes y otras consecuencias patrimoniales. En los ordenamientos jurídicos de civil law, en los que existe un sistema bien definido de regímenes matrimoniales y normas sobre los derechos que corresponden a los cónyuges tras la ruptura familiar, los pactos sirven para derogar estas normas o para pactar normas diferentes en el supuesto de crisis familiar.



extenderse a todas sus relaciones. Piénsese, por poner algunos ejemplos, en los acuerdos sobre el régimen económico matrimonial, sobre la guardia, custodia, visitas, manutención, comunicación de las hijas y los hijos menores de edad, sobre los animales de compañía.

Desde otro punto de vista, al tratarse también de relaciones personales<sup>23</sup>, los cónyuges podrían acordar igualmente asuntos sin carácter patrimonial, con la consecuencia de que, con los límites vinculados a las libertades constitucionalmente protegidas y a la dignidad de la persona, podrían afectar además a situaciones existenciales. Por ejemplo, podrían comprometerse durante un tiempo determinado, que podría coincidir con la mayoría de edad del menor de las hijas o hijos comunes, a no trasladarse a un país extranjero, o a residir en la misma ciudad. Además, la experiencia de otros países ha demostrado que existen acuerdos, cuya validez podría debatirse tanto en el Derecho italiano como en el español, por los que los cónyuges se comprometen a no volver a casarse, a no iniciar una nueva convivencia<sup>24</sup>, a profesar una determinada fe o a no cambiar la profesada, o no mantener relaciones sexuales con otras personas, etc.

Sin embargo, las relaciones personales y patrimoniales existentes entre los cónyuges incluyen también las posibles relaciones sucesorias, con la consecuencia de que, en la medida en que sean admisibles en el ordenamiento jurídico de referencia, el acuerdo prematrimonial puede contener también estipulaciones relativas a la sucesión de uno o ambos cónyuges. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una persona que contrae un segundo matrimonio y establece que, en todo caso, ninguno de los bienes que formen parte de su patrimonio en el momento de la celebración del pacto podrá ser heredado por el nuevo cónyuge o por las hijas o los hijos que puedan nacer, quedando enteramente reservado a las hijas o los hijos del matrimonio anterior; o en un acuerdo en el que se pacte que uno de los cónyuges renuncia anticipadamente a los derechos que le corresponden como legitimario o, incluso, a la sucesión legal del otro.

Si el Ordenamiento jurídico admite la validez de un pacto sucesorio, no puede descartarse que la decisión sobre la futura herencia también entre en el ámbito de las

---

<sup>22</sup> Sillero Crovetto (2018: 2780 ss.), señala que los acuerdos sobre la vivienda familiar son mucho más sencillos si no hay hijas o hijos, ya que, en caso contrario, la decisión requiere que se tenga en cuenta el interés superior del menor.

<sup>23</sup> Interesantes consideraciones sobre posibles convenciones matrimoniales en materia de fidelidad son propuestas por Rosales (2014: 1 ss.).

<sup>24</sup> Rodríguez Guitián (2018.a: 249 ss.).

relaciones patrimoniales y personales entre los cónyuges, con la consecuencia de que, aunque el pacto se denomine prematrimonial, también afecta a las relaciones sucesorias.

Por último, también a la luz del Reglamento Roma III, es muy posible, si se cumplen las condiciones, que el pacto tenga la función de identificar la ley aplicable a la separación o al divorcio y, por tanto, que los cónyuges establezcan en el pacto en previsión de una ruptura familiar cuál debe ser la ley aplicable. A este respecto, hay que decir que dicho pacto está admitido, teniendo en cuenta la redacción del artículo 5 del susodicho Reglamento europeo, en todos los países de la Unión Europea, incluso en aquellos que, como Italia, niegan la validez del pacto prematrimonial. Con la paradójica consecuencia de que en Italia no se puede celebrar válidamente un acuerdo prematrimonial, pero sí, si se cumplen las condiciones, un acuerdo por el que los cónyuges establezcan la aplicación a su crisis matrimonial de una ley distinta de la italiana, con todas las consecuencias que ello conlleva también respecto a los llamados derechos imperativos derivados del matrimonio.

En definitiva, los acuerdos en previsión de la ruptura familiar pueden tener potencialmente un contenido muy amplio, de manera que no sólo tocan aspectos típicos del Derecho de familia, sino que también presentan evidentes interferencias con el Derecho de sucesiones, sin tener en cuenta que se plantean cuestiones en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos, Derechos reales y Derecho hipotecario.

Esta consideración, aparentemente trivial, es muy importante y debe ser tenida en cuenta adecuadamente tanto a la hora de valorar la validez de esos pactos como cuando presentan elementos extranjeros, y se ponga un problema de ley aplicable.

En cuanto al primer aspecto, es evidente que la validez y eficacia de un pacto que se refiere exclusivamente a la relación entre los cónyuges es muy diferente de la que se refiere a hijas e/o hijos menores de edad, dada la importancia que asume el interés superior del menor. Una vez más, es evidente que el control de la legalidad es diferente cuando se trata de asuntos de naturaleza puramente económica en comparación con asuntos de naturaleza existencial.

En cuanto al segundo aspecto, es evidente que la ley aplicable no depende del mero hecho de que se trate de un pacto en previsión de una ruptura familiar, sino que depende del contenido concreto del pacto, entendiendo que limitado a los diferentes

aspectos que puedan estar implicados, las normas de Derecho internacional privado podrían remitir a diferentes normativas<sup>25</sup>.

Así, en un pacto con vistas a la ruptura familiar que prevea la regulación de asuntos patrimoniales entre los cónyuges, de relaciones sucesorias entre los cónyuges, y de relaciones paterno y materno filiales, cada uno de los citados aspectos podría ser regulado, según las normas de d.i.p. aplicables (Reg. de Bruselas II ter; Reg. UE 650/2012; Protocolo de la Haya 23.11.2007; Reg. de Roma I, Reg. Roma III, normas internas d.i.p.), por la normativa de distintos países, con la consecuencia de que el Reg. 103/2016 no puede considerarse concluyente de todas las cuestiones que puedan afectar a los acuerdos prematrimoniales<sup>26</sup>.

Es preciso, por tanto, tener en cuenta la extraordinaria complejidad de los pactos en previsión de una ruptura familiar y considerando que su aspecto caracterizador es únicamente que la pareja pacta condiciones personales y patrimoniales para el momento de la futura crisis, es imprescindible tener siempre en cuenta su contenido concreto, sin que sea posible identificar una solución a priori y abstracta que pueda aplicarse a todos los casos.

Teniendo esto en cuenta, en lo que sigue, me referiré principalmente a los acuerdos que se limitan a regular las relaciones de Derecho de familia entre los cónyuges, dejando al margen bien la complejísima cuestión de la guarda, custodia y régimen de visitas de las hijas y/o de los hijos menores de edad, que, en razón del interés superior, requiere una valoración específica y particular, bien las cuestiones sucesorias.

#### **IV.3. Las sentencias italianas que niegan la admisibilidad de los acuerdos en previsión de la crisis familiar y las sentencias españolas que admiten la validez de dichos acuerdos. Dos formas diferentes de argumentar, pero también dos supuestos de hecho diferentes**

La única sentencia italiana que se refiere explícitamente a los acuerdos en previsión de una ruptura familiar es de 2012<sup>27</sup>, aunque el caso concreto atañe a un

---

<sup>25</sup> Antón Juárez (2019: 61 ss.) y Ortiz Vidal (2018: 46 ss.).

<sup>26</sup> Pérez Vallejo (2019: 105 ss.).

<sup>27</sup> Cass., 21 diciembre 2012, n. 23713, en *Leggi d'Italia*. El pasaje al que se refieren explícitamente los acuerdos prematrimoniales es el siguiente: «è evidente che la ricorrente inquadra la predetta scrittura tra gli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di

acuerdo celebrado por los cónyuges tras la separación y en previsión de un futuro divorcio.

Aparte de este caso episódico, no se encuentra en la jurisprudencia italiana ninguna referencia a los acuerdos en previsión de la ruptura familiar en sentido estricto, y todas las sentencias más importantes que tradicionalmente se consideran relativas a este tipo de negocios se refieren, en realidad, a los acuerdos celebrados por los cónyuges después de la separación y en previsión del divorcio. No se trata, por tanto, de auténticos acuerdos prematrimoniales, ya que han sido celebrados por los cónyuges cuando ya había surgido la crisis matrimonial e incluso después de su separación, es decir, cuando existía un acto, ya sea la sentencia en el caso de separación contenciosa o el convenio regulador en el caso de separación de mutuo acuerdo, destinado a regular sus relaciones personales y patrimoniales. De ello se desprende que, en Italia, toda la jurisprudencia que suele considerarse relativa a los acuerdos prenupciales se refiere en realidad a los acuerdos celebrados por los cónyuges después de la separación y en previsión del divorcio.

De ello se desprenden al menos dos consideraciones. En primer lugar, que este tipo de acuerdos sólo plantea un problema cuando uno de los cónyuges no quiere cumplirlo, ya que, si ambos cónyuges están de acuerdo con su contenido, se convierte en un convenio regulador de divorcio que debe someterse a la aprobación de la autoridad judicial. En segundo lugar, a la vista de la casuística a la que nos enfrentamos, puede decirse que en Italia no se celebran acuerdos prematrimoniales en sentido estricto. Esto, sin embargo, no significa una ausencia de interés en el fenómeno, sino sólo una total falta de confianza en la validez y eficacia de estos acuerdos, dada la actitud monolítica de la jurisprudencia con respecto a los pactos menos relevantes celebrados después de la separación y en previsión del divorcio.

Con respecto a la validez de estos últimos acuerdos, la jurisprudencia italiana es firme en su conclusión. La última sentencia de 2021 (Corte de Casación, 26 de abril de 2021, nº 11012)<sup>28</sup> confirma lo que la Corte ya había sostenido en 1981 (Corte de

---

*cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili».*

<sup>28</sup> Para comprender la fuerza de este principio arraigado, considérese el siguiente párrafo de los fundamentos de la sentencia de 2021: «*la giurisprudenza di questa Corte è costante nel sanzionare con la nullità gli accordi conclusi in sede di separazione in vista del futuro divorzio. In particolare, nella sentenza n. 2224 del 30/01/2017 (vedi anche Cass. 5302 del 10/03/2006) è stato enunciato il principio di diritto secondo cui gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché*

Casación, 11 de junio de 1981, nº 3777), a pesar de que el contexto jurídico de referencia era muy diferente<sup>29</sup>.

Se afirma que el acuerdo por el que los cónyuges fijan, durante el matrimonio, el régimen jurídico del futuro y posible divorcio debe considerarse nulo tanto en la parte relativa a los hijos como en la parte relativa a la pensión de manutención y, más generalmente, en la parte en la que fijan el régimen de su futuro y posible divorcio, en virtud de la indisponibilidad radical previa de los derechos patrimoniales resultantes de la disolución del matrimonio. Además, estos acuerdos son nulos por la ilicitud de la causa, ya que no se trata de una mera transacción sobre aspectos patrimoniales consecuentes a un determinado estatus, sino sobre el propio estatus, dado que las ventajas patrimoniales reconocidas y aceptadas "cumplen sustancialmente la función del precio del consentimiento del divorcio"<sup>30</sup>.

La primera sentencia que afirma estos principios es, como he dicho, de 1981 y se ha convertido en un hito, hasta el punto de que toda la jurisprudencia posterior, aun sin hacer siempre referencia expresa a ella, mantiene los principios allí afirmados y utiliza esos mismos argumentos. Se trata de todas las sentencias más importantes en la materia que, aunque con matices, son, desde 1985 (Corte de Casación, 20 de mayo de 1985, nº 3080), 1992 (Corte de Casación, 4 de junio de 1992, nº 6857), 2000 (Corte de Casación,

---

*stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c. Ne consegue che di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio».*

<sup>29</sup> Considérese que la ley italiana de divorcio (Ley n. 898 de 1 de diciembre de 1970, en adelante LD) sufrió importantes modificaciones en 1987, mediante la Ley n. 74 de 6 de marzo de 1987. Como resultado de esta ley, entre otras numerosas innovaciones, se introdujo la posibilidad de un divorcio de mutuo acuerdo, antes esencialmente impedido, y se modificó radicalmente la regulación de la pensión de manutención. Se dice, de hecho, por la doctrina dominante que con la Ley 74/1987 la pensión de manutención adquiere un aspecto exclusivamente asistencial. Se trata de explicar que el marco normativo de 1981 es muy diferente del existente después de 1987. Desde este punto de vista, es realmente singular que la sentencia de la Corte de Casación de 1992 (Cass., 4 de junio de 1992, n. 6857, en *Leggi d'Italia*) utilice exactamente los mismos argumentos que la sentencia de 1981. Dicha sentencia señala que las conclusiones a las que llegaron las sentencias de 1981 y 1985 deben considerarse reforzadas, ya que la Ley 74/1987 hace indisponible e inderogable la pensión de manutención. Ni que decir tiene que la sentencia de 1992 se convirtió inmediatamente en el nuevo punto de referencia en la materia.

En sentido exactamente contrario en el Derecho español no se duda del carácter dispositivo de la pensión compensatoria, sobre todo después de la importante STS 885/1987 (ECLI:ES:TS:1987:8855), que aclaró: « es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente». Por todos, García Rubio (2003: 1653 ss.). Más recientemente García Mayo (2021 a: 459 ss.).

<sup>30</sup> Así, Cass., 4 de junio de 1992, n. 6857, *cit.*

1 de diciembre de 2000, nº 15349; Corte de Casación, 14 de junio de 2000, nº 8109), 2006 (Corte de Casación, 10 de marzo de 2006, nº 5302), 2012 (Cass. 23713/2012), 2020 (Corte de Casación, 15 de diciembre de 2020, nº 28649), 2021 (Cass. 11012/2021).

Dada la importancia de esta sentencia de 1981 y su influencia en toda la jurisprudencia posterior, será conveniente referirse a los argumentos en los que se basa la solución adoptada, para luego ver qué pequeñas innovaciones ha introducido la jurisprudencia posterior.

En primer lugar, se afirma que la pensión de manutención, en virtud de los artículos 5 y 6 LD, debe considerarse disponible en su componente compensatoria y de indemnización, pero indisponible en su componente asistencial<sup>31</sup>. Con base en ello, la Corte de casación sostiene que los acuerdos celebrados por los cónyuges, aunque estén separados, en previsión de un futuro divorcio son nulos por ser contrarios tanto al artículo 9 LD, según el cual la revisión de la cuantía de la pensión de manutención es siempre posible, como al artículo 5 LD, que establece los criterios para el reconocimiento y la determinación de una pensión de manutención al excónyuge. De todas formas, se añade que la nulidad también afectaría la componente compensatoria y de reequilibrio de la pensión de manutención, ya que, si bien constituyen derechos disponibles, dicha disponibilidad no puede ser admitida antes del inicio del procedimiento de divorcio. Esto alude, aunque sólo implícitamente, a una supuesta prohibición de renunciar a un derecho futuro y explícitamente a una supuesta inderogabilidad general de la pensión de manutención. Es decir, con independencia de la naturaleza de la pensión de manutención, ésta sería indisponible, ya que constituye un derecho inviolable derivado del matrimonio y amparado por la protección del artículo 160 CC IT.

---

<sup>31</sup> Esta reconstrucción, sobre la base de la LD en su formulación original, fue afirmada por primera vez y de manera amplia por Cass., 6 de abril de 1977, 1305, en *Foro Italiano*, 1977, I, c. 2247 ss. y por Cass., 3 de julio de 1980, n. 4223, en *Diritto di famiglia*, 1980, p. 1133 ss. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la pensión de manutención en el supuesto de divorcio, aun cuando se conceda en función exclusivamente asistencial, tiene una regulación diferente de la que rige la obligación de alimentos entre los cónyuges, aun cuando estén separados, ya que está destinada a garantizar el mantenimiento adecuado del cónyuge que la necesita (Corte de Casación, 2 de junio de 1981, n. 3549, en *Leggi d'Italia*). Tras las modificaciones introducidas en la LD por la Ley n. 74, de 6 de marzo de 1987, se sostuvo que la pensión de manutención, concedida por la autoridad judicial al cónyuge divorciado "cuando éste no disponga de medios suficientes o no pueda obtenerlos por razones objetivas" (art. 5.6 LD), tiene una función eminentemente asistencial (Cass., SS.UU., 29 de noviembre de 1990, n. 11490, en *Foro italiano*, 1991, I, p. 67 y ss.).

En segundo lugar, se alega la nulidad por ilicitud de la causa. El acuerdo previo entre los cónyuges sobre el régimen económico del divorcio que pueda producirse entre ellos en el futuro tiene la finalidad o, al menos, el efecto de condicionar el comportamiento de las partes en el futuro procedimiento de divorcio, no sólo en cuanto a la aceptación de las condiciones económicas pactadas, sino, sobre todo, en cuanto a la propia declaración de divorcio<sup>32</sup>. De este modo, no se pactan meros aspectos económicos derivados de un determinado estatus, sino que "el propio estatus se convierte en objeto de comercio"<sup>33</sup>. Esto determina que la causa de estos acuerdos es ilícita "porque siempre está conectada, explícita o implícitamente, con la intención de viciar o, al menos, limitar la libertad de defenderse en un proceso de divorcio, con un perjuicio irreparable para un objetivo de orden público"<sup>34</sup>.

Por último, tales acuerdos serían contrarios a la norma imperativa del artículo 160 CC, que establece categóricamente que los cónyuges no pueden derogar los derechos que la ley atribuye a uno u otro, y apenas es necesario señalar que la pensión de manutención, al igual que las decisiones sobre la vivienda familiar y todos los derechos relacionados con la separación o el divorcio, forman parte de los derechos imperativos derivados del matrimonio, aunque se refieran a un momento en que los cónyuges ya no están casados.

Sobre la base de estos tres argumentos, que son, más o menos, recogidos por todas las sentencias posteriores, a veces incluso refiriéndose expresamente a la nulidad de una renuncia a derechos futuros<sup>35</sup>, la jurisprudencia italiana niega categóricamente la

---

<sup>32</sup> Este argumento está tomado literalmente de Corte de Casación, 20 de mayo de 1985, n° 3080, *cit.*, p. 1459: «*Gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunciato hanno sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno status, limitandone la libertà di difesa, anche se quegli accordi hanno per oggetto solo gli aspetti patrimoniali del futuro assetto dei loro rapporti. Ed è questa ragione sufficiente per negare l'efficacia della rinuncia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno, che nella specie*».

<sup>33</sup> Así, en los fundamentos de Cass., 11 de junio de 1981, n. 3777, *cit.*

<sup>34</sup> Así, en los fundamentos de Cass., 11 de junio de 1981, n. 3777, *cit.* También para entender el clima en el que se mueve esta sentencia, a la que también acaban refiriéndose las recientes sentencias de 2021, considérese este significativo pasaje de su motivación, dirigida a justificar la nulidad por ilicitud de la causa de tales acuerdos: «*Riconoscere la vincolatività giuridica al regime economico post divorzio contrattualmente determinato in via preventiva significherebbe indurre, a seconda dei casi, o il contraente economicamente più debole a non difendersi nel giudizio di divorzio pur di percepire al più presto possibile un vantaggio economico che il suo stato di inferiorità economica fa apparire più vistoso ai suoi occhi, facendogli con ciò stesso sottovalutare il bene del rimanere in matrimonio, ovvero il contraente più affettivamente motivato al divorzio -perché più ottimista e più desideroso dell'altro di rifarsi una nuova vita- a subire anche odiosi ricatti concedendo sul piano economico molto più del giusto*».

<sup>35</sup> Este argumento se limita a los acuerdos por los que uno de los cónyuges renuncia a los derechos que le corresponden en virtud de la separación. Se afirma que se trataría de una renuncia previa a un derecho

validez de los acuerdos celebrados por los cónyuges después de la separación y en previsión del divorcio, y por lo tanto, aunque no haya tales ocasiones, es de suponer que negaría aún más la validez de los acuerdos celebrados antes del inicio de la crisis y en previsión de la ruptura familiar<sup>36</sup>.

En comparación con la orientación monolítica que acabamos de describir, las sentencias posteriores han hecho algunas aclaraciones y algunas concesiones menores.

Entre todas ellas, tiene una importancia significativa la sentencia de la Corte de casación 8109/2000, que, aunque afirma que los acuerdos por los que los cónyuges fijan el régimen jurídico del futuro y posible divorcio en el momento de la separación son nulos por la ilicitud de la causa, precisa que este principio no puede aplicarse al caso concreto, por dos razones. En primer lugar, porque la nulidad es invocada por el cónyuge obligado al pago de la pensión de manutención y no por el cónyuge que tendría derecho a ella, afirmando así que se trata de una nulidad esencialmente relativa<sup>37</sup>, es decir, una nulidad que sólo puede ser invocada por el cónyuge con derecho a ella y no por el cónyuge obligado<sup>38</sup>. En segundo lugar, porque se trata de un acuerdo cuya función es poner fin a determinados litigios de carácter patrimonial surgidos entre los cónyuges, sin ninguna referencia, implícita o explícita, a las relaciones entre los cónyuges en caso de futuro divorcio.

Esta importante sentencia es relevante en dos aspectos.

---

futuro o, más exactamente, de la disposición de un derecho futuro cuya existencia y alcance depende de variables absolutamente indeterminadas y no especificadas en el momento en que se realiza el acto de disposición. Este argumento, por sí solo, no me parece técnicamente capaz de excluir su validez. El ordenamiento jurídico italiano, en la medida en que evalúa con especial cautela los actos de disposición de derechos futuros (véanse, por ejemplo, los artículos 458 y 771 C.C. It.), no excluye de raíz su validez (véanse, por ejemplo, los artículos 820, 1348, 1472, 1938 y 2823 C.C. It.), refiriéndose, esencialmente, a las evaluaciones que conciernen al negocio específico.

<sup>36</sup> Según Salanito (2020: 646 s.), la razón del impedimento radica en las normas procesales sobre separación y divorcio, que requerirían el consentimiento actual de los cónyuges: *«I nubendi non sarebbero tenuti a gestire in modo calcolato – ossia quali operatori economici qualificati – i rischi connessi alle sopravvenienze ... l'ordinamento, con quelle regole procedurali, sembra delimitare l'autonomia privata ogni qualvolta non siano attuali gli interessi da regolare»*. La observación es aguda, pero podría replicarse que la actualidad del consentimiento sólo se refiere a la decisión de separarse o divorciarse y no también a la relativa a las condiciones económicas y personales resultantes tras la ruptura familiar.

<sup>37</sup> En la misma línea, Cass. 15349/2000, en cuyos fundamentos se enuncia el principio, aunque de forma poco clara: *«Non v'è dubbio, del resto, che tale principio (indisponibilità dei diritti di carattere economico riguardanti il futuro divorzio) può essere richiamato solo a tutela di chi chiede le prestazioni di carattere economico a fronte delle obiezioni, basate su accordi che escluderebbero tali prestazioni, fatte valere da chi sia onerato»*.

<sup>38</sup> Cabe señalar que esta interpretación podría aplicarse exclusiva y limitadamente a los acuerdos por los que los cónyuges se limitan a fijar la cuantía de la pensión de manutención y, por tanto, no se aplica ni a los acuerdos por los que los cónyuges excluyen que se deba abonar una pensión, que serían nulos, ni, a fortiori, a los acuerdos que junto con la pensión de manutención regulan otros aspectos económicos.



Por un lado, sugiere que los acuerdos en previsión del divorcio sobre la pensión de manutención están afectados por una nulidad relativa, con la consecuencia de que son vinculantes para el cónyuge obligado, aunque esta conclusión parece ahora contradicha por la sentencia de la Corte de Casación 11012/2021.

Por otro lado, y esto es una cuestión de mayor interés, se afirma que la nulidad sólo afecta a los acuerdos por los que los cónyuges pactan la totalidad de las relaciones de un futuro divorcio, mientras que no afecta a los contratos que regulan un único aspecto económico, aunque su eficacia esté subordinada al hecho del divorcio. Con esta sentencia, como aclararé más adelante, se pretende distinguir entre los acuerdos en previsión del divorcio o acuerdos prematrimoniales, que serían nulos por la ilicitud de la causa, y los acuerdos con ocasión del divorcio, que son válidos y eficaces, siempre que se refieran a un aspecto concreto y no quieran regular toda relación tras la ruptura familiar.

Frente a esta firmeza de la jurisprudencia italiana, la jurisprudencia española ha conseguido superar esos mismos argumentos que la primera consideraba insuperables y, así, ha dado entrada a los pactos prematrimoniales.

La primera sentencia que admite expresamente la validez de tales pactos es STS 392/2015 (ECLI: ES:TS:2015:2828)<sup>39</sup> y la confirman STS 315/2018 (ECLI: ES:TS:2018:1925)<sup>40</sup> y STS 569/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3845)<sup>41</sup>. No obstante, cabe destacar que, de gran importancia, aunque no se pronuncie expresamente sobre los acuerdos prematrimoniales en sentido estricto, es la STS 217/2011 (ECLI:ES:TS:2011:2158), que admitió, por primera vez, y con una importante fundamentación jurídica, la validez de un pacto, aunque concluido después de la crisis matrimonial<sup>42</sup>.

Las cuestiones que constituían el trasfondo de la admisibilidad de los acuerdos prenupciales en el Derecho español eran las siguientes: si implicaban una renuncia a la aplicación de la ley (art. 6.2 CC) o una renuncia a un derecho futuro (art. 1328 CC); si son contrarios a las leyes, la moral u el orden público; si suponen dejar al arbitrio de

---

<sup>39</sup> Quicios Molina (2016: 191 ss.).

<sup>40</sup> Rodríguez Guitián (2019: 261 ss.).

<sup>41</sup> Cervilla Garzón (2018: 1 ss.).

<sup>42</sup> Muy importante leer el fundamento tercero, de la susodicha sentencia titulado “*La validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas*”, porque recopila la jurisprudencia en materia hasta la fecha y constituye la base de la siguiente sentencia STS 392/2015 en la que se admite por primera vez la validez de los pactos sucesorios. Véase las consideraciones de (Quicios Molina, 2016: 191 ss.).

uno de los cónyuges la validez de dichos pactos; si limitan la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 32.1 CE); o cómo regular el caso de cambio radical de circunstancias.

Cada uno de estos argumentos ha sido ampliamente superado.

En primer lugar, debe excluirse que exista una presunción de renuncia a la ley o a un derecho futuro, porque "lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio"<sup>43</sup>.

En segundo lugar, hay que excluir que tales pactos sean contrarios a las leyes o a la moral o al orden público, porque los cónyuges "se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 CC"<sup>44</sup>.

En tercer lugar, el pacto no está sujeto a la arbitrariedad de uno de los cónyuges, porque parece haber sido negociado entre las partes y no presupone ningún fomento de la crisis familiar, pues ninguno de los cónyuges estaba en una situación económicamente difícil.

En cuarto lugar, no vulneran el principio de igualdad entre los cónyuges, ya que no perjudican a ninguno de ellos y ninguno se encuentra en situación de abuso de posición dominante<sup>45</sup>. "Es más, la insuficiencia de medios podría atentar contra el orden público al implicar la necesaria intervención del erario público, lo que queda descartado, en este caso, por la holgura de recursos de ambos"<sup>46</sup>.

Por último, en caso de que las circunstancias cambien por razones imprevisibles y extraordinarias y el pacto resulte al momento de su ejecución excesivamente oneroso, siempre queda la posibilidad de aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>47</sup>.

A estos argumentos, sustancialmente confirmados por las sentencias posteriores que he citado, la STS 569/2018 añade uno más que amplía el posible contenido de los

---

<sup>43</sup> Así en el FD 6º de STS 392/2015.

<sup>44</sup> Así en el FD 6º de STS 392/2015.

<sup>45</sup> Respecto al caso resuelto por la STS 392/2015, cabe añadir que el Tribunal Supremo también aclaró que lo que las partes establecieron no fue una verdadera pensión compensatoria, sino una renta vitalicia mensual, «por lo que tampoco es de aplicación el art. 97 CC ni, por la misma razón el art. 100 CC, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas».

<sup>46</sup> Así en el FD 6º de la STS 392/2015.

<sup>47</sup> Rodríguez Guitián (2018.b: 110), mantiene que, además del principio constitucional de libre desarrollo de la persona, «la admisión legal de tales pactos se ha apoyado tanto en el artículo 1323 CC, que consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges y que no es más que una concreción del artículo 1255 CC (admisión del juego de la autonomía de la voluntad contractual y señalamiento de sus límites: la ley, la moral y el orden público), como en el artículo 1325 CC».

acuerdos en previsión de una ruptura familiar. Se afirma pues, que los pactos en previsión de una ruptura familiar pueden contener medidas relativas a las hijas y los hijos menores de edad, y que en tal supuesto los pactos celebrados serán válidos siempre y cuando respondan a su interés superior.

Este breve examen comparado de la jurisprudencia italiana y española muestra sin temor a equivocarse que la decisión sobre la admisibilidad, o no, de los pactos en previsión de la crisis familiar no depende tanto de las normas de referencia como de su interpretación sistemática. Es indiscutible que en ambos sistemas jurídicos existe el principio de igualdad entre los cónyuges, existe, dentro de ciertos límites, la prohibición de disponer de un derecho futuro, en ambos prima el interés superior del menor. Sin embargo, en Italia, aparte de la discutible idea de que la pensión de manutención tiene una función asistencial, prevalece la idea de que el acuerdo prematrimonial o el pacto en previsión del divorcio, puede afectar a la libertad de las partes y que los derechos derivados de la crisis son todos indisponibles, mientras que en España ha prevalecido una orientación, ciertamente más razonable y adaptada a la realidad social, que tiende a excluir que el acuerdo prematrimonial pueda limitar la libertad de los cónyuges.

#### **IV.4. Las sentencias italianas que admiten los pactos realizados por los cónyuges con ocasión del divorcio**

La jurisprudencia italiana, si bien niega la validez de los acuerdos celebrados por los cónyuges en previsión del divorcio, admite, desde la citada sentencia Cass. 8109/2000, la validez de los acuerdos celebrados con ocasión del divorcio o la separación. Es decir, la validez de aquellos acuerdos celebrados por los cónyuges antes del inicio de la crisis, pero relativos a un único aspecto económico y no al conjunto de las relaciones personales y patrimoniales para el tiempo posterior a la separación o divorcio.

Podría decirse, tomando prestada una fórmula habitual en el Derecho sucesorio, que mientras considera nulos los acuerdos cuya función es la regulación de la crisis (*discriminis familiae causa*) por ilicitud de la causa, considera, en cambio, válidos los contratos en los que la separación o el divorcio son sólo la ocasión de la misma (*post discrimen familiae*), es decir, aquellos contratos que regulan un determinado aspecto económico y cuyos efectos están condicionados suspensivamente al hecho de la separación o el divorcio.

Hay esencialmente cuatro sentencias de la Corte de casación que forman parte de esta orientación: Cass. 8109/2000; Cass., 21 de diciembre de 2012, n° 23713; Cass., 21 de agosto de 2013, n° 19304; Cass., 26 de abril de 2021, n° 11012<sup>48</sup>.

Lo que parecen tener en común estas sentencias es que la Corte de Casación pretendió "salvar" la validez del acuerdo celebrado entre los cónyuges en previsión de la ruptura familiar, por el que uno se compromete a realizar una prestación económica a favor del otro, descartando su trazabilidad a un verdadero acuerdo prematrimonial y declarando que se trata de un contrato condicionado suspensivamente al hecho del divorcio.

Cass. 8109/2000 afirmó la validez de un acuerdo por el que los cónyuges habían acordado que, en caso de divorcio, uno pagaría al otro una suma de dinero mensual. Para reconocer la validez de este acuerdo, el Tribunal Supremo afirma que no se trata de un acuerdo relativo a la pensión de manutención, sino de un contrato atípico, o de un contrato de renta.

Cass. 23713/2012 afirmó la validez de un acuerdo celebrado antes del matrimonio, en virtud del cual los cónyuges habían acordado que, en caso de divorcio, la esposa transmitiría al marido la propiedad de un inmueble, como contrapartida de las obras de reforma que el primero había pagado para un inmueble de propiedad de la mujer y destinado a convertirse en la vivienda familiar. La Corte afirma que "se trataría, en definitiva, de un acuerdo entre las partes, expresión libre de su autonomía negocial, ajeno, además, a la categoría de los acuerdos prematrimoniales (es decir, realizados en el momento de la separación consensuada) en previsión del divorcio, que tienen por objeto regular todo el régimen económico entre los cónyuges o un aspecto relevante (como el pago de una pensión de manutención), con posibles enriquecimientos y empobrecimientos. En el presente caso, por tanto, se trata de un acuerdo (*rectius*: un verdadero contrato) caracterizado por prestaciones y contraprestaciones proporcionales entre sí, según el encuadramiento realizado por el juez *a quo*".

Cass. 19304/2013 afirmó la validez de un acuerdo de préstamo entre cónyuges, en virtud del cual la obligación de restitución del marido estaba condicionada al hecho de la separación. En particular, el Alto Tribunal observa en su razonamiento: "no existe ninguna norma imperativa que impida a los cónyuges, antes o durante el matrimonio,

---

<sup>48</sup> La sentencia es comentada por Rimini (2021: 885 ss.).

reconocer la existencia de una deuda mutua y condicionar su restitución al acontecimiento, futuro e incierto, de la separación matrimonial".

Cass. 11012/2021 establece que un acuerdo entre cónyuges por el que uno de ellos se compromete, en caso de divorcio, a pagar al otro, en el marco de una división de bienes, una suma de dinero de por vida, debe considerarse un contrato válido de renta vitalicia sujeto a la condición de divorcio<sup>49</sup>. La corte de casación precisa que si se tratara de un acuerdo cuya función fuera regular la pensión de manutención, sería nulo por haberse celebrado en contra del principio fundamental de indisponibilidad absoluta de los derechos en materia matrimonial recogido en el artículo 160 CC. Esto significa que el posible acuerdo celebrado entre los cónyuges no excluye que el cónyuge beneficiario pueda tener también derecho, si se cumplen las condiciones, a una pensión de manutención. A este respecto, el Alto tribunal señala, sin embargo, que para determinar si se debe y en qué medida una pensión de manutención es preciso considerar la complejidad de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, incluida la existencia de dicha renta.

Esta última sentencia me parece de cierto interés y apertura, porque parece admitir la posibilidad de que los cónyuges puedan pactar una renta vitalicia condicionada a la crisis familiar y que en caso de separación o divorcio este pacto deba ser tenido en cuenta a efectos de regular el complejo de relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges. Esto significa que la provisión de una renta vitalicia razonable debe o debería excluir el derecho a la pensión de manutención.

Evidentemente, aún estamos lejos de reconocer la validez de los verdaderos acuerdos prematrimoniales, más aún si consideramos que sólo serían admisibles los contratos por los que uno de los cónyuges se compromete a realizar una prestación a favor del otro, mientras que no sería admisible ningún acuerdo por el que los cónyuges renuncien a la pensión de manutención o a la vivienda familiar. Esta última sería nula por violación del artículo 160 CC.

---

<sup>49</sup> Aunque la decisión de la Corte de Casación se limita a analizar la parte del contrato (o, mejor dicho) la parte del contrato por la que el marido se obliga a pagar a su mujer una cantidad en concepto de renta vitalicia, el contenido del acuerdo es mucho más amplio. Pues, los cónyuges, en el marco de la separación, dividen los bienes inmuebles y muebles comunes. El objeto de la división son también las empresas familiares, de las cuales la más rentable (una agencia de seguros) sigue siendo propiedad exclusiva del marido. Al mismo tiempo, el marido se compromete a abonar, durante toda la vida de su esposa, una cantidad de 550 euros mensual. La esposa también se compromete a no competir con el negocio de su marido y a permitir que la atribución patrimonial se reduzca a 250 euros mensual si obtiene una licencia independiente.

Me parece, también comparando los resultados obtenidos por la jurisprudencia española e italiana y teniendo en cuenta la situación socioeconómica, que sería necesario reconocer la validez de los pactos en previsión de la ruptura familiar también en Italia y que la interpretación restrictiva que mantiene la jurisprudencia italiana constante y parte de la doctrina merece ser superada pronto.

La experiencia de la jurisprudencia española demuestra que no hay obstáculos jurídico-conceptuales que no puedan ser superados y que el enfoque fuertemente restrictivo existente en el Derecho italiano está más ligado a la ideología familiar que a los fundamentos jurídicos. El hecho mismo de que en muchas sentencias se siga haciendo referencia al interés de la familia, sin entender que no hay ni puede haber un interés superior al de los individuos, y que esta expresión sólo sirve para proteger a los miembros de la familia de las decisiones arbitrarias de uno de ellos<sup>50</sup>, que el pacto en previsión de una ruptura familiar siga considerándose como una limitación de la libertad de los cónyuges e incluso como una transacción que afecta al estatus, que se sigan considerando las relaciones económicas entre los cónyuges después del divorcio como derechos absolutamente inderogables, son una clara evidencia de la fuerte ideología conservadora, no siempre corroborada por el marco legal, con la que se aborda el tema investigado.

Evidentemente, con ello no se pretende negar la importancia de la solidaridad conyugal o posconyugal, sino solo afirmar que no se puede llegar a convertir la pensión de manutención, tal y como está configurada actualmente en la legislación italiana, en un derecho absolutamente obligatorio, o peor aún, que independientemente de su naturaleza, constituya un derecho inderogable derivado del matrimonio. A pesar de que la jurisprudencia de legitimidad ha afirmado que la pensión de manutención tiene una función compuesta, en parte asistencial, en parte compensatoria y en parte igualadora<sup>51</sup>, concluye que tiene, en su complejidad, un carácter inderogable<sup>52</sup>. La inderogabilidad,

---

<sup>50</sup> Roca Trias (1990: 1069 ss.).

<sup>51</sup> Cass., SS. UU., 11 de julio de 2018, n.18287, en *Leggi d'Italia*, afirmó este principio general del Derecho: «la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto».

<sup>52</sup> Critico, Fusaro (2018: 1031).

por tanto, ya no está vinculada a la naturaleza de la prestación, sino al hecho de que se trata de un derecho matrimonial. La grave incoherencia de este punto de vista es evidente, ya que el carácter inderogable debería estar vinculado únicamente a la naturaleza de la prestación y, por tanto, afectar sólo al componente asistencial, pero no también al componente compensatorio y de reequilibrio. Es más: aunque la jurisprudencia ha afirmado, como cuestión de derecho, que la pensión de manutención es debida sólo cuando uno de los cónyuges no tiene medios suficientes o está objetivamente incapacitado para obtenerlos, manteniendo así su carácter típicamente asistencial, al final siempre acaba reconociendo el derecho a la pensión de manutención sobre la base de una mera valoración comparativa de las condiciones económicas y patrimoniales de los cónyuges. Por tanto, sigue considerando la pensión de manutención como un instrumento que debe permitir al cónyuge más débil, independientemente de sus medios, mantener el mismo nivel de vida que mantenía durante el matrimonio. Lejos de tener una función asistencial o compensatoria, sigue teniendo, al margen de las afirmaciones de la jurisprudencia en términos teóricos, la función de garantizar que el cónyuge menos favorecido económicamente mantenga el mismo nivel de vida que tenía durante el matrimonio.

Considero, por el contrario, que la pensión de manutención debe tener una función predominantemente asistencial y, por tanto, que, fuera de un acuerdo distinto entre las partes, sólo debe concederse a favor de quien no dispone de medios adecuados para mantenerse o está objetivamente incapacitado para ello, confiando el carácter compensatorio y equilibrador al acuerdo entre las partes y, en su defecto, a la decisión de la autoridad judicial. Por lo tanto, no puedo estar de acuerdo en que la pensión en su conjunto tenga un carácter inderogable por el mero hecho de constituir el cumplimiento del deber de solidaridad, incluso posconyugal. Desde este punto de vista, creo que la jurisprudencia española da en el clavo y que la italiana es víctima de una visión fuertemente ideologizada del matrimonio que no se corresponde con el sistema normativo de referencia y con lo que los ciudadanos piden, de verdad.

## **V. EN TORNO A UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA FAMILIAR**

La importancia de los acuerdos en previsión de una ruptura familiar y su indudable utilidad aconsejan no sólo admitir su validez, sino también dar alguna

indicación sobre su posible regulación. En este sentido, puede ser ventajoso considerar tanto la experiencia estadounidense<sup>53</sup>, aunque sea menos larga de lo que, a primera vista, podría pensarse<sup>54</sup>, como, en lo que respecta al Derecho español, la catalana<sup>55</sup>, que, en gran medida, recoge también la primera.

En cualquier caso, teniendo en cuenta la función del pacto en previsión de una ruptura familiar, consistente en regular las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges para el tiempo posterior a la crisis, es imprescindible, como señala GARCÍA RUBIO<sup>56</sup>, que se ejerza un control sobre su validez tanto en lo que se refiere al proceso de formación del consentimiento, como al contenido del pacto, y al alcance del mismo en su ejecución<sup>57</sup>. La propuesta que vengo a formular, que en parte podría ser válida también para el Derecho español, en el que estos resultados están ya sustancialmente adquiridos, que está pensada principalmente para el Derecho italiano de cara a una posible reforma, y que, en conjunto, podría ser útil en previsión de una deseable regulación uniforme europea, tendrá en cuenta estos tres aspectos, indicando cuáles pueden ser los instrumentos adecuados para garantizar este triple control.

En la actualidad, aunque no puede decirse que exista un requisito general de forma para la validez de los acuerdos prematrimoniales, ya que no pueden considerarse ni equipararse a las capitulaciones matrimoniales, no cabe duda de que la forma escrita debe observarse únicamente cuando el acuerdo tenga por objeto la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, o cualquier otro objeto para el que la ley prescriba la exigencia de forma escrita bajo pena de nulidad (art. 1350 CC IT; art. 1280 CC ES). Como consecuencia de lo dicho, no cabe duda de que la transcripción sólo es necesaria en los casos en que, en relación con el contenido concreto del acuerdo, la ley establece la obligación o la facultad de cumplir con las formalidades de transcripción.

Aunque no existe un requisito general en cuanto a la forma, creo que, por prudencia, el pacto debe constar en todo caso por escrito, entre otras cosas para facilitar su prueba en un posible proceso judicial, y, desde una perspectiva *de iure condendo*,

---

<sup>53</sup> Cervilla Garzón (2017: 3 ss.); Rodríguez Guitián (2018.a: 63 ss.).

<sup>54</sup> Rodríguez Guitián (2018.a: 62) recuerda que el primer caso en el que se admitió la validez de la figura en Estados Unidos fue en 1972, cuando se resolvió la conocida causa Posner vs Posner.

<sup>55</sup> *Vid.* nota n. 10.

<sup>56</sup> García Rubio (2005: 95 ss.). En este sentido, también, Rodríguez Guitián (2018.b: 111 ss.).

<sup>57</sup> García Rubio (2003: 1673), «el control judicial *ex post* del acuerdo asegura el respeto a esos límites».



estoy convencido de que los acuerdos en previsión de una ruptura familiar deben realizarse mediante escritura pública.

No se trata sólo de cumplir con un requisito formal, sino de asegurar que el notario proporcione a los miembros de la pareja las informaciones adecuadas sobre el alcance del pacto, su contenido, para que el consentimiento sea plenamente informado y los otorgantes tengan un claro conocimiento de las excepciones que el pacto determina respecto a la regulación legal.

En este sentido, la figura del notario es de gran importancia, y puede no ser inútil prever, de forma similar a lo que establece el Código Civil catalán, que el notario deba informar a cada una de las partes por separado, advirtiéndoles de la necesidad de una adecuada información recíproca sobre las condiciones económicas y patrimoniales de cada uno.

Teniendo en cuenta que el pacto tiene una evidente función derogatoria del régimen jurídico y que, como consecuencia del pacto, los otorgantes pueden renunciar a las reclamaciones económicas, es importante, también según el principio de buena fe, que los cónyuges estén adecuadamente informados de sus respectivas condiciones económicas y patrimoniales y que no se produzca ninguna asimetría contractual entre ellos<sup>58</sup>. El notario es, sin duda, la figura que, mejor que nadie, puede bien garantizar una adecuada información a los contratantes, bien proporcionar un asesoramiento completo, bien ejercer control general de la legalidad del pacto. También podría ser útil prever, como hace el Código civil catalán, la obligación de cada cónyuge de informar al otro de sus condiciones económicas y patrimoniales y de sus expectativas económicas, de modo que se pueda superar, también bajo este aspecto, la posible asimetría de información.

Podría ser importante prever una regla similar a la prevista en el artículo 90.2.III CC ES, en materia de convenio regulador, según la cual, si el notario considerase el pacto especialmente perjudicial para uno de los cónyuges o para las hijas o los hijos menores de edad, deberá advertir a los otorgantes para que puedan tomar otras medidas, dando por terminado el expediente en caso contrario.

El pacto en previsión de una ruptura familiar puede concluirse antes o después de la celebración del matrimonio. En el supuesto de pacto celebrado antes del matrimonio, debe evitarse que se perfeccione demasiado tiempo antes o demasiado

---

<sup>58</sup> Rodríguez Guitián (2018-b: 112), «Esta distinta posición negocial puede traducirse en la imposición unilateral del contenido del pacto por la parte que se halla en una posición de superioridad obteniendo ventajas de la misma».

cerca de la fecha del matrimonio, para evitar en el primer caso que el consentimiento no sea actual y en el segundo que sea el resultado de una decisión precipitada, o poco meditada<sup>59</sup> o incluso logrado como una supuesta prueba de amor<sup>60</sup>. En este sentido, se podría plantear que el pacto no pueda ser anterior a seis meses antes de la celebración del matrimonio, ni posterior a treinta días antes de la celebración del mismo, precisando que en ambos casos el pacto es ineficaz. Aun entendiendo que esta indicación es sólo aproximada y, por tanto, que pueden existir perfectamente casos en los que no se pongan en la práctica los problemas que se acaban de indicar, debe recordarse siempre que una regulación debe ser de carácter general y no debe considerar el caso límite, sino el *id quod plerumque accidit*. En cualquier caso, en lugar de la ineficacia absoluta, también se podría pensar, aunque esta solución puede crear más dificultades, en una simple presunción de ineficacia, es decir, asumir que el pacto se presume ineficaz, a menos que la parte que pretenda hacer uso de él ofrezca la prueba de que el pacto es fruto de un consentimiento libre y actual.

En cuanto a la capacidad de los cónyuges, no cabe duda de que el pacto puede ser celebrado libremente por las partes que tengan capacidad para contraer matrimonio, y que en el caso de que una de las partes tenga una discapacidad, se aplicarán las normas generales. Por lo tanto, no se puede descartar que la parte con discapacidad, incluso cognitiva, celebre válidamente el pacto, siempre y cuando reciba los apoyos que necesite. Ni que decir tiene que la situación normativa de España e Italia es muy diferente, ya que la primera ha realizado una reforma muy importante para aplicar la *Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, mientras que la segunda no ha hecho prácticamente nada y, lo que es peor, el tema ni siquiera está sobre la mesa<sup>61</sup>.

El consentimiento de las partes, además de ser informado, debe ser libre y, por tanto, aplicando las normas del Derecho común, debe excluirse la validez de los

---

<sup>59</sup> García Rubio (2005: 103).

<sup>60</sup> La cuestión ha cobrado una importancia significativa en los Estados Unidos, donde múltiples decisiones han atribuido una importancia considerable a ese aspecto, para afirmar o negar, según el caso, la libertad de consentimiento de uno de los cónyuges, o su conocimiento adecuado del contenido del acuerdo. *Vid.* Cervilla Garzón (2013.a: §.III.5.b).

<sup>61</sup> Para una idea *vid.* Barba (2021.a: 274 ss.). Para tener una idea consúltese también: "Primo Rapporto alternativo del Forum Italiano sulla Disabilità al Comitato delle Nazioni Unite sulla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità" del *Forum Italiano sulla Disabilità* del 18 gennaio 2016 e "Osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia" del *Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità* del 31 agosto 2016, ambos en <https://www.osservatoriodisabilita.gov.it/it/documentazione-relativa-alla-convenzione-delle-nazioni-unite/> (consultado 10/05/2022).

acuerdos celebrados por error, violencia y dolo. En este sentido, aunque se trata de un acto que también tiene carácter patrimonial y, por tanto, debe someterse a la regulación típica de los contratos, creo que en materia de vicios debe aplicarse la regulación menos rígida propia del Derecho matrimonial, con la consecuencia de que también debe darse relevancia a la intimidación o al temor reverencial.

En cuanto al contenido del pacto<sup>62</sup>, los cónyuges pueden acordar todas sus relaciones personales y patrimoniales, sólo debe observarse la regla general de que el contrato no debe ser contrario a las leyes, la moral y el orden público<sup>63</sup>.

En la medida en que la ley lo permita, los cónyuges también pueden pactar acuerdos sucesorios, ya sean dispositivos, de institución o de renuncia. Los cónyuges pueden renunciar mutuamente a su herencia o a su legítima, o disponer de su herencia u otras herencias, o incluso hacerse atribuciones a título universal o particular. Esto depende, por supuesto, de la ley aplicable, con la consecuencia obvia de que en los sistemas jurídicos que prevén una prohibición de los pactos sucesorios (como los sistemas jurídicos italiano y español) dichos acuerdos serán nulos, por contravención de una norma imperativa.

Ni que decir tiene que en el caso de que el pacto en previsión de la ruptura familiar contenga normas sobre la guarda, custodia, visitas y mantenimiento de las hijas o los hijos menores de edad, o sobre el régimen de comunicación con los abuelos y familiares, deberá responder al interés superior del menor y, por tanto, la autonomía privada de los cónyuges se encuentra con esta limitación adicional<sup>64</sup>. Por lo tanto, es indispensable no sólo que los cónyuges valoren en abstracto cuál debe ser la mejor decisión para las hijas y/o los hijos menores de edad, sino que en cualquier acuerdo que afecte directa o indirectamente a un menor de edad se considere siempre cómo se ha tenido en cuenta el interés superior al tomar la decisión concreta y qué repercusiones puede tener esa decisión en la práctica. El pacto deberá tener en cuenta de antemano lo que puede ser el interés superior del menor, pero es inevitable que esa evaluación tenga que hacerse siempre en el momento en que se vaya a ejecutar el pacto. Por lo tanto, para que el pacto sea válido, debe redundar en el interés superior del menor tanto en el

---

<sup>62</sup> García Rubio (2005: 95 ss.); Rodríguez Guitián (2018.a: 179 ss.) y Sillero Crovetto (2018: 387 ss.).

<sup>63</sup> Oliva Blázquez (2016: 295 ss. y 2017: 219 ss.).

<sup>64</sup> La referencia principal es a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, que consagra ese principio en su art. 3.1. Cabe destacar que el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General n. 14 (2013), afirma que el interés superior de la niña o del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo, b) un principio jurídico interpretativo fundamental, c) una norma de procedimiento (García Rubio, 2020: 44).

momento en que se realiza, como en el momento en que debe ejecutarse. Esto implica que un acuerdo que es potencialmente válido en el momento de su celebración puede no serlo en el momento de su ejecución.

Siguiendo con el contenido del pacto, creo que la autonomía privada debe estar sujeta a una limitación más, ya que la renuncia a la pensión compensatoria<sup>65</sup> o a los derechos sobre la vivienda familiar no puede considerarse válida en la medida en que impida al cónyuge, que tendría derecho a ella, satisfacer sus necesidades básicas<sup>66</sup>. En este sentido, en lugar de prever dicha limitación, de forma similar a lo que hace el Código civil catalán (arts. 233-16, 233-21.3), también podría subsanarse estipulando que el excónyuge debe ser considerado, aunque sea en último grado, como sujeto obligado a prestar los alimentos. Una disposición de este tipo permitiría, por un lado, aplicar adecuadamente el principio de solidaridad postmatrimonial, sin convertir al excónyuge en el obligado principal, y, por otro lado, permitiría siempre preservar la validez y eficacia de los pactos de renuncia total a la pensión compensatoria o a los derechos sobre la vivienda familiar. Huelga decir que esta consideración se refiere únicamente a la relación entre los miembros de la pareja y no afecta ni a la obligación de cada progenitor de mantener a los hijos menores de edad, ni a que ellos puedan seguir viviendo en la vivienda familiar.

Otra limitación a la autonomía privada es el principio de igualdad entre los cónyuges, por lo que el pacto en previsión de una ruptura familiar debe respetar este principio fundamental. Para ello será necesario que el pacto no suponga una discriminación en perjuicio de uno de los cónyuges y, en general, que exista una reciprocidad razonable<sup>67</sup>. Para realizar esta valoración, es imprescindible tener en cuenta el pacto en su conjunto, sin limitarse a una sola de sus partes o cláusulas, considerando la posición económica de ambos cónyuges. Una cláusula que, por ejemplo, prevea la obligación del cónyuge que por su conducta ha provocado la crisis familiar de pagar al

---

<sup>65</sup> García Rubio (2003: 1653 ss.).

<sup>66</sup> Según Rodríguez Guitián (2018.b: 120), ya que la pensión compensatoria no tiene ninguna función asistencial en el Derecho español, «no sería coherente adoptar una estructura similar a la prevista en el derecho catalán o en el norteamericano».

<sup>67</sup> Comparto la posición de Rodríguez Guitián (2018.b: 120 ss.), que especifica que el principio de igualdad entre los cónyuges puede entenderse de dos maneras distintas: o como la ausencia de sumisión o ausencia de una posición de superioridad de uno de los cónyuges sobre el otro o como un requisito de reciprocidad. Desde la perspectiva de la autora, no cabe duda de que la primera forma de entender la igualdad debe garantizarse mediante la forma y las obligaciones de información del notario, mientras que la segunda forma de entender la igualdad, mediante la disposición de la reciprocidad del acuerdo. De forma más genérica, Allueva Aznar (2016: 111) dice que «*l'exigència de reciprocitat en els pactes de renúncia o de limitació dels drets és una derivació del principi d'igualtat entre els cònjuges*».

otro una suma  $X^{68}$ , aunque se inspire formalmente en el principio de igualdad, podría ser muy discriminatoria, porque esa cantidad, en relación con las condiciones patrimoniales de las partes, podría ser modesta para uno de los cónyuges y excesivamente onerosa para el otro. Este ejemplo trivial demuestra que hay que tener en cuenta no sólo el conjunto del acuerdo, sino también todas las circunstancias existentes en el momento de su celebración.

Los cónyuges también pueden establecer excepciones a determinadas normas sobre el régimen económico. En este sentido, aunque se afirme por muchos que, además de las normas de administración, existen, en relación con los regímenes económicos matrimoniales distintos de la separación de bienes, normas sobre los bienes comunes o privativos y normas sobre la liquidación que son inderogables, creo que, en relación con el principio de igualdad, debe ofrecerse una interpretación mucho menos rígida. Considerando, en efecto, que los cónyuges pueden elegir el régimen de separación de bienes, me parece difícil justificar que no puedan realizar cambios en los otros regímenes, ampliando o reduciendo el ámbito de los bienes comunes o privativos, o modificando las normas de liquidación. En este sentido, es útil el régimen económico matrimonial italiano de la comunión de bienes convencional, según el cual los cónyuges pueden modificar el régimen de la comunión legal, con los siguientes límites: los bienes personales, los bienes para el ejercicio de la profesión y los bienes obtenidos por compensación no pueden nunca ser bienes comunes, y no se pueden modificar las normas de administración de los bienes y la igualdad de las partes.

Por último, en cuanto al control de la fase de ejecución, éste queda garantizado por la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>69</sup>, según la cual, si en el momento de su ejecución el pacto se ha hecho excesivamente oneroso para uno de los cónyuges por un hecho extraordinario e imprevisible, el convenio queda sin efecto<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Sobre pactos indemnizatorios, *vid.* Hijas Cid (2019: 59 ss.).

<sup>69</sup> Martínez Velencoso (2017: 467 ss.); Orduña Moreno y Martínez Velencoso (2017: 3 ss.).

<sup>70</sup> En este sentido, mientras que en el ordenamiento jurídico español el reconocimiento está consolidado, la situación es diferente en Italia, donde la existencia de una regulación expresa de la rescisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida (crf. art. 1467 CC IT) lleva a excluir o considerar absorbida la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. Personalmente, discrepo de esta opinión y considero que también en Italia, especialmente en esta materia, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, sería imprescindible para garantizar el control de los pactos en previsión de una ruptura familiar en el momento de su ejecución. Sobre la necesidad de una regulación de las contingencias, *vid.* Salanitro (2020: 648 ss.).

Para que el pacto sea ineficaz, no solo debe haberse producido un acontecimiento extraordinario<sup>71</sup>, es decir, un acontecimiento que vaya más allá de lo normal y, por lo tanto, no se repita con frecuencia y regularidad en el tiempo, no solo debe ser imprevisible, es decir, las partes no podían prever razonablemente su ocurrencia, sino que también es necesario que, como consecuencia de ese acontecimiento, la ejecución del acuerdo prematrimonial cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges<sup>72</sup>. Así, no se puede considerar extraordinario e imprevisible que uno de los cónyuges haya perdido su empleo, que uno de los cónyuges haya recibido una rica herencia de sus padres o parientes, el nacimiento de hijas o hijos, la quiebra de la empresa de uno de los cónyuges, el aumento de los precios de los bienes inmuebles o una inflación significativa, a menos que se trate de una inflación extraordinaria causada por razones singulares. Por otra parte, podría considerarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, cuya ocurrencia podría considerar ineficaz el pacto prematrimonial, el hecho de que uno de los cónyuges haya sufrido un accidente<sup>73</sup> que haya provocado su incapacidad laboral, o la discapacidad de una hija o un hijo, obligando a uno de los cónyuges a renunciar a su trabajo o a hacer sacrificios importantes en su negocio, o, el hecho de que se encuentre una cura para una enfermedad que afecte a uno de los cónyuges y que se considere degenerativa e incurable.

Evidentemente, la carga de la prueba de que se haya producido un acontecimiento extraordinario e imprevisible tal que la ejecución del acuerdo causaría un grave perjuicio a uno de los cónyuges incumbe al cónyuge que invoca la causa de la ineficacia, que deberá probar tanto la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible como el grave perjuicio que causaría la ejecución del acuerdo.

Sobre la base de estas consideraciones y dentro de los límites que se acaban de indicar, creo que los pactos en previsión de una ruptura familiar pueden convertirse en un instrumento de gran utilidad. Compartiendo la opinión de RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>74</sup>, no

---

<sup>71</sup> Ginés Castellet (2011: 2616), señala que cabe rechazar una aplicación extensiva. Se exige, de hecho, que la ejecución del pacto sea gravemente perjudicial, debe haber una aparición de nuevas circunstancias, ha de tratarse de circunstancias relevantes y no previsibles en el momento en que el pacto fue otorgado.

<sup>72</sup> La situación en el Derecho inglés no es muy diferente, donde incluso si no hay ninguna cláusula *rebus sic stantibus*, este mismo resultado se logra a través del control de “equidad sustantiva” o de “incoherencia de resultados”. *Vid.* Scherpe (2012: 13 ss.).

<sup>73</sup> Solé Feliu (2014: 157).

<sup>74</sup> Rodríguez Guitián (2018.b: 110).

se puede olvidar que su fundamento se encuentra en los mismos principios constitucionales de libertad personal y de libre desarrollo de la personalidad.

El Derecho civil, como Derecho de las personas<sup>75</sup>, no puede dejar de ocuparse de esta importante cuestión y es de esperar que la jurisprudencia italiana, iluminada por la española, pueda también tomar decisiones más coherentes con el sistema normativo y los derechos de las personas. Además, teniendo en cuenta la importancia de esta cuestión en todos los países europeos, también sería deseable una normativa europea uniforme o armonizada.

### ***Bibliografía***

ALLUEVA AZNAR, L. (2013), «Els requisits per la validesa dels pactes en previsió de ruptura matrimonial. Comentari a la STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal, Secc. 1<sup>a</sup>), de 12.7.2012», *InDret* (pp. 1-19).

ALLUEVA AZNAR, L. (2016), «Gènere I dret de família: una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del llibre segon del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat* (pp. 101-121).

ANTÓN JUÁREZ, I. (2019), «Los acuerdos prematrimoniales en Derecho internacional privado español», *Estudios Socio-Juridicos*, 21 (1) (pp. 61-90).

BARBA, V. (2021.a), «La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Revista Cubana de Derecho*, 2021, vol. 1, enero-julio (pp. 274-307).

BARBA, V. (2021.b), «Los pactos prematrimoniales en el Derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el Derecho catalán», *Anuario de Derecho Civil*, LXXIV, 2021-I (pp. 21-82).

CASTILLA BAREA, M. (2011), «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (I)», en Yzquierdo M. y Cuenca, M., *Tratado de Derecho de familia*, Vol. II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 295-380).

---

<sup>75</sup> Sobre la importancia y el valor del Derecho civil, recientemente, García Rubio (2022: 233 ss.) señala que «[d]esde una determinada óptica, el Derecho civil constituye un legado histórico y cultural, que resulta ser, sobremanera, poso y cobijo de las opciones éticas básicas de una sociedad. Desde otro punto de vista, cualquier jurista reconoce que en el Derecho civil se halla la matriz de buena parte de los conceptos que en nuestra tradición cultural sustentan las bases de los ordenamientos jurídicos modernos. Finalmente, el Derecho civil es el Derecho de la vida cotidiana, el que alcanza, en una u otra medida, a todas las personas. Estas perspectivas dotan al Derecho civil de una singularidad que no comparte con ninguna rama del Derecho, ni de las tradicionales, ni de aquellas otras que pueden ser consideradas más o menos nuevas».

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D. (2017), «Acuerdos prematrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)», *Revista de Derecho Civil* (pp. 3-54).

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D. (2018), «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018», *Diario La Ley*, 19 de noviembre 2018, núm. 9301 (pp. 1-12).

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D. (2013.a), *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de derecho comparado*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. D. (2013.b), «Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de familia de Cataluña y en el derecho norteamericano», *Diario La Ley*, 14/2013, núm. 8011 (pp. 1-11).

FUSARO, A. (2018), La sentenza delle sezioni unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?, *Famiglia e Diritto*, 2018, 11, p. 1031 (consultado en *Leggi d'Italia*, pp. 1-14).

GARCÍA MAYO, M. (2021.a), «Cláusula rebus sic stantibus y renuncia anticipada a la pensión compensatoria», *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor L. H. Clavería Gosálbez*, MARÍN VELARDE, CABEZUELO ARENAS y MORENO MOZO (Dir.), Ed. Reus, Madrid (pp. 459-482).

GARCÍA MAYO, M. (2021 b), «Los pactos en previsión de una ruptura familiar», DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Dir.), CHAPARRO MATAMOROS, P.; MUÑOZ RODRIGO, G. (Coords.), *Las crisis familiares: Tratado práctico interdisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 317-347.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2020), «¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?», *Actualidad Ibérico Americana*, núm. 13 (pp. 14-49).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2022), «Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho Civil*, 2022, 1 (pp. 233-245).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2005), «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», A. d.-U. Girona, *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona (pp. 95-121).

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (1995), *Alimento entre conyuges y entre convivientes de hecho*, Ed. Civitas, Madrid.



- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2003), «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en Código civil», *Anuario de Derecho Civil* (pp. 1653-1674).
- GINÉS CASTELLET, N. (2011), «Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos pre-ruptura en el Libro II del Código Civil de Cataluña», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727 (pp. 2577-2620).
- HIJAS CID, E. (2019), «Pactos prematrimoniales», *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 24 (pp. 52-54).
- IRTI, N. (2016), *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli Ed., Torino.
- LAZZARA, C. (2005), «Profili di rilevanza dell'autonomia privata nell'ambito dei rapporti familiari», PARADISO, M. (Coord.), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano (pp. 108 ss.).
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (2017), «Supuestos de cláusula rebus sic stantibus en el derecho de familia», en Torres García, T., *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado. Carmona III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 467-491).
- OBERTO, G. (1999), *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè Ed., Milano.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017), «La moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en la contratación», en GASPAR LERA, S.; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>.A., *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Zaragoza (pp. 219-226).
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016), «Límites a la autonomía privada en el derecho de los contratos: la moral y el orden público», en PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>.Á., *La autonomía privada en el Derecho civil*, Navarra (pp. 295-360).
- ORDUÑA MORENO, F.J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. (2017), *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus? Desarrollo de la nueva doctrina jurisprudencial aplicable y derecho comparado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (2<sup>a</sup> edic.).
- ORTIZ VIDAL, M. D. (2018), «Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado», *Revista Jurídica Región de Murcia* (pp. 46-74).
- PALAZZO, M. (2017), «I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio», *Giustizia civile*, (pp. 93-137).
- PATTI, S. (2002), «Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata», *Famiglia* (pp. 285 ss.).
- PÉREZ VALLEJO, A. M. (2019), «Notas sobre la aplicación del Reglamento (UE) 2016/1103 a los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura matrimonial», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 21 (pp. 105-121).

- PERLINGIERI, P. (1999), «Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti», *Rassegna di diritto civile* (pp. 787-823).
- QUICIOS MOLINA, M<sup>a</sup>. S. (2016), «El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa. Comentario a la STS de 24 de junio de 2015», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 101 (pp. 191-208).
- RIMINI, C. (2021), «I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità», *Famiglia e diritto*, 2021, 10, p. 885 ss., en *Leggi d'Italia* (pp. 1-15).
- ROCA TRIAS, E. (1990), «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario del Derecho Civil*, 1990-IV (pp. 1055-1092).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>a</sup>. (2019), «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109 (pp. 261-277).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>a</sup>. (2018.a), *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>a</sup>. (2018.b), Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los conyuges y la solidaridad, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (pp. 99-132).
- ROSALES, F. (2014), «Puede regularse la fidelidad matrimonial en capitulaciones matrimoniales», *Familia, Notario*, núm. 29, <https://www.notariofranciscorosaes.com/puede-regularse-la-fidelidad-matrimonial-en-capitulaciones-matrimoniales> (consultado el 30/05/2022).
- SALANITRO, U. (2020), «Accordi prematrimoniali e sopravvenienze», *La nuova giur. civ. commentata*, 2020-3 (pp. 645-650).
- SCHMITT, C. (2014), *La tiranía de los valores*, Hidra, Madrid.
- SCHERPE, J.M. (2012), «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher y Granatino», *InDret*, 2012-2 (pp. 1-24).
- SILLERO CROVETTO, B. (2018), «Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido», CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>.D. y LASARTE ÁLVAREZ, C. (Coords.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 387-411).
- SOLÉ FELIU, J. (2014) «Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya», EGEA I FERNÁNDEZ, FERRER I RIBA (Dirs.), FARNÓS I AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Ed. Atelier, Barcelona (pp. 146-161).

WEBER, M. (2010), *Il politeismo dei valori*, Morcelliana, Brescia.

ZOPPINI, A. (2002), «L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo», *Rivista di diritto civile*, 2002-I (pp. 213-237).

### ***Relación jurisprudencial italiana***

Corte constitucional, 14 de abril de 1980, n. 45, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 1980/45)

Corte constitucional, 10 de junio de 1988, n. 644, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 1988/644)

Corte constitucional, 26 de mayo de 1989, n. 310, en *Leggi d'Italia* (Corte Cost., 1989/310)

Corte constitucional, 6 de julio de 1994, n. 281, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 1994/281)

Corte constitucional, 18 enero de 1996, n. 8, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 1996/8)

Corte constitucional, 20 de julio de 2000, n. 313, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 2000/313)

Corte constitucional, 27 de marzo de 2009, n. 86, en *Leggi d'Italia*, (Corte Cost., 2009/86).

Corte de Casación, Secciones Unidas, 29 de noviembre de 1990, n. 11490, en *Foro italiano*, 1991, I, p. 67 y ss. (Cass. SS.UU. 1990/11490)

Corte de Casación, Secciones Unidas, 11 de julio de 2018, n.18287, en *Leggi d'Italia*, (Cass. SS.UU. 2018/18287).

Corte de Casación, 6 de abril de 1977, 1305, en *Foro Italiano*, 1977, I, c. 2247 ss. (Cass., 1977/1305)

Corte de Casación, 25 de septiembre de 1978, n. 4277, en *Leggi d'Italia* (Cass., 1978/4277)

Corte de Casación, 3 de julio de 1980, n. 4223, en *Diritto di familia*, 1980, p. 1133 ss (Cass., 1980/4223)

Corte de Casación, 2 de junio de 1981, n. 3549, en *Leggi d'Italia* (Cass., 1981/3549)

Corte de Casación, 11 de junio de 1981, n. 3777, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 1981/3777)

Corte de Casación, 20 de mayo de 1985, n. 3080, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 1985/3080)

Corte de Casación, 4 de junio de 1992, n. 6857, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 1992/6857)

Corte de Casación, 24 de febrero de 1993, n. 2270, en *Leggi d'Italia* (Cass., 1993/2270)

Corte de Casación, 15 de mayo de 1997, n. 4306, en *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 278, (Cass., 1997/4306)

Corte de Casación, 1 de diciembre de 2000, n. 15349, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2000/15349)

Corte de Casación, 14 de junio de 2000, n. 8109, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2000/8109)

Corte de Casación, 10 de marzo de 2006, n. 5302, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2006/5302)

Corte de Casación, 9 de abril de 2008, n. 9174, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2008/9174)

Corte de Casación, 21 diciembre 2012, n. 23713, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2012/23713)

Corte de Casación, 21 de agosto de 2013, n. 19304, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2013/19304)

Corte de Casación, 19 de agosto de 2015, n. 16909, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2015/16909)

Corte de Casación, 26 de julio de 2018, n. 19847, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2018/19847)

Corte de Casación, de mayo de 2019, n. 12023, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2019/12023)

Corte de Casación, 15 diciembre 2020, n. 28649, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2020/28649)

Corte de Casación, 26 de abril de 2021, n. 11012, en *Leggi d'Italia*, (Cass., 2021/11012)

### ***Relación jurisprudencial española***

STS, Civil, 1ª, 885/1987, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:1987:8855; Roj: STS 8855/1987), Ponente: E. Fernández-Cid de Temes.

STS, Civil, 1ª, 217/2011, de 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2158; Roj: STS 2158/2011), Ponente: Mª E. Roca Trías.

STS, Civil, 1ª, 392/2015, de 24 de junio (ECLI: ES:TS:2015:2828; Roj: STS 2828/2015), Ponente: Fco. J. Arroyo Fiestas.

STS 315/2018, de 30 de mayo (ECLI: ES:TS:2018:1925; Roj: STS 1925/2018), Ponente: Fco. J. Arroyo Fiestas.

STS, Social, 1ª, 569/2018, de 24 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3845; Roj: STS 3845/2018), Ponente: J. Gullón Rodríguez.

**LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LOS  
ACUERDOS NOVATORIOS SOBRE CLÁUSULA SUELO\***

*The jurisprudence of the Supreme Court related to the innovative agreements on the  
floor clause*

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ  
manuel.marin@uclm.es  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

***Cómo citar/Citation***

Marín López, M. J. (2022).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 85-155

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.26>

(Recepción: 11/08/2022; aceptación tras revisión: 29/08/2022; publicación: 31/08/2022)

***Resumen***

Desde las SSTS (Sala Primera) 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, se han dictado centenares de sentencias relativas a los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Estas sentencias han pretendido respetar lo establecido en la STJUE de 9 de julio de 2020 y en los AATJUE de 3 de marzo y 1 de junio de 2021, que resuelven tres cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. La finalidad de este trabajo es analizar esta ingente jurisprudencia del TS, y en particular, averiguar si respeta la doctrina del TJUE.

***Palabras clave***

Protección del consumidor; cláusulas predisuestas en contratos con consumidores; cláusulas abusivas; préstamo hipotecario; cláusula suelo; acuerdo novatorio; acuerdo transaccional; control de transparencia

***Abstract***

Since the SSTS (First Chamber) 580/2020 and 581/2020, of November 5, hundreds of sentences have been issued regarding the novatory agreements on the floor clause of the

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM), con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Á. Carrasco Perera y A. I. Mendoza Losana; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Á. Carrasco" (GIPAC); del Proyecto de Investigación PID2021- 128913NBI00, del MICIN y la Agencia Estatal de Investigación (AEI), cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigidos por Á. Carrasco Perera y E. Cordero Lobato, conforme a la resolución provisional de fecha 23 de junio de 2022; y del Proyecto de I+D+i financiado por el MICIN “El derecho privado contractual ante la economía digital” (PID2020-115355RB-I00).

mortgage loan. These judgments have sought to respect what is established in the STJUE of July 9, 2020 and in the AATJUE of March 3 and June 1, 2021, which resolve three preliminary questions raised by Spanish jurisdictional bodies. The purpose of this work is to analyze this huge jurisprudence of the Supreme Court, and in particular, to find out if it respects the doctrine of the CJEU.

### **Keywords**

Consumer protection; predisposed clauses in contracts with consumers; unfair terms; mortgage loan; Floor clause; novatory agreement; transactional agreement; transparency control

### **SUMARIO**

I. INTRODUCCIÓN. II. HISTORIA DE UN DESENCUENTRO: TRES CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS, TRES RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DECENAS DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO A PARTIR DE NOVIEMBRE DE 2020: II.1. La STS de 11 de abril de 2018. II.2. Las cuestiones prejudiciales planteadas por Juzgados de Teruel y Orense, y por la Audiencia Provincial de Zaragoza. II.3. La STJUE de 9 de julio de 2020 y los AATJUE de 3 de marzo y 1 de junio de 2021. II.4. La recepción en el Tribunal Supremo de la doctrina del TJUE. III. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO INICIAL EN EL ACUERDO NOVATORIO: III.1. La doctrina del TJUE: el consentimiento libre e informado del consumidor sobre el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial y sobre las consecuencias que ello conlleva. III.2. El consentimiento libre e informado del consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. III.3. El consentimiento libre e informado del consumidor en caso de cláusula novatoria negociada. III.4. La prueba de que el consumidor conocía los datos necesarios para prestar un consentimiento informado. IV. LA VALIDEZ DE LA NUEVA CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS INCLUIDA EN EL ACUERDO NOVATORIO: IV.1. Las preguntas formuladas en las tres cuestiones prejudiciales y la respuesta del TJUE. IV.2. El control de transparencia de la cláusula en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: modelos de argumentación empleados. IV.3. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la información que el consumidor debe conocer para que la cláusula sea transparente: IV.3.1. El conocimiento de los efectos económicos de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial. IV.3.2. El conocimiento de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial. IV.4. La prueba de que el consumidor conocía esa información. V. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INCLUIDA EN EL ACUERDO NOVATORIO: V.1. Las preguntas formuladas en las cuestiones prejudiciales y la respuesta del TJUE. V.2. Primera fase en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la renuncia genérica es nula y la renuncia específica es válida. Las SSTS 580/2020, de 5 de noviembre, y 589/2020, de 11 de noviembre. V.3. Segunda fase: la cláusula de renuncia es transparente cuando el consumidor conoce las consecuencias económicas y jurídicas de la renuncia: V.3.1. La aplicación incorrecta de esta doctrina: STS 675/2020, de 15 de diciembre. V.3.2. La correcta aplicación de la doctrina por las SSTS 63/2021, de 9 de febrero, y 208/2021, de 19 de abril: la cláusula no supera el control de transparencia porque el consumidor no conoce la cuantía de los intereses remuneratorios a los que renuncia. V.4. El control de contenido de la cláusula de renuncia no transparente: V.4.1.

La pregunta 5 de la cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel y la respuesta del TJUE. V.4.2. Doctrina del Tribunal Supremo: la cláusula de renuncia no transparente es abusiva. VI. CONCLUSIONES: UNA SOLUCIÓN SALOMÓNICA QUE NO RESPETA LA DOCTRINA DEL TJUE. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

La STS 241/2013, de 9 de mayo, declara nula la cláusula suelo de un préstamo hipotecario, por considerarla no transparente. Sin embargo, establece que la nulidad de la cláusula no tiene efectos retroactivos, lo que significa que el consumidor no podrá reclamar la devolución de los intereses indebidamente abonados antes de la fecha de publicación de esta sentencia (FJ 17º).

Esta decisión del Tribunal Supremo (en adelante, TS) fue duramente criticada por parte de la doctrina y por algunos órganos jurisdiccionales. A pesar de los grandes esfuerzos argumentativos que hace la STS 241/2013, de 9 de mayo, cabía sostener que esta interpretación era contraria al principio de no vinculación de una cláusula abusiva, recogido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Por estas razones, dos órganos judiciales españoles plantearon cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)<sup>1</sup>, que se resolvieron de forma conjunta en la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Esta sentencia declara que es contraria al mencionado art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional (como la dictada en la STS de 9 de mayo de 2013) que limita en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

Ante la posibilidad de que el TJUE emitiera una sentencia como la que finalmente dictó, las entidades financieras contactaron con sus prestatarios, sobre todo en 2014 y 2015, ofreciéndoles la posibilidad de celebrar un acuerdo con la finalidad de reducir el tipo de interés remuneratorio que venían abonando, bajando así la cuantía de las cuotas de amortización mensuales. Ese acuerdo, denominado por muchas entidades “acuerdo de novación del préstamo hipotecario”, incluía una cláusula que fijaba el tipo de interés remuneratorio que habría de aplicarse desde ese instante. Podía tratarse de un tipo de interés variable (con o sin cláusula suelo), un tipo de interés fijo, o un interés fijo durante algunos años sustituido después por un interés variable. Pero era siempre un tipo de interés inferior a la cláusula suelo inicial del préstamo hipotecario. Atraído por la rebaja en la cuantía de las cuotas, el consumidor solía firmar con rapidez el documento (en

---

<sup>1</sup> El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (asunto C-154/15), por auto de 25 de marzo de 2015, y la AP de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15), mediante dos autos de 15 de junio de 2015.

muchos casos ni siquiera se le permitía sacarlo de la sucursal bancaria antes de firmarlo). Pero en ese documento se incluía otra cláusula, según la cual el prestatario se comprometía a no reclamar al prestamista la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente abonados hasta esa fecha por haberse aplicado la cláusula suelo inicial. Se trata de una cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, que habitualmente tiene una redacción bastante genérica (en muchos casos ni siquiera incluye la palabra “renuncia”), y que por eso suele pasar desapercibida para el consumidor.

Los miles de acuerdos novatorios celebrados en esa época acreditan que se trata de una estrategia empresarial bien diseñada por las entidades prestamistas. Ante el riesgo de que los tribunales (primero el TJUE, y después el TS, siguiendo sus directrices) condenen al prestamista a restituir los intereses indebidamente abonados desde la primera cuota, ofrecen al prestatario un acuerdo, según el cual desde ese momento se reducirá el tipo de interés remuneratorio del préstamo a cambio de que el prestatario renuncie a solicitar la nulidad de la cláusula suelo inicial y la devolución de los intereses indebidamente abonados. Nada criticable hay en la conducta del prestamista, si ese acuerdo novatorio respeta el estado de derecho y, en particular, la normativa de protección de los consumidores.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia dictada por el TS sobre esta materia, y juzgar hasta qué punto esta jurisprudencia respeta la doctrina sentada por el TJUE. No se analizan otras cuestiones de derecho nacional que han sido tratadas por el Tribunal Supremo; por ejemplo, la calificación del contrato como novación o transacción, la posible anulación de la transacción por vicios del consentimiento, la posible aplicación del art. 1208 CC, o la posibilidad de confirmar la cláusula suelo nula por aplicación de los arts. 1309 y 1313 CC.

El trabajo se divide en las siguientes partes. En primer lugar, se realiza una aproximación a la cuestión debatida, exponiendo las tres cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles sobre la materia, la respuesta del TJUE y la recepción en el TS de la doctrina del TJUE (epígrafe II). Después se examinan los efectos de la nulidad de la cláusula suelo inicial en el acuerdo novatorio, y más concretamente, si el consumidor puede evitar que se produzcan las consecuencias propias del carácter abusivo de esa cláusula (§.III). A continuación, se analizan, por separado, cada una de las dos cláusulas esenciales del acuerdo novatorio. Así, por una parte, la nueva cláusula de intereses remuneratorios incluida en el acuerdo novatorio (§.IV). Hay que indagar si esa cláusula supera el control de transparencia material, lo que exige determinar qué concretas menciones informativas el consumidor debería conocer. Lo mismo sucede con la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluida en el acuerdo novatorio (§.V). Procede



estudiar en qué casos la cláusula es válida, y qué alcance tiene el control de transparencia en esta cláusula. El trabajo termina con unas conclusiones (§.VI).

Para analizar adecuadamente cada una de estas cuestiones (§§. III a V), hay que partir primero de la sentencia y los dos autos dictados por el TJUE, y examinar con detalle cómo esa doctrina ha sido incorporada por la jurisprudencia del TS.

Este trabajo es eminentemente jurisprudencial. Su finalidad es examinar la ingente jurisprudencia dictada por la Sala Primera del TS desde noviembre de 2020. Lo que no impide, obviamente, que se acuda a la doctrina científica tantas veces como resulte necesario.

## **II. HISTORIA DE UN DESENCUENTRO: TRES CUESTIONES PREJUDICIALES ESPAÑOLAS, TRES RESOLUCIONES DEL TJUE Y DECENAS DE SENTENCIAS DEL TS A PARTIR DE NOVIEMBRE DE 2020**

### **II.1. La STS de 11 de abril de 2018**

La primera sentencia del alto tribunal relativa a los acuerdos novatorios sobre cláusula suelo es la STS 558/2017, de 16 de octubre. Esta sentencia declara nula la cláusula suelo del acuerdo novatorio. Pero apenas medio años más tarde esta solución es modificada por la STS (Pleno) 205/2018, de 11 de abril.

En el caso resuelto por la STS 205/2018, el “contrato de novación modificativa del préstamo” celebrado entre el prestatario y la entidad de crédito (Ibercaja Banco) señala que “con efectos desde la próxima cuota de préstamo..., el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25 %, en sustitución del convenio inicialmente” (cláusula 1ª), que era del 4,25 %. Y se afirma también que “las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen” (cláusula 3ª). El documento contiene asimismo el siguiente texto, escrito a mano por el propio prestatario: “soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25 % nominal anual”.

El TS entiende que este acuerdo no es una novación modificativa del contrato de préstamo inicial, sino una transacción, porque hay una concesión recíproca entre las partes. En efecto, el banco permite que se reduzca el tipo de interés remuneratorio, que pasará a tener un suelo del 2,25 %; y el prestatario, a cambio de esa bajada en el tipo de interés, renuncia a reclamar contra el prestamista por la cláusula suelo inicial, esto es, renuncia a pedir la nulidad de la cláusula suelo inicial y la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente cobrados desde el principio hasta la fecha del acuerdo novatorio.

Según el TS, este acuerdo transaccional incluye cláusulas predispuestas<sup>2</sup>. Por eso, para que estas cláusulas sean válidas han de superar los controles de validez conocidos: control de incorporación, de contenido y, en su caso, de transparencia. El TS se ocupa de este último control. Parte de la premisa de que, como se trata de una transacción, las cláusulas que contienen esas recíprocas concesiones versan sobre el objeto principal del contrato, razón por la cual están sometidas al control de transparencia. Y en relación con la información específica que el consumidor tiene que conocer para que el acuerdo novatorio sea transparente, la sentencia señala lo siguiente: *“por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario. El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%”* (FJ 3º, ap. 8, párrafos 5 y 6).

Para que el acuerdo privado supere el control de transparencia material, el consumidor debe conocer, antes de celebrar el acuerdo, “las consecuencias económicas y jurídicas” del mismo. En concreto, del texto transcrito resulta que tiene que conocer los siguientes datos: (i) que se reduce la cláusula suelo al 2,25%; (ii) que no se discutirá en el futuro la validez de la cláusula suelo inserta en el contrato inicial; (iii) que el préstamo original tenía una cláusula suelo; (iv) que esa cláusula suelo incidía en el tipo de interés remuneratorio del préstamo; (v) y que esa cláusula suelo podía ser nula por falta de transparencia.

El TS sostiene que el prestatario conocía (o podía conocer) estas menciones informativas, por la amplia difusión que tuvo en la opinión pública la sentencia de 9 de mayo de 2013. Como el consumidor conocía estos datos, el acuerdo novatorio supera el control de transparencia. Lo que permite concluir que son válidas tanto la nueva cláusula

---

<sup>2</sup> Admite “el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción”.

que fija los intereses remuneratorios como la cláusula de renuncia al ejercicio de los derechos.

## **II.2. Las cuestiones prejudiciales planteadas por Juzgados de Teruel y Orense, y por la AP de Zaragoza**

La STS de 11 de abril de 2018 fue recibida con estupor por parte de la doctrina científica, al entender que la solución adoptada podía vulnerar la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13/CE<sup>3</sup>. Por su parte, algunos órganos jurisdiccionales mostraron sus dudas sobre la posible contrariedad de esta sentencia a la normativa europea.

Por esta razón no extraña que, apenas transcurridos dos meses desde la publicación de esta sentencia, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel (en adelante, Juzgado de Teruel) planteara al TJUE una cuestión prejudicial, mediante auto de 26 de junio de 2018 (asunto C-452/18). A esta le siguieron otras dos cuestiones prejudiciales: una de la AP de Zaragoza (Secc. 5ª), formulada por auto 584/2018, de 12 de diciembre de 2018 (asunto C-13/19), y otra del JPI nº 7 de Orense (en adelante, Juzgado de Orense), planteada por auto de 15 de marzo de 2019 (asunto C-268/19). Existió una cuarta cuestión prejudicial, formulada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 bis de Albacete, por auto de 2 de octubre de 2018 (asunto C-617/18). Pero el propio Juzgado desistió después, lo que ha impedido que el TJUE se pronuncie sobre ella.

La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Teruel, que se refiere a un acuerdo novatorio celebrado también con Ibercaja Banco, contiene cinco preguntas concretas. Son las siguientes: si la nulidad de la cláusula suelo inicial se extiende al acuerdo novatorio posterior (pregunta 1); si las cláusulas del acuerdo novatorio pueden considerarse cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores (pregunta 2); si la nueva cláusula de interés remuneratorio supera el control de transparencia material (pregunta 4); y si la cláusula en la que el consumidor renuncia al ejercicio de derechos supera el control de transparencia material (pregunta 3) y, en su caso, el control de contenido (pregunta 5).

La AP de Zaragoza formula una cuestión prejudicial sobre un acuerdo novatorio celebrado también con Ibercaja Banco. El auto de planteamiento de la cuestión prejudicial es atípico, tanto por el excesivo número de preguntas concretas que contiene (trece), como por la falta de motivación de estas; razón por la cual podría (debería) haber sido inadmitida por el TJUE. De las trece preguntas que se hacen al TJUE, todas tienen que ver con la posible vulneración de la Directiva de cláusulas abusivas; salvo la última de ellas, en la que se plantea si la conducta seguida por la entidad prestamista (ofrecer un

---

<sup>3</sup> Marín López, 2018: 1 y ss.; Marín López, 2019. En cambio, favorable a la solución jurisprudencial se muestra Carrasco Perera, 2018: 1.

acuerdo novatorio sin informar previamente al consumidor sobre las consecuencias jurídicas y económicas del mismo) puede calificarse como una práctica comercial desleal prohibida por la Directiva 2005/29/CE.

Estas preguntas son las siguientes: si la nueva cláusula suelo (pregunta 1) o la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos (pregunta 2) son condiciones generales de la contratación; si la información precontractual facilitada al consumidor antes de celebrar el acuerdo novatorio cumple los requisitos de claridad, transparencia y comprensibilidad real de la carga económica del acuerdo (pregunta 3); si la información precontractual de la nueva cláusula suelo ha de ser igual o incluso superior a la suministrada sobre la cláusula suelo inicial del préstamo (pregunta 4); si la cláusula manuscrita redactada por el consumidor cumple los requisitos de información precontractual y transparencia material exigidos por la doctrina del TJUE (pregunta 5); si el hecho de que la iniciativa de modificar (moderar) la cláusula suelo se haga a iniciativa de la entidad bancaria y la prohibición de sacar de la sede de la entidad bancaria el documento privado ha de tener especial relevancia a la hora de apreciar la posible abusividad de la nueva cláusula de intereses remuneratorios (pregunta 6); si la cláusula suelo inicial, que es potencialmente nula por abusiva puede ser moderada (pregunta 7). En relación con la cláusula de renuncia, si cabe renunciar a ejercitar acciones contra una cláusula suelo previsiblemente nula por abusiva (pregunta 8); si para que esta cláusula de renuncia sea válida ha de exigirse una información precontractual igual o superior a la requerida en el momento del pacto inicial (pregunta 9); si es conforme a la Directiva de cláusulas abusivas que la cláusula de renuncia tenga un tratamiento documental secundario y accesorio (pregunta 10); si la validez de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y de la cláusula de renuncia es contrario al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el art. 7 de la Directiva 93/13/CE (pregunta 11); y si es contrario al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE el acuerdo entre prestamista y consumidor en el que se declara la inaplicación de una cláusula potencialmente abusiva a cambio de su sustitución por otra más favorable para el consumidor (pregunta 12).

La tercera cuestión prejudicial (la del Juzgado de Orense) tiene su origen en una demanda interpuesta por un consumidor contra el Banco Santander (que sucede a la entidad Banco Pastor, que fue la contratante inicial). En este caso no se celebró un acuerdo transaccional sobre cláusula suelo con cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, sino un simple acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo (que se reduce del 4,5 % al 3,25 %) sin cláusula de renuncia. El Juzgado formula dos preguntas. En la primera se cuestiona si es contrario al efecto no vinculante que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE el pacto modificativo de una cláusula potencialmente abusiva cuando, en el momento de

celebrarse ese pacto, la cláusula no ha sido declarada nula, ni se ha reconocido su falta de validez, ni se ha advertido al consumidor de la posibilidad de que pueda eventualmente ser declarada abusiva, teniendo en cuenta, además, que el pacto modificativo carece de naturaleza transaccional, al no haberse incluido una cláusula de renuncia al ejercicio de los derechos. Se pregunta, además, si en esta situación es relevante para la validez del pacto novatorio que el consumidor haya negociado el contenido de la modificación. La segunda pregunta tiene que ver con el control de transparencia material del pacto modificativo del tipo de interés incluido en el acuerdo novatorio. Se cuestiona si, para que se supere ese filtro de la transparencia, el consumidor tiene que haber sido informado sobre el posible carácter abusivo de la cláusula suelo original, y si esta exigencia informativa se mantiene en el caso de que la nueva cláusula suelo haya sido negociada individualmente entre las partes.

Las tres cuestiones prejudiciales contienen, en total, diecinueve preguntas. Muchas de ellas son repetidas, porque provienen de órganos jurisdiccionales diferentes. En lo esencial, las preguntas versan sobre tres materias: (i) si es posible pactar una nueva cláusula de intereses remuneratorios para sustituir a una cláusula suelo inicial potencialmente abusiva; (ii) si es válida la nueva cláusula de intereses remuneratorios incluida en el acuerdo novatorio; y (iii) si es válida la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos inserta en el acuerdo novatorio.

### **II.3. La STJUE de 9 de julio de 2020 y los AATJUE de 3 de marzo y 1 de junio de 2021**

La cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel ha sido resuelta por el TJUE en la STJUE de 9 de julio de 2020, en el asunto C-452/18 (XZ contra Ibercaja Banco SA). Se trata de una sentencia compleja y de difícil interpretación, y que ha sido analizada por multitud de autores, llegando a conclusiones no siempre coincidentes<sup>4</sup>. La sentencia es, además, llamativa, porque el TJUE no responde de manera precisa a las cinco preguntas que se le formulan.

Con posterioridad se dictó el ATJUE de 3 de marzo de 2021, en el asunto C-13/19 -Ibercaja Banco SA contra TJ y UK-. Este auto resuelve la cuestión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Zaragoza. El TJUE decidió resolver esta cuestión prejudicial mediante auto, y no por sentencia, porque “la respuesta puede deducirse claramente de la jurisprudencia o no suscita ninguna duda razonable” (art. 99 del

---

<sup>4</sup> Marín López (2021: 33 y ss.); Carrasco Perera (2020.a: 1 y ss.); Pantaleón Prieto (2020.b: 1 y ss.); Cámara Lapuente (2020, 1 y ss.); Alfaro Águila-Real (2020.b: 1 y ss.); Castillo Martínez (2021, 132 y ss.); y De la Torre y Dávalos (2020: 32 y ss.).

Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia). Y es que, efectivamente, el ATJUE es una reproducción casi literal de la STJUE de 9 de julio de 2020. En cualquier caso, el TJUE declara inadmisibles las preguntas 10 y 13, y por eso no entra a resolverlas.

Por último, se ha dictado el ATJUE de 1 de junio de 2021, en el asunto C-268/19-UP contra Banco Santander SA-. También aquí el TJUE decide resolver mediante un auto la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Orense. El auto sigue en lo esencial la doctrina sentada en la STJUE de 9 de julio de 2020. Pero insiste en una idea que ya estaba reflejada en esa sentencia, pero que ahora se expone con más rotundidad: el consumidor únicamente puede comprender las consecuencias económicas del acuerdo novatorio si el prestamista le informó, antes de celebrar ese acuerdo, de que la cláusula suelo inicial podía ser declarada abusiva, del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba.

La resolución más importante es, obviamente, la STJUE de 9 de julio de 2020. Su estructura se acomoda a las cinco preguntas formuladas por el Juzgado de Teruel. En realidad, son tres las cuestiones verdaderamente importantes: cómo afecta la nulidad de la cláusula suelo inicial al posterior acuerdo novatorio (ap. 21 a 30; pregunta primera del Juzgado de Teruel), si la cláusula del acuerdo novatoria relativa a los intereses remuneratorios supera el control de transparencia material (ap. 40 a 56; pregunta cuarta del Juzgado de Teruel), y si la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluida en el acuerdo novatorio supera el control de transparencia material y, de no ser así, supera el control de contenido (ap. 57 a 77; preguntas tercera y quinta del Juzgado de Teruel). Estas tres cuestiones se analizan con detalle en los epígrafes III, IV y V de este trabajo. Además, la STJUE examina si las cláusulas del acuerdo novatorio pueden reputarse cláusulas no negociadas individualmente (ap. 31 a 39; segunda pregunta del Juzgado de Teruel). Es esta una cuestión menor, que ni siquiera debía haberse formulado al TJUE, porque la propia STS 205/2018, de 11 de abril ya admite que esas cláusulas son predispuestas e impuestas, y están sometidas por ello a los controles de inclusión, de contenido y de transparencia.

El ATJUE de 3 de marzo de 2021 es una copia casi literal de la STJUE de 9 de junio de 2020. De hecho, todas las preguntas formuladas por la AP de Zaragoza se responden en tres bloques, que siguen la misma distribución que los de la STJUE; con la única particularidad de que se analiza de forma conjunta el control de transparencia material de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y de la cláusula de renuncia (ap. 48 a 74)<sup>5</sup>. Con acierto ha señalado el TS que este auto “reproduce la doctrina contenida

---

<sup>5</sup> En realidad, en estos apartados se examina en primer lugar la primera cláusula mencionada, y luego (ap. 66 y ss.) la cláusula de renuncia.

en la anterior sentencia de 9 de julio de 2020”, y que “no encontramos en dicha resolución [el auto] razones para modificar la jurisprudencia sentada” por el alto tribunal (STS 241/2021, de 4 de mayo; FJ 2º).

En cuanto al ATJUE de 1 de junio de 2021, ya se ha indicado que también sigue, en lo sustancial, lo dispuesto en la STJUE de 9 de julio de 2020. Cada una de las dos preguntas formuladas al TJUE por el Juzgado de Orense se responden de manera separada. Pero es ciertamente llamativo que este ATJUE utilice la misma argumentación empleada en la STJUE de 9 de julio de 2020, y se refiera por ello también a la renuncia al ejercicio de acciones, cuando en el caso enjuiciado no existe un acuerdo transaccional con cláusula de renuncia, sino un simple acuerdo novatorio sobre la cláusula de intereses remuneratorios.

#### **II.4. La recepción en el TS de la doctrina del TJUE**

Como consecuencia de la STJUE de 9 de julio de 2020, el TS se ha visto obligado a modificar la doctrina contenida en la STS (Pleno) 205/2018, de 11 de abril.

La dos primeras sentencias que fijan la nueva doctrina son las SSTS 580/2020 y 581/2020, ambas de 5 de noviembre y dictadas por el Pleno de la Sala 1ª. A estas le siguió la STS 589/2020 (Pleno), de 11 de noviembre, y ya en el mes de diciembre de ese mismo año, las SSTS 675/2020, de 15 de diciembre; 676/2020, de 15 de diciembre; y 692/2020 (Pleno), de 28 de diciembre. Durante los años 2021 y 2022 se han dictado cientos de sentencias<sup>6</sup>.

Estas sentencias conforman una consolidada doctrina jurisprudencial que, en lo esencial, establece lo siguiente: (i) La cláusula suelo inicial es nula por falta de transparencia y abusiva. (ii) En el acuerdo novatorio, la cláusula de intereses remuneratorios (con o sin cláusula suelo) es transparente y, por ello, válida. (iii) La cláusula en la que el consumidor renuncia de forma genérica al ejercicio de sus derechos no se reputa válida. (iv) La cláusula de renuncia específica tampoco es válida, porque no supera el control de transparencia material, al no haber sido informado el consumidor, antes de celebrar el acuerdo privado, de las consecuencias jurídicas y económicas de la misma; en particular, de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por la aplicación de la cláusula suelo inicial. (v) Por todo ello, se estima parcialmente la demanda del consumidor, en el sentido de que se declara abusiva la cláusula suelo inicial, se condena al prestamista a restituir los intereses remuneratorios indebidamente cobrados desde la fecha de celebración del préstamo (o desde un momento posterior, si así lo solicita el consumidor) hasta que se celebra el acuerdo novatorio. Pero

---

<sup>6</sup> Una enumeración exhaustiva de las mismas se contiene en la relación de jurisprudencia incluida al final de este trabajo.

como se declara válida la cláusula de los intereses remuneratorios contenida en el acuerdo novatorio, se desestima la petición de devolución de los intereses cobrados desde el acuerdo novatorio por aplicación de la nueva cláusula suelo.

El TS llega, así, a una solución salomónica: estima parcialmente la demanda, y condena al prestamista a restituir parte de las cantidades reclamadas; en concreto, los intereses indebidamente abonados por el consumidor en ejecución de la cláusula suelo inicial hasta la fecha del acuerdo novatorio. Además, impone al prestamista las costas de la primera instancia.

La ingente cantidad de sentencias dictadas (y que se dictarán en los próximos meses) por el TS sobre esta materia se deben, por una parte, a los miles de recursos de casación presentados, y por otra parte, a la doctrina sentada por el TS que acaba de exponerse. La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales, o desestimaban todas las pretensiones del consumidor demandante<sup>7</sup>, porque considera que el acuerdo novatorio es válido, o estimaban íntegramente la demanda, declarando nula la cláusula suelo inicial, la nueva cláusula suelo del acuerdo novatorio y la cláusula de renuncia de derechos, condenando por ello al prestamista a restituir todos los intereses indebidamente abonados<sup>8</sup>. Ninguna de estas dos soluciones es la acogida por el TS. Por eso, al margen de que el recurrente en casación sea la entidad prestamista o el consumidor, el TS dictará una sentencia en la que estimará en parte el recurso de casación y aplicará la doctrina por él elaborada, en los términos expuestos.

### **III. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO INICIAL EN EL ACUERDO NOVATORIO**

#### **III.1. La doctrina del TJUE: el consentimiento libre e informado del consumidor sobre el posible carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial y sobre las consecuencias que ello conlleva**

La primera cuestión que ha de resolverse es si, por la aplicación de los principios de no vinculación de las cláusulas abusivas y de efectividad (arts. 6 y 7 Directiva 93/13/CE), la nulidad de la cláusula suelo inicial provoca la nulidad del acuerdo posterior por el que se limitan o excluyen los efectos de esa cláusula suelo. O dicho de otro modo, ¿puede “moderarse” una cláusula suelo previsiblemente nula mediante el expediente de modificarla en un contrato posterior, de manera que, a partir de ese momento, se abone una cláusula suelo inferior o incluso se elimine? Para que esa novación modificativa pueda, en su caso, considerarse válida, ¿la cláusula que contiene la novación ha de haberse negociado individualmente o es posible una novación utilizando cláusulas predispuestas

---

<sup>7</sup> Como hace, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Albacete.

<sup>8</sup> En esta línea, entre otras, las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Navarra y Badajoz.



no negociadas? Son cuestiones que plantean el Juzgado de Teruel (pregunta 1), la Audiencia Provincial de Zaragoza (preguntas 7, 8, 11 y 12) y el Juzgado de Orense (pregunta 1).

La STJUE de 9 de julio de 2022 analiza esta materia en los apartados 21 a 30. Sostiene el TJUE que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (ap. 22), y que el juez nacional debe abstenerse de aplicarlas, salvo que el consumidor se oponga a ello (ap. 24). En este sentido, establece que el juez no declarará el carácter abusivo de una cláusula cuando el consumidor, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta que es contrario a que se excluya, otorgando un consentimiento libre e informado a esa cláusula -STJUE de 21 de febrero de 2013 y 14 de abril de 2016- (ap. 25 y 27). Las dos sentencias mencionadas se refieren a casos en los que, en el marco de un proceso judicial, el juez pide a las partes que se pronuncien sobre el posible carácter abusivo de una cláusula. En tal caso, el consumidor, mediante un consentimiento libre e informado, puede manifestar su voluntad contraria a que se declare abusiva esa cláusula.

En el caso que nos ocupa la situación es diferente, porque el consentimiento del consumidor no se presta en el marco de un proceso judicial, sino en un acuerdo privado (acuerdo novatorio). Pero el TJUE entiende que cabe aplicar de forma análoga esas mismas reglas. Así lo explica en los apartados 28 y 29. Según el primero de ellos, *“debe admitirse... que un consumidor pueda renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que esta renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado”*. Y añade el apartado 29 que *“no obstante..., la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional”*.

Estos apartados se reproducen de manera literal en el ATJUE de 3 de marzo de 2021 (ap. 34 y 35) y en el ATJUE de 1 de junio de 2021 (ap. 32 y 33). Que lo haga este último auto es especialmente relevante, porque el mismo versa sobre un acuerdo novatorio de cláusula suelo sin cláusula de renuncia. Esto significa que cuando este último auto se refiere en sus apartados 32 y 33 a la renuncia del consumidor a hacer valer la nulidad de la cláusula suelo inicial, no está aludiendo a la cláusula de renuncia típicamente

incluida en un acuerdo transaccional, sino a la “renuncia” que implica la nueva cláusula suelo establecida en el acuerdo novatorio. Porque la validez de esta nueva cláusula suelo (por definición, más baja que la cláusula suelo inicial) supone que, desde que se celebra el acuerdo novatorio, el consumidor tendrá que seguir abonando intereses por la (nueva) cláusula suelo; intereses a los que el consumidor “renuncia”, pues podría reclamarlos si no se hubiera celebrado esa nueva cláusula suelo, dado el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial. Se trata, en cierto modo, de juzgar si cabe la “moderación” de la cláusula suelo inicial mediante una nueva cláusula suelo con un interés más reducido.

En consecuencia, el consentimiento libre e informado se requiere tanto de la nueva cláusula suelo (ap. 29 de la STJUE de 9 de julio de 2020, que lo exige para la adhesión “a la novación de tal cláusula suelo”) como de la nueva cláusula de renuncia al ejercicio de derechos que se impone al consumidor en el acuerdo transaccional (ap. 66 de la STJUE de 9 de julio de 2020). Repárese, por tanto, que para que cada una de estas dos cláusulas sea válida, no basta con que supere los típicos controles de validez de las cláusulas predispuestas (control de inclusión, de contenido y de transparencia), sino que es preciso, además, que sea el resultado de un consentimiento libre e informado del consumidor (ap. 34 del ATJUE de 1 de junio de 2021)<sup>9</sup>.

El consumidor debe prestar un consentimiento libre e informado. Resulta preciso examinar por separado el alcance de cada una de estas expresiones.

El consentimiento del consumidor ha de ser informado. El consumidor tiene que conocer dos datos:

(i) El carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial. En realidad, no hay certeza sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo, pues su validez dependerá de que, en el caso concreto, se cumplieran los deberes de transparencia material antes de haberse celebrado el préstamo inicial<sup>10</sup>. Por eso, lo que el consumidor debe conocer no es que la cláusula suelo es abusiva y no vinculante (eso nunca puede anticiparse sin sentencia judicial), sino que es “potencialmente” abusiva.

(ii) “Las consecuencias que ello conlleva”. Esta expresión puede interpretarse de dos modos, en función del sentido que se dé a la palabra “ello”. El consumidor debe conocer las consecuencias que conlleva la renuncia o las consecuencias que conlleva que

---

<sup>9</sup> “De lo anterior resulta que el sistema previsto por la Directiva 93/13 no puede impedir que las partes de un contrato pongan remedio al carácter abusivo de una cláusula que este contiene, modificándola por vía contractual, siempre que, por un lado, la renuncia por parte del consumidor a invocar el carácter abusivo proceda de su consentimiento libre e informado y, por otro, la nueva cláusula modificadora no sea por sí misma abusiva (sentencia de 29 de abril de 2021, Bank BPH, C-19/20, EU:C:2021:341, apartado 49)”. Este fragmento no existe en la STJUE de 9 de julio de 2020, sino que tiene su origen en la STJUE de 29 de abril de 2021.

<sup>10</sup> Carrasco Perera, 2020a: 4.

la cláusula suelo inicial sea potencialmente abusiva y no vinculante. Parece más adecuado interpretarla de este segundo modo<sup>11</sup>, por varias razones. En primer lugar, porque lo lógico es entender que el pronombre “ello” se refiere justo a lo dicho en la frase anterior (“el carácter no vinculante de esa cláusula”). En segundo lugar, porque conocer las consecuencias de la renuncia es propio del control de transparencia material, que ya se exige por el TJUE específicamente para la validez de la cláusula de renuncia. En tercer lugar, porque los datos que el consumidor debe conocer tienen que ver con la cláusula inicial potencialmente abusiva, y no con los efectos y consecuencias que va a tener alguna de las cláusulas del acuerdo novatorio. Y en cuarto lugar, porque si se admite que el consumidor debe conocer las consecuencias que la renuncia conlleva, será difícil exigir ese conocimiento cuando se trata de la nueva cláusula de intereses remuneratorios (para la que también se requiere, como se ha indicado, que el consentimiento del consumidor sea libre e informado). Por eso, hay que sostener que el consumidor debe conocer las consecuencias que conlleva que la cláusula suelo inicial sea potencialmente abusiva y no vinculante; lo que significa que tiene que conocer que, si la cláusula suelo inicial es abusiva, puede pedir al juez que declare su nulidad; que no tiene que abonar los intereses remuneratorios que resultan de la ejecución de esa cláusula; y que puede reclamar al prestamista la restitución de los intereses indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo, si no desde la celebración del contrato, sí al menos desde que se publica la STS de 9 de mayo de 2013 (esos son los efectos restitutorios según la mencionada sentencia, que luego fue “corregida” por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que sanciona su restitución desde la celebración del contrato).

Además, el consentimiento del consumidor ha de ser libre. La jurisprudencia del TJUE no aclara qué significado ha de darse al adjetivo “libre”, aunque las Conclusiones del Abogado General de la STJUE de 9 de julio de 2020 lo vincula a la ausencia de vicios del consentimiento<sup>12</sup>.

Cuestión distinta es si este consentimiento libre e informado puede prestarse mediante cláusulas predispuestas, o por el contrario el consentimiento “libre” exige que las cláusulas hayan sido negociadas. El TJUE no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión. Pero requiere que la cláusula de renuncia (que es una cláusula predispuesta) tenga que prestarse mediante un consentimiento libre e informado (ap. 66 de la STJUE de 9 de julio de 2020); de donde resulta, por tanto, que un consentimiento de este tipo es requerido, aunque las cláusulas del acuerdo novatorio sean predispuestas y no negociadas individualmente.

---

<sup>11</sup> De la Torre y Dávalos, 2020: 39.

<sup>12</sup> Nota a pie 54 de las Conclusiones.

Cabe plantearse qué sucede cuando la cláusula del acuerdo novatorio que modifica la cláusula suelo inicial ha sido negociada individualmente. Es obvio que esa cláusula no está sometida a la Directiva 93/13/CE, por haber sido negociada. Por eso no operan los controles de abusividad y de transparencia. Pero hay que decidir si, para que la cláusula negociada sea válida, el consumidor debe prestar un consentimiento libre e informado. La respuesta positiva podría fundarse en que la exigencia de ese consentimiento informado no obedece al carácter impuesto o negociado de la cláusula del acuerdo novatoria, sino a que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula y este dato debe conocerlo el consumidor para “validarla” mediante un acuerdo posterior, sea negociado o impuesto.

El Juzgado de Orense formula expresamente esta cuestión (pregunta 1)<sup>13</sup>. Después de preguntar si el efecto no vinculante que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE impide la validez de un pacto modificativo de una cláusula (suelo) inicial, se plantea si a estos efectos es relevante que el consumidor haya negociado el contenido del pacto modificativo. Entiende el Magistrado que “no es compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/13 la tesis que sostiene que la cláusula suelo que sustituye una previa cláusula suelo abusiva es válida por el hecho de que el consumidor haya negociado individualizadamente la modificación”. A su juicio, para que sea válida es necesario que el consumidor preste un consentimiento informado, en los mismos términos que si la nueva cláusula suelo hubiera sido impuesta.

Por desgracia, el ATJUE de 1 de junio de 2021, que es el que resuelve esta cuestión prejudicial, no se refiere expresamente a esta pregunta, ni en su argumentación, ni en su fallo. Se limita a señalar, siguiendo el criterio de la STJUE de 9 de julio de 2020, que antes de celebrar el acuerdo novatorio, el consumidor debe ser consciente del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial. Aunque en verdad pone mucho más énfasis en la obligación del prestamista de informar acerca de esos datos, hasta el punto de que *“solo si el profesional informó al consumidor de la circunstancia de que la cláusula suelo inicial podría ser declarada abusiva, este estuvo en condiciones de comprender las consecuencias que para él se derivan”* (ap. 37). Pero no aclara si la información sobre este punto debe exigirse también cuando la cláusula novatoria sea

---

<sup>13</sup> La pregunta 1 es esta: *“¿El efecto de no vinculación que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que impide la validez de un pacto modificativo de una cláusula abusiva alcanzado entre el consumidor y el profesional en un contexto en que (a) la cláusula abusiva, en el momento de alcanzar dicho pacto, no ha sido declarada nula, ni se ha reconocido su falta de validez, ni se ha advertido al consumidor de la posibilidad de que la abusividad de la misma pueda ser eventualmente declarada, y en que (b) dicho pacto modificativo carece de naturaleza transaccional? En tal situación, ¿es relevante para la validez de dicho pacto que el consumidor haya negociado el contenido de la modificación?”*

negociada. En todo caso, repárese que la respuesta concreta a la pregunta 1 (el fallo), exige que el consumidor sea consciente del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial, y se refiere, sin más, al acuerdo novatorio, sin distinguir si la nueva cláusula suelo del acuerdo novatorio ha sido o no negociada individualmente. En consecuencia, si el auto, pudiendo haber realizado esa distinción (como se le solicitaba en la pregunta), no la ha hecho, es porque parece que han de aplicarse las mismas reglas en ambos casos. De modo que, sea la nueva cláusula suelo impuesta o negociada, el consumidor debe prestar un consentimiento libre e informado.

A mi juicio, si el consumidor, que conoce en el marco de un proceso judicial, que una cláusula puede ser abusiva (porque se lo comunica el juez), puede emitir una declaración de voluntad afirmando que es contrario a que se declare abusiva (SSTJUE de 21 de febrero de 2013 y 14 de abril de 2016), del mismo modo podrá emitir esa misma declaración de voluntad en un contrato negociado. Pero también aquí es preciso que el consumidor, antes de exteriorizar su declaración de voluntad, conozca que esa cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y las consecuencias que ello conlleva. Se trata de una situación similar (emisión de una declaración de voluntad libre, y no impuesta), y por eso debe ser tratada jurídicamente de forma idéntica.

Una última reflexión. Este consentimiento “libre e informado” que el consumidor debe prestar es, según el TJUE, algo distinto del clásico control de transparencia material. Se trata de cuestiones diferentes, y por ello desde el punto de vista teórico deben ser diferenciadas<sup>14</sup>. Para que la nueva cláusula de intereses remuneratorios y la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos insertas en el acuerdo novatorio sean válidas, deben superar los típicos controles de validez (incorporación, contenido y transparencia) y además, ser resultado de un consentimiento informado. Este *plus* de información es imprescindible para que el consumidor sea consciente de que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y no vinculante, y de que por ello podría reclamar ciertas cosas (que se declare nula y que se le devuelvan los intereses indebidamente satisfechos). Se trata de dos bloques informativos diferentes: uno el típico de la transparencia material, que exige información sobre los efectos futuros de la cláusula (sobre las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula), y otro el específico deber informativo por existir una previa cláusula suelo potencialmente abusiva que el consumidor no desea que se declare nula, que exige que se informe de ciertos datos del pasado (que la cláusula suelo

---

<sup>14</sup> Por eso no es adecuado afirmar que las cláusulas son transparentes cuando son el resultado de un consentimiento libre e informado, como hacen, entre otros, Sáenz de Jubera Higuero (2021.a: 625 y 630) y Gutiérrez y Vacas (2021: 106).

inicial es potencialmente abusiva y por eso podría pedirse su nulidad, con la consiguiente derecho a reclamar la restitución de los intereses remuneratorios abonados)<sup>15</sup>.

### **III.2. El consentimiento libre e informado del consumidor en la jurisprudencia del TS**

El TS no ha dictado una doctrina clara y coherente sobre el consentimiento libre e informado que ha de prestar el consumidor.

La STS 580/2020, de 5 de noviembre, reproduce la respuesta de la STJUE de 9 de julio de 2020 a la primera pregunta de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Teruel (FJ 3º, ap. 4). Pero nada más añade sobre esta materia. En particular, no establece que, para que sean válidas la cláusula novatoria del interés remuneratorio o la cláusula de renuncia, es necesario que deriven de un consentimiento del consumidor “libre e informado”. Tampoco señala que el consentimiento es informado cuando el consumidor conoce el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y las consecuencias que ello conlleva.

Lo que sí hace la sentencia es, al hilo del análisis de la transparencia de la nueva cláusula suelo, indicar que esta cláusula es transparente porque el consumidor conocía (como todos los consumidores, porque era un conocimiento generalizado tras la publicación de la STS 241/2013, de 9 de mayo) “*la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esa nulidad sería a partir de la fecha de esta sentencia*” (FJ 3º, ap. 6, párr. 3). Y añade que “*cuando se modificó la cláusula suelo, los prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, y la incidencia que había tenido*” (FJ 3º, ap. 6, párr. 6).

De esto resulta que, según la sentencia que se comenta, el consumidor debe conocer que en el préstamo había una cláusula suelo y que esa cláusula es potencialmente nula por falta de transparencia. Pero esos datos debe conocerlos para que la nueva cláusula de intereses remuneratorios sea transparente, y no para cumplir con la exigencia de que el consentimiento del consumidor sea libre e informado. En cualquier caso, la sentencia no exige, como requiere la doctrina del TJUE para que el consentimiento sea informado, que el consumidor conozca las consecuencias que conlleva el carácter abusivo de la cláusula; es decir, que conozca que, como la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva, el consumidor puede solicitar al juez que la declare abusiva, y que en tal caso no tendrá que abonar intereses futuros por aplicación de esa cláusula y podrá reclamar la

---

<sup>15</sup> Configurar el consentimiento “libre e informado” como algo distinto al control de transparencia material, como hace el TJUE, plantea un problema relevante: su falta de regulación en la Directiva 93/13/CE, que únicamente regula el control de transparencia y el de abusividad, pero no ese pretendido régimen de información precontractual adicional (Pantaleón Prieto, 2020b: 14).

devolución de los ya satisfechos. En el caso de autos, no está acreditado que el consumidor tuviera conocimiento de estos datos. Según la sentencia, el consumidor sabía “la incidencia que ha tenido” la cláusula suelo inicial; que es cosa distinta a conocer las consecuencias que conlleva que esa cláusula sea abusiva. Como el consumidor ignora este último dato, no pueden reputarse válidas ni la nueva cláusula de intereses remuneratorios ni la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluidas en el acuerdo novatorio.

Algo parecido sucede en la STS 589/2020, de 11 de noviembre. Aquí sí se examina por separado (en el FJ 5º, ap. 2) la primera pregunta formulada por el Juzgado de Teruel. Se expone la doctrina del TJUE sobre el particular, repitiendo que el consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial mediante un consentimiento libre e informado. Sin embargo, en ningún otro lugar se aclara qué significa esta expresión. La sentencia no exige expresamente que el consumidor conozca que la cláusula suelo inicial puede ser declarada abusiva, y las consecuencias que esa declaración de abusividad podría tener. Es cierto que la parte expositiva del acuerdo novatorio (de la Caja Rural de Navarra) alude a “la problemática surgida con las cláusulas suelo, incluida la actual tendencia jurisprudencial favorable a la eliminación de las mismas” (FJ 3º, ap. 5). Pero no parece que esa información sea suficiente, ni cumpla las exigencias informativas requeridas por el TJUE.

Más importante es la STS 208/2021, de 19 de abril. Aquí el “consentimiento libre e informado” se exige para que sea válida tanto la nueva cláusula de intereses remuneratorios (FJ 3º, ap. 9) como la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos (FJ 5º, ap. 3 y 6)<sup>16</sup>. Esta tesis es correcta. Pero ese consentimiento libre e informado no se presenta como algo distinto al control de transparencia material. Por eso, en relación con la cláusula de intereses remuneratorios, establece que “*la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020... exige, para que sea válida la novación de la cláusula de interés remuneratorio que contiene un interés mínimo o "suelo", que el consumidor preste un consentimiento libre e informado, pues el consumidor debe estar en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación*” (FJ 3º, ap. 9). Algo parecido sucede en relación con la cláusula de renuncia al ejercicio de derecho, en cuyo análisis se mezcla la información necesaria para que la cláusula de renuncia sea transparente y la información requerida para que el consumidor preste un consentimiento informado (FJ 5º, ap. 6). Pero la sentencia incurre en el error de vincular el consentimiento informado a la necesidad de

---

<sup>16</sup> En el mismo sentido, STS 475/2022, de 9 de junio.

que el consumidor conozca las consecuencias económicas y jurídicas del pacto novatorio (que, en verdad, es una exigencia del control de transparencia). Además, tampoco parece adecuado requerir (como parece que hace la sentencia) ese consentimiento libre e informado únicamente cuando la nueva cláusula de intereses retributivos contiene una cláusula suelo. Pues ese consentimiento libre e informado se exige porque la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y nula, al margen de que el pacto novatorio relativo a los intereses remuneratorios establezca un tipo de interés fijo o variable (con o sin cláusula suelo).

Que el consentimiento libre e informado se requiere también para la validez de la nueva cláusula de intereses remuneratorios lo evidencia la STS 309/2021, de 12 de mayo. En el caso analizado, el acuerdo novatorio establece unos nuevos intereses remuneratorios, pero no existe la típica cláusula de renuncia al ejercicio de derechos. Aun así reproduce su doctrina sobre el control de transparencia de la cláusula novada, y repite la fórmula, reproducida liberalmente en cientos de sentencias, según la cual es necesario, *“para que sea válida la novación de la cláusula de interés remuneratorio que contiene un interés mínimo o “suelo”, que el consumidor preste un consentimiento libre e informado, pues el consumidor debe estar en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación”* (FJ 4º, ap. 5).

Como se ha indicado, hay sentencias del TS que, reproduciendo lo establecido por el TJUE, exigen que el consumidor preste un consentimiento “libre e informado”, sin aclarar en modo alguno qué significa eso (como hace, por ejemplo, la STS 580/2020, de 5 de noviembre). Pero hay otras que ni siquiera mencionan esta expresión, diluyendo los requisitos de información precontractual en las reglas de la transparencia material<sup>17</sup>. Y es que esto es una práctica habitual en la jurisprudencia del alto tribunal: mezclar las exigencias informativas propias del típico control de transparencia material con las menciones informativas requeridas para que el consumidor preste un consentimiento “libre e informado” (la citada STS 208/2021, de 19 de abril, es un buen ejemplo).

Hay algunas sentencias que sí explican qué ha de entenderse por un consentimiento “libre e informado”. La formulación más acabada de esta doctrina se recoge en la STS 475/2022, de 9 de junio. Señala que *“el TJUE... declaró que un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula en el marco de un contrato de novación mediante el que este renuncia a los efectos que conllevaría la declaración del carácter abusivo de tal cláusula, siempre y cuando la*

---

<sup>17</sup> Es lo que sucede en la STS 645/2021, de 28 de septiembre, y en otras muchas que le siguen.



*renuncia proceda de un consentimiento libre e informado, lo que solo sucederá si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que la renuncia conllevaba, y «la nueva cláusula modificadora no sea por sí misma abusiva»*” (FJ 3º, ap. 7).

Según la sentencia, el consentimiento es informado cuando el consumidor conoce el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y “las consecuencias que la renuncia conlleva”. La STJUE de 9 de julio de 2020 y los ATJUE de 3 de marzo y 1 de junio de 2022 se referían a las consecuencias que “ello” conlleva, lo que ha de entenderse en el sentido de que ha de conocer las consecuencias que conlleva el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial (v. epígrafe III.1). Esto supone una separación de la doctrina del TJUE. La STS 475/2022, de 9 de junio, exige también que “la nueva cláusula modificadora no sea por sí misma abusiva”. Esto no es una exigencia de ese consentimiento libre e informado del consumidor, sino que se trata de que la nueva cláusula supere el control de transparencia material (que el consumidor conozca sus efectos económicos a lo largo de la vida del contrato), pues de lo contrario se reputará abusiva y nula.

De lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones. Según el TS, el consentimiento libre e informado es un presupuesto de validez de las dos cláusulas que conforman el acuerdo novatorio: la nueva cláusula de intereses remuneratorios y la cláusula de renuncia. El TS no examina de forma autónoma qué significa que el consentimiento ha de ser libre e informado. Lo trata al hilo del control de transparencia de esas cláusulas. En cualquier caso, el TS requiere que el consumidor, antes de contratar, conozca el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y las consecuencias que conlleva la renuncia. Además, considera acreditado que el consumidor, antes de concertar el acuerdo transaccional, sabía que la cláusula suelo inicial era potencialmente abusiva. Pero no exige que el consumidor conozca las consecuencias que conlleva que sea declarada abusiva (que es distinto a que conozca las consecuencias de la renuncia, que es lo que requiere el TS). Ese dato, sin embargo, sí debe conocerlo el consumidor, según la doctrina del TJUE. Por esta razón cabe concluir que la jurisprudencia del TS es contraria a la doctrina del TJUE, y que las dos cláusulas mencionadas (nueva cláusula de intereses retributivos y cláusula de renuncia) son contrarias a la Directiva 93/13/CE y, por ello, inválidas.

### **III.3. El consentimiento libre e informado del consumidor en caso de cláusula novatoria negociada**

Hay que analizar qué sucede, según el TS, cuando la cláusula del acuerdo novatorio relativa a los intereses remuneratorios ha sido negociada, y no impuesta por el

prestamista. En concreto, si también en tal caso el consumidor debe prestar un consentimiento informado, esto es, que antes de pactar la nueva cláusula el consumidor conozca el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial y las consecuencias que ello conlleva.

Antes de que el TJUE fijara su posición, el TS ya se había pronunciado sobre esta cuestión. La STS 489/2018, de 13 de septiembre, en un supuesto de negociación de una nueva cláusula suelo en sustitución de la cláusula suelo inicial impuesta, establece que el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial *“no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado”* (FJ 2º, ap. 4). La validez de la cláusula se supedita a que el consumidor conozca ciertos datos (*“con conocimiento de lo que hacía”*) antes de emitir su (libre) declaración de voluntad. Pero no se aclara qué datos son esos: si basta con que conozca que la vieja cláusula suelo va a ser sustituida por una nueva (cosa que, obviamente, conoce el consumidor) o si tiene que conocer que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y que por ello podía solicitar su nulidad y obtener la devolución de lo indebidamente abonado.

Después de haberse dictado la STJUE de 9 de julio de 2020, en sentencias en las que el acuerdo novatorio ha sido predispuesto e impuesto por la entidad financiera, se alude tangencialmente a esta cuestión. Así, la STS 580/2020, de 5 de noviembre, se limita a señalar que es posible modificar la cláusula suelo del contrato originario, siempre que esta modificación haya sido negociada o, si ha sido predispuesta por el empresario, cumpla con las exigencias de transparencia (FJ 3º, ap. 3.I). Y en cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, establece que la STJUE de 9 de julio de 2020 admite su validez siempre que *“haya sido individualmente negociada y libremente aceptada”* y, en caso de haber sido impuesta, supere el control de transparencia (FJ 3º, ap. 7.I). Esta sentencia (y decenas posteriores que le siguen) parece indicar que son válidas las cláusulas del acuerdo novatorio que han sido negociadas.

Desde noviembre de 2020 la doctrina parece haberse depurado: la nueva cláusula suelo negociada no está sometida a control de transparencia, y por ello es válida. En esta línea, la STS 740/2021, de 2 de noviembre, establece que, como la novación del préstamo hipotecario ha sido negociada, no cabe someter la nueva cláusula suelo al control de

transparencia, por lo que ha de reputarse válida. En parecidos términos se expresa la reciente STS 468/2022, de 6 de junio<sup>18</sup>.

Como se ha expuesto en otro lugar (v. epígrafe III.1), cabe dudar de que esta solución sea conforme a la Directiva 93/13/CE. Es cierto que la nueva cláusula de intereses remuneratorios negociada no es una cláusula predispuesta, y por eso, no está sometida al control de transparencia. Pero eso no empecé para que el consentimiento del consumidor sea libre e informado, lo que exige que el consumidor, antes de pactar esta cláusula, conozca que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y que ello le autoriza a solicitar su nulidad y la restitución de los intereses indebidamente abonados.

#### **III.4. La prueba de que el consumidor conocía los datos necesarios para prestar un consentimiento informado**

Procede examinar ahora las razones por las que el TS considera que el consumidor ha prestado un consentimiento informado al acuerdo novatorio.

Como se trata de averiguar si el consumidor, antes de concertar el acuerdo novatorio, tenía conocimiento de ciertos datos, habrá que analizar caso a caso, y comprobar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, si en ese supuesto concreto el consumidor sabía esa información<sup>19</sup>.

Sin embargo, el TS considera que el consumidor (cualquier consumidor) sabía que su contrato de préstamo tenía una cláusula suelo (porque *“sabía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores”*; por todas, STS 442/2022, de 31 de mayo; FJ 3º, ap. 4, párr. 5) y sabía que esa cláusula suelo era potencialmente abusiva y nula por falta de transparencia. La STS 580/2020, de 5 de noviembre, lo explica de la siguiente forma, acuñando una regla que ha sido repetidamente utilizada en decenas de sentencias posteriores: *“Lógicamente, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia.”* (FJ 3º, ap. 6, párr. 3).

---

<sup>18</sup> Contempla un caso de novación modificativa (negociada) del préstamo, mediante la que se amplía el plazo de amortización, se aumenta el capital prestado y varía al alza la cláusula suelo, que pasa del 3 al 3,75 %. Solicitada la nulidad de esta nueva cláusula, el TS la reputa válida, porque no se aplica el control de transparencia (al haber sido negociada) y porque, en todo caso, el consumidor conocía la existencia de esta nueva cláusula suelo, así como los efectos económicos y jurídicos que provocaba en el contrato.

<sup>19</sup> Sáenz de Jubera Higuera (2021a: 621).

Se utiliza el mismo argumento que ya había usado la STS 205/2018, de 11 de abril: dada la difusión mediática de la STS de 9 de mayo de 2013, era un hecho notorio que la cláusula suelo del préstamo hipotecario podía ser nula por falta de transparencia. Cualquier consumidor conocía ese dato; y también, por tanto, ese concreto consumidor que firma con su banco el acuerdo novatorio en el año 2014 o 2015.

Esta argumentación no convence. Según la doctrina del TJUE<sup>20</sup>, seguida por el TS<sup>21</sup>, para que las cláusulas sean transparentes no solo es necesario que estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. En este marco desempeña un papel importante la conducta activa del empresario: debe facilitar al consumidor la información necesaria para que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, comprenda las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula. Y esa información debe entregarse teniendo en cuenta la comprensibilidad de un destinatario medio (un consumidor medio). Ahora bien, la entrega de esta información es prescindible cuando, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, pueda acreditarse de otro modo que ese concreto consumidor podía conocer esa información. En efecto, si ese concreto consumidor podía conocer esa información, se cumple el control de transparencia material, aunque no esté acreditado que el empresario se la ha facilitado<sup>22</sup>.

La regla, por tanto, es que el empresario debe facilitar la información. Pero quedará eximido de acreditar que la entregó si puede afirmarse que ese concreto consumidor, por su formación profesional o por cualquier otra circunstancia, tendría que haber conocido esos datos.

Este es el esquema que sigue la STJUE de 9 de julio de 2020. En varios lugares señala que es el prestamista quien tiene que facilitar la información al consumidor. En este sentido, establece que hay que atender a “la información proporcionada por el prestamista”, y que incumbe al juez nacional verificar que “se hubieran comunicado al consumidor” todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso (ap. 46); que es necesario que el prestamista “suministre información” sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el tipo de interés (ap. 53); o que “ponga a disposición” del consumidor los datos necesarios para calcular las cantidades a que el consumidor renuncia (ap. 55). Además, hay que determinar “el alcance de la información que Ibercaja

---

<sup>20</sup> Entre otras, en las SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13), y 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14).

<sup>21</sup> Por ejemplo, en la reciente STS 517/2022, de 1 de julio.

<sup>22</sup> Un ejemplo muy reciente de esta jurisprudencia está en la STS 581/2022, de 26 de julio.

Banco debía proporcionar a XZ” (ap. 74). Para juzgar la información adecuada que debe suministrar hay que atender al consumidor medio (ap. 54). Y veces al consumidor se le exige una conducta diligente en la averiguación de esos datos necesario (como ocurre en la información citada en el ap. 55).

Conforme a lo expuesto, es el prestamista el que tiene que acreditar que el prestatario sabía, antes de concertar el acuerdo novatorio, que la cláusula suelo original era potencialmente nula por falta de transparencia. Obviamente, ese hecho no queda probado con la alegación de que el consumidor sabía que el préstamo original tenía una cláusula suelo; pues una cosa es saber que tu préstamo tiene cláusula suelo, y que eso repercute en la cuantía de los plazos de amortización que vas abonando, y otra distinta sospechar o tener conocimiento de que esa cláusula suelo puede ser abusiva.

El ATJUE de 1 de junio de 2021 expresa esta idea de manera categórica: *“solo si el profesional informó al consumidor de la circunstancia de que la cláusula suelo inicial podía ser declarada abusiva, este estuvo en condiciones de comprender las consecuencias que para él se derivaban de su adhesión al contrato de novación”* (ap. 37, que es nuevo en el auto, es decir, carece de antecedentes en la STJUE de 9 de julio de 2020). La redacción es muy clara, y no deja lugar a dudas.

Expuesto el marco teórico, basta analizar los modelos de acuerdos novatorios utilizados en la práctica o las ofertas vinculantes ofrecidas por los prestamistas, para constatar que ninguno de ellos informa del posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial. Si el TS hubiera aplicado la doctrina sentada en el apartado 37 del ATJUE de 1 de junio de 2021, necesariamente tendría que haber concluido que el consentimiento del consumidor no fue “libre e informado”, porque el consumidor no sabía que la cláusula suelo inicial era potencialmente nula. En lugar de asumir esta interpretación del TJUE, entiende el alto tribunal que en el año 2014 había en España un “conocimiento generalizado” de que la cláusula suelo incluida en los préstamos hipotecarios era abusiva. Frente a ello cabe argüir, en primer lugar, que no es verdad que ese sea un hecho notorio (art. 281.4 LEC exime de prueba los hechos que gocen de notoriedad “absoluta y general”, lo que no sucede en este caso); y en segundo lugar, que *“la eventual notoriedad de una sentencia no basta para liberar al profesional de su obligación de redactar cláusulas de forma transparente y actuar también con transparencia en la fase precontractual”* (Conclusiones del Abogado General en el caso resuelto por la STJUE de 9 de julio de 2020, ap. 82). Y es que, en realidad, ese pretendido “conocimiento generalizado” de los

consumidores no es tal, y en ningún caso puede sustituir a la obligación impuesta por el TJUE al prestamista de facilitar al consumidor la información debida<sup>23</sup>.

Las circunstancias que concurren en la celebración del acuerdo novatorio son relevantes para apreciar si el consumidor conocía los datos relevantes. En este sentido, parece que la forma habitual de actuar era entregar el acuerdo novatorio al prestatario en la sucursal bancaria, y no permitirle sacarlo de la misma antes de firmarlo. La AP de Zaragoza pregunta si este dato puede ser relevante para apreciar la transparencia del acuerdo novatorio (pregunta 6). Aunque el TJUE no se pronuncia sobre ello, entiendo que sí tiene trascendencia, porque el consumidor no ha podido leer detenidamente el documento en su domicilio y consultar a un abogado (de haberlo hecho quizás habría sabido que la cláusula suelo inicial puede ser declarada abusiva por falta de transparencia). Esta práctica bancaria evidencia la intención del prestamista de mantener al consumidor desinformado, en contra de lo que requiere el TJUE<sup>24</sup>.

Existe un argumento adicional para considerar que el consumidor no ha prestado un consentimiento libre e informado. El TS sostiene que ese consumidor (y cualquier otro consumidor en su misma situación) conocía que la cláusula suelo inicial era potencialmente nula por falta de transparencia. Pero los hechos contradicen esta afirmación. Muchos acuerdos novatorios establecen que las cláusulas del préstamo inicial son válidas, y que se ratifica su validez mediante la firma del acuerdo novatorio<sup>25</sup>. Así sucede en el modelo de acuerdo utilizada por Ibercaja<sup>26</sup>, examinado por el TS en decenas de sentencias. Y también en el acuerdo novatorio usado por la Caja de Extremadura<sup>27</sup>, en que se indica que, salvo la cláusula relativa al tipo de interés, que se modifica, permanece en vigor el resto del contrato de préstamo hipotecario. En consecuencia, no solo es que el acuerdo novatorio no informe de que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva, sino que el propio acuerdo novatorio señala que esa cláusula suelo -y todas las demás cláusulas del préstamo original- eran válidas y van a seguir siendo válidas tras la firma del acuerdo<sup>28</sup>. Por ello, ¿cómo es posible sostener que el consumidor conocía que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y nula, cuando el propio acuerdo novatoria afirma que esa cláusula suelo es válida?

Hay casos en los que se ha acreditado en autos que el consumidor, antes de firmar el acuerdo novatorio, sabía que la cláusula suelo de su préstamo podía ser declarada nula.

---

<sup>23</sup> Gutiérrez y Vacas (2021: 109).

<sup>24</sup> Gutiérrez y Vacas (2021: 105).

<sup>25</sup> Cadenas Osuna (2021: 39).

<sup>26</sup> “Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones”.

<sup>27</sup> En los casos resueltos por la SSTS 303/2022 y 312/2022, ambas de 19 de abril.

<sup>28</sup> De la Torre y Dávalos (2020: 39).

Aquí no hay problema alguno. Es lo que sucede en la STS 580/2020, de 5 de noviembre. Los prestatarios declaran que acudieron a la entidad bancaria a solicitar que se les suprimiera la cláusula suelo, pues se habían enterado por la prensa de que podían reclamarlo (FJ 3º, ap. 6, párr. 4 y 5).

En conclusión, si el prestamista no acredita haber facilitado información precontractual sobre el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial, y salvo que en el proceso judicial quede probado por cualquier vía (y ese “conocimiento generalizado” no es una de ellas), hay que entender que el consumidor no sabía ese dato, y por eso, al acuerdo novatorio ha prestado un consentimiento que no es informado. En todo caso, aunque el consumidor supiera que la cláusula suelo inicial era potencialmente abusiva, también tendría que saber las consecuencias que conlleva esa posible abusividad; y ese dato no lo sabe el consumidor (o más exactamente, no está acreditado que el prestamista le haya informado sobre ello). Por esa razón no serán válidas ni la nueva cláusula de intereses remuneratorios del acuerdo novatorio, ni la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos que se incluye en ese acuerdo.

#### **IV. LA VALIDEZ DE LA NUEVA CLÁUSULA DE INTERESES REMUNERATORIOS INCLUIDA EN EL ACUERDO NOVATORIO**

La nueva cláusula del acuerdo novatorio relativa a los intereses remuneratorios, además de haberse aceptado por el consumidor con un consentimiento libre e informado, en los términos ya expuestos, si no ha sido negociada individualmente debe superar los controles propios de cualquier cláusula predispuesta: control de incorporación, transparencia material y contenido. La cuestión que hay que resolver es si esta cláusula supera estos controles; en particular, el control de transparencia.

Como es sabido, para que una cláusula sea transparente es preciso, según la jurisprudencia del TJUE, que el consumidor puede conocer, antes de celebrar el contrato, las consecuencias económicas y jurídicas que para él tiene la aplicación de esa cláusula. No resulta fácil determinar qué concreta información ha de recibir el consumidor para poder conocer esas consecuencias. Como ha señalado el TJUE<sup>29</sup>, esta información variará de una cláusula a otra, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan.

En el caso que nos ocupa, la nueva cláusula de intereses remuneratorios contiene, habitualmente, una cláusula suelo. Pero como se trata de una cláusula que pretende sustituir a la cláusula suelo inicial, no basta con que el consumidor conozca los efectos económicos en el futuro de esta cláusula suelo, sino que debe ser consciente de más datos.

---

<sup>29</sup> SSTJUE 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 9 de julio de 2015 (asunto C-348/14) y 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16).

Es esta, precisamente, la cuestión más importante que hay que indagar: ¿qué concreta información debe conocer el consumidor para que la nueva cláusula de intereses remuneratorios supere el control de transparencia material?

#### **IV.1. Las preguntas formuladas en las tres cuestiones prejudiciales y la respuesta del TJUE**

Como ya se ha indicado en otro lugar (§.II.1), la STS 205/2018, de 11 de abril, establece que la nueva cláusula suelo del acuerdo novatorio es válida porque el consumidor, antes de celebrar ese acuerdo, sabía que el préstamo tiene una cláusula suelo, que esa cláusula incidía en el tipo de interés remuneratorio, que puede ser declarada nula por falta de transparencia, y que esa cláusula suelo inicial va a reducirse al 2,25%. Los órganos judiciales que plantean las cuestiones prejudiciales sostienen que esta información es insuficiente, y que el prestatario tenía que conocer más datos.

La pregunta 4 de la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Teruel versa sobre esta materia<sup>30</sup>. Entiende el órgano remitente que el prestamista debe suministrar al consumidor la siguiente información: (i) el contenido y los efectos económicos de la nueva cláusula suelo, de manera similar a lo que sucede con cualquier otra cláusula suelo; (ii) el tipo de interés (y la cuota mensual) que el prestatario tendría que pagar en caso de aplicarse la nueva cláusula suelo, y el tipo de interés (y la cuota mensual) que tendría que pagar en el momento de firmar el acuerdo novatorio si se aplicase el contrato inicial pero sin cláusula suelo<sup>31</sup>; y (iii) la cuantía de los intereses remuneratorios satisfechos por haberse aplicado la cláusula suelo del préstamo inicial<sup>32</sup>. Se solicita al TJUE que se pronuncie acerca de si el prestamista debe facilitar estas tres menciones informativas para que la cláusula sea transparente.

---

<sup>30</sup> Su texto literal es el siguiente: “4) Si analizando el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del TJUE y de los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia, al volver el banco a incumplir los criterios de transparencia por el mismo fijados en la STS de 9 de mayo de 2013 y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse la nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja”. Y en su párrafo segundo añade: “Eso es, si al imponer el documento denominado como de novación sobre las “cláusulas suelo”, la entidad financiera debiera haber cumplido los controles de transparencia reseñados en los artículos 3. 1 y 4. 2 de la Directiva 93/13/CEE e informar al consumidor sobre el importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las “cláusulas suelo” así como el interés a aplicar en caso de no existir dichas cláusulas y, si al no haberlo hecho, estos documentos también adolecen de causa de nulidad”.

<sup>31</sup> Por tanto, el consumidor debe conocer la diferencia entre la cuota que va a pagar después de firmar el acuerdo novatorio, y la que pagaría si se aplicara en ese instante la cláusula de intereses remuneratorios del contrato inicial pero sin cláusula suelo.

<sup>32</sup> Literalmente, exige que se informe al consumidor “del importe de las cuantías en las que había sido perjudicado por la aplicación de las cláusulas suelo” (párrafo segundo de la pregunta).



La AP de Zaragoza también consulta sobre este asunto, en concreto en las preguntas 3 a 6 y en la 9. Solicita al TJUE que conteste si la exigencia de información precontractual de la nueva cláusula suelo ha de ser igual o superior a la requerida para la cláusula suelo inicial; si ha de informarse de las consecuencias económicas concretas de la moderación de la cláusula suelo inicial; y si el hecho de que el acuerdo novatorio se firme en la propia oficina bancaria sin que el consumidor haya podido antes sacar el documento de la oficina afecta de algún modo al deber de transparencia y a las exigencias informativas.

Por último, el Juzgado de Orense plantea una pregunta (la segunda) en relación con esta materia. Se plantea si, en la medida en que la nueva cláusula suelo sustituye a la cláusula suelo inicial, “las debidas condiciones de transparencia que permiten al consumidor contratar de manera libre e informada, no solo abarcan hacer explícita esa función sustitutiva sino también, en caso de que la cláusula a sustituir tenga un carácter posiblemente abusivo, que el consumidor sea consciente de dicha circunstancia”. Por tanto, sostiene que el prestamista debería informar de que la cláusula suelo inicial, que es potencialmente abusiva, va a ser sustituida por una nueva cláusula suelo. Sin embargo, el texto de la concreta pregunta que se formula no alude al carácter sustitutorio de la nueva cláusula suelo, sino que únicamente pregunta si el consumidor debe conocer el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial<sup>33</sup>.

La STJUE de 9 de julio de 2020 se ocupa de la pregunta 4 del Juzgado de Teruel en los apartados 40 a 56. Estos apartados se reproducen literalmente en el ATJUE de 3 de marzo de 2021 (ap. 48 a 65). El auto no añade nada nuevo, y no contesta, por tanto, a las preguntas específicas formuladas por la Audiencia Provincial de Zaragoza. Algo parecido sucede con el ATJUE de 1 de junio de 2021, que también copia parte de la STJUE de forma textual (en los ap. 46 a 53).

Antes de abordar las concretas preguntas planteadas por el Juzgado de Teruel, la STJUE de 9 de julio de 2020 repite su consabida doctrina sobre el control de transparencia material (ap. 42 a 47). Y añade que para averiguar qué concreta información debe el prestamista facilitar al consumidor, hay que tomar en consideración los datos que el prestamista razonablemente podía conocer en el momento de celebrarse el acuerdo

---

<sup>33</sup> El texto de la pregunta 2 es este: “¿Los artículos 3.1 y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que una cláusula establecida mediante un pacto alcanzado entre un consumidor y un profesional por el que se modifica una cláusula anterior abusiva, requiere, para ser considerada transparente, que se haya informado al consumidor, en el momento de alcanzar el pacto modificativo, sobre el carácter abusivo de la cláusula originaria o, en su caso, de la posibilidad de que dicho carácter abusivo sea declarado? En relación con ello, ¿el hecho de que la nueva cláusula haya sido negociada individualmente excluye en todo caso el control de abusividad de la misma?”.

novatorio (ap. 48 y 49). Se trata de una regla coherente: el prestamista únicamente podrá trasladar al consumidor la información que él podía conocer, y no otra.

Hay que examinar por separado cada una de las tres concretas preguntas formuladas por el Juzgado de Teruel.

1.- El conocimiento del contenido y los efectos económicos de la nueva cláusula suelo. El TJUE admite, obviamente, que el consumidor debe conocer estos datos (ap. 52 a 54). En particular, debe ser consciente de que la cláusula suelo opera como un tipo mínimo ante una posible reducción de tipos; es decir, existe “la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo «suelo» que se le propone” (ap. 54). Sin embargo, no puede obligarse al prestamista a dar “información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional” (ap. 52). Basta con que el prestamista suministre información “sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable”, como señala la STJUE de 3 de marzo de 2020 -asunto C-125/18- (ap. 53)

Este razonamiento no convence. En contra de lo que afirma el TJUE, el prestamista sí debe informar sobre los efectos económicos futuros de la nueva cláusula suelo. Y para ello no hace falta conocer cuál será la evolución en el futuro del tipo de interés. Es suficiente que el consumidor sepa que, aunque baje el tipo de interés al que está referenciado el préstamo (pe., euribor), a partir de una determinada cifra esa bajada no afectará a la cuantía de la cuota de amortización mensual, por existir un porcentaje mínimo de interés (la cláusula suelo) que el consumidor debe siempre abonar. Esta información puede obtenerla el consumidor a través de diversos mecanismos (el TJUE no aclara cuáles son). Pero no es cierto que el conocimiento de la evolución en el pasado del índice de referencia (pe., euribor) permita al consumidor conocer el efecto futuro de la cláusula suelo. El consumidor tendrá que conocer, además, que esa fluctuación en el pasado del índice de referencia no siempre provoca una minoración de la cuota de amortización, aunque el índice se reduzca.

2.- El conocimiento del tipo de interés (y la cuota mensual) que el prestatario va a abonar con la nueva cláusula suelo, y el tipo de interés (y la cuota mensual) que pagaría en el momento de firmar el acuerdo novatorio si se aplicase el contrato inicial pero sin cláusula suelo. El TJUE no se pronuncia sobre esta cuestión, ni en la STJUE de 9 de julio de 2020, ni en los dos autos posteriores.

3.- El conocimiento de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial. Sobre este punto,

el apartado 55 de la STJUE afirma lo siguiente: *“Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula «suelo», coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula «suelo» inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula «suelo», debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional -en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto- haya puesto a su disposición todos los datos necesarios”*.

Entiende el TJUE que el prestamista está obligado a facilitar “todos los datos necesarios” para que el consumidor pueda fácilmente calcular las cantidades indebidamente abonadas en ejecución de la cláusula suelo. Como la propia sentencia explica, esas cantidades son la diferencia entre el importe de todas las cuotas de amortización abonadas y las cuotas de amortización que deberían haberse abonado si no hubiera existido la cláusula suelo. La primera cifra (cantidades realmente abonadas) puede averiguarlas con facilidad un consumidor medio: bastará con sumar, una a una, todas las cuotas de amortización pagadas hasta la firma del acuerdo novatorio. A esta información puede acceder el consumidor sin dificultad. Sin embargo, un consumidor medio no puede conocer por sí mismo, por muy diligentemente que actúe, la segunda cifra (las cantidades que habría abonado mensualmente de no existir la cláusula suelo)<sup>34</sup>. Ese “dato necesario” está fuera de su alcance. Por eso debe facilitárselo el prestamista. Si no lo hace, incumple un deber informativo que le impone la STJUE de 9 de julio de 2020, de modo que no será transparente la nueva cláusula de intereses remuneratorios.

A la vista de estos argumentos, el TJUE responde a la pregunta 4 del Juzgado de Teruel del siguiente modo: *“de las anteriores consideraciones resulta que ha de responderse a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés”* (ap. 56 y fallo).

---

<sup>34</sup> Cámara Lapuente (2022: 9).

Por razones que no alcanzo a comprender, el fallo es incompleto. Reproduce la doctrina sentada en los apartados 52 a 54, según la cual el control de transparencia de la nueva cláusula suelo exige que el consumidor conozca, antes de celebrar el acuerdo novatorio, las consecuencias económicas que provoca la nueva cláusula suelo; en particular, la evolución pasada del índice utilizado para calcular el tipo de interés. Sin embargo, el fallo no contiene la importantísima regla contenida en el apartado 55. Se trata de una ausencia injustificable. A pesar de ello, que no esté incluida en el fallo no implica que el prestamista no deba cumplir las exigencias informativas impuestas en ese apartado.

Podría argüirse que la exigencia de que el consumidor conozca la cuantía de los intereses indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial tiene su sentido en el juicio de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de los derechos, pero no en el de la nueva cláusula novatoria del tipo de interés. Lo cierto, sin embargo, es que el Juzgado de Teruel pregunta si esa mención informativa es necesaria para la validez de la nueva cláusula de intereses remuneratorios, y la STJUE de 9 de julio de 2020 incluye este apartado 55 al hilo del estudio de la validez de esa cláusula<sup>35</sup>.

En cuanto al ATJUE de 3 de marzo de 2021, ya se ha indicado que su argumentario es idéntico al de la STJUE. Y en el fallo declara, en relación a la nueva cláusula de intereses remuneratorios y a la cláusula de renuncia, que *“la exigencia de transparencia... implica que, cuando se celebra un contrato de novación que, por una parte, tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior y, por otra parte, establece que el consumidor renuncia a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación”* (ap. 74 y punto 3 del fallo). Nada nuevo que no dijera ya la STJUE de 9 de julio de 2020.

Tampoco el ATJUE de 1 de junio de 2021 impone exigencias informativas adicionales en relación con la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Después de reproducir (en los ap. 46 a 53) parte de la STJUE de 9 de julio de 2020, declara que el consumidor tenía que ser consciente del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial y de las consecuencias que ello conllevaba (ap. 59); aunque el tribunal nacional debe valorar el grado de certidumbre que existía, en la fecha de celebración del acuerdo novatorio, en lo que atañe al carácter

---

<sup>35</sup> El apartado 55 está dentro de los apartados que se ocupan de la cuarta pregunta formulada por el Juzgado de Teruel.

abusivo de la cláusula suelo inicial (ap. 58). A la vista de estas consideraciones, el auto responde a la pregunta 2 del Juzgado de Orense que la exigencia de transparencia de la cláusula novatoria del tipo de interés exige que el prestamista “proporcione a ese consumidor la información pertinente que le permita comprender las consecuencias jurídicas que se derivan para él de esta circunstancia y, en particular, el hecho de que la cláusula inicial podía ser eventualmente abusiva” (ap. 60 y punto 2 del fallo).

El fallo es llamativo, porque no requiere que el consumidor conozca las consecuencias económicas de la nueva cláusula de intereses remuneratorios: únicamente exige que comprenda las consecuencias jurídicas que derivan para él de la cláusula novatoria, y, en particular, que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que tiene la aceptación de la cláusula novatoria de los intereses remuneratorios? Que desde la firma de la cláusula novatoria el consumidor tendrá que abonar la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo novatorio, de manera que, aunque se declare abusiva la cláusula suelo inicial, los intereses remuneratorios derivados de la nueva cláusula suelo son “válidos”, pues están amparados en el acuerdo novatorio. Esto supone que, con la cláusula novatoria, el consumidor “renuncia” a reclamar la devolución de los intereses remuneratorios derivados de la nueva cláusula suelo, porque esta cláusula suelo novada sí es válida. Pero esta validez depende de que el consumidor conozca esas “consecuencias jurídicas”, y el dato relevante a estos efectos es que conozca que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva y las consecuencias que ello conlleva.

De ello resulta que el conocimiento del carácter eventualmente abusivo de la cláusula suelo inicial cumple, según el TJUE, una doble función: sirve para juzgar si es posible modificar una cláusula suelo inicial potencialmente abusiva por una cláusula que impone unos intereses remuneratorios más reducidos, y sirve también para valorar si la nueva cláusula de intereses remuneratorios supera el control de transparencia material.

En conclusión, de la sentencia y los dos autos del TJUE resulta que el consumidor, antes de celebrar el acuerdo novatorio, debe conocer los siguientes datos acerca de la nueva cláusula sobre los intereses remuneratorio: (i) el contenido y los efectos económicos que la nueva cláusula va a tener durante toda la vida del préstamo; (ii) la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por la aplicación de la cláusula suelo inicial; y (iii) el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial.

#### **IV.2. El control de transparencia de la cláusula en la jurisprudencia del TS: modelos de argumentación empleados**

La STS 580/2020, de 5 de noviembre, se ocupa del control de transparencia material de la nueva cláusula de intereses remuneratorios en el Fundamento Jurídico 3, apartados 5 y 6. El apartado 5 reproduce literalmente los apartados 51 a 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020, y la contestación (fallo) a la pregunta 4 de la cuestión prejudicial de Teruel. Y el apartado 6 aplica la doctrina del TJUE a la estipulación del acuerdo novatorio que reduce el suelo inicialmente pactado.

Este apartado 6 tiene la siguiente redacción:

*“6. Al proyectar esta doctrina sobre la estipulación primera del contrato privado de 19 de marzo de 2014 que reduce el suelo inicialmente pactado del 3,25% al 2,25%, hemos de advertir, como ya lo hicimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril, que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia.*

*Las pautas interpretativas expuestas por la STJUE de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo, en la forma indicada por el propio TJUE.*

*Lógicamente, hemos de partir de las concretas circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, que generó un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia. De hecho, los propios prestatarios, en su escrito de oposición a la apelación manifiestan:*

*«Hasta que no se hicieron eco de la información que rodeó a la publicación de la Sentencia del TS en medios de comunicación, prensa escrita, boca a boca, etc. no se pararon a mirar, valorar y darse cuenta de que ellos también eran unos de tantos consumidores a los que el banco, sin previo aviso, había incluido una cláusula suelo en su hipoteca».*

*Los prestatarios también reconocieron que fueron ellos quienes acudieron a la oficina de la entidad bancaria a pedir que se les suprimiera la cláusula suelo, lo que inicialmente fue denegado por el director de la oficina, sin perjuicio de que al día siguiente les ofrecieran rebajarla al 2,25% en los términos del documento de privado de 19 de marzo de 2014, que aceptaron.*

*De este modo, cuando se modificó la cláusula suelo, los prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.*

*Por otra parte, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,25% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Así lo entendimos en la Sentencia 205/2018, de 11 de abril: «Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido».*

*Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,25%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.*

*Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el*

*conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,513%).*

*Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.*

*Por todo lo cual, hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia”.*

Este modelo de argumentación se repite en decenas de sentencias posteriores, aunque en muchas de ellas (por ejemplo, en la STS 581/2020, de 5 de noviembre) no constan los párrafos 4 y 5, precisamente porque en estos casos no está acreditado que los prestatarios hubieran afirmado que conocían que se había dictado la STS de 9 de mayo de 2013 y que por eso habían acudido a la oficina bancaria a solicitar que se eliminara la cláusula suelo de su préstamo.

El texto transcrito se refiere, por un lado, a la información que el consumidor debe conocer para que la cláusula sea transparente (párrafos 6 y 8); y por otra, a las razones que llevan a entender que el consumidor conoce esos datos (párrafos 3 a 5, 7, 9 y 10).

Este modelo de argumentación se modifica sensiblemente en la STS 241/2021, de 4 de mayo (ponente: Sarazá Jimena), y en otras muchas que le siguen. Y tiene su redacción más acabada en la STS 645/2021, de 28 de septiembre. El Fundamento Jurídico 4º (“decisión del tribunal: la novación de la cláusula suelo en una transacción”) se ocupa del control de la transparencia de esta cláusula en los párrafos 8 a 14. Su texto es el siguiente:

*“8.- Las pautas interpretativas expuestas por la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 y los posteriores autos, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo. El TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas de la reducción de la cláusula suelo hasta un 2,25%.*

*9.- Como hicimos en nuestras anteriores sentencias, para realizar este control de transparencia, hemos de partir de las circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia.*

*10.- Sin obviar que los prestatarios conocían cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en su préstamo en los meses anteriores, consta también que el documento contenía la información de la evolución del índice de referencia en los años anteriores, mediante la inserción de un gráfico, y la declaración de que “no se prevé su alza generalizada a corto plazo”.*

*11.- Además, la información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la*

*disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.*

*12.- Otro elemento relevante es la transcripción manuscrita realizada por ambos prestatarios, situada junto a su firma, en la que afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,25% (la existencia de un error manifiesto en una de las transcripciones es claramente intrascendente, al no negarse que el documento se suscribiera por los prestatarios en unidad de acto). Si bien, como afirma el TJUE, no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Así lo entendimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril: "Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido".*

*13.- De este modo, cuando se novó la cláusula, los prestatarios conocían la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, la incidencia que había tenido en su préstamo, y la incidencia que tendría la nueva cláusula suelo en su préstamo, cuyo interés nunca bajaría del 2,25%. Todas estas circunstancias, tomadas en consideración conjuntamente, se consideran adecuadas para que el consumidor pueda valorar qué trascendencia tiene el mantenimiento de un suelo del 2,25% en su préstamo hipotecario, por lo que hemos de concluir que la cláusula novatoria cumplía con las exigencias de transparencia.*

*14.- Por todo lo cual, hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia".*

Aquí son los apartados 10 y 13 los que enumeran las menciones informativas que el consumidor debe conocer, mientras que los apartados 9, 11 y 12 explican por qué está acreditado que el consumidor sabía esos datos.

El texto de la STS 645/2021, de 28 de septiembre, se reproduce literalmente en decenas de sentencias posteriores del mismo ponente<sup>36</sup>. Una redacción parecida tiene las sentencias en las que el ponente es el Sr. Sancho Gargallo<sup>37</sup>.

El modelo de argumentación que se ha expuesto lo sigue también el TS en supuestos en que el acuerdo novatorio no incluye una cláusula de renuncia al ejercicio de derechos. Al examinar la validez de la nueva cláusula de intereses remuneratorios, se reproduce la doctrina ya mencionada<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Así, últimamente, en las SSTS 286/2022, de 4 de abril; 443/2022, de 31 de mayo; 444/2022, de 31 de mayo; 445/2022, de 31 de mayo; 447/2022, de 31 de mayo; 450/2022, de 31 de mayo; 451/2022, de 31 de mayo; 452/2022, de 31 de mayo; 453/2022, de 31 de mayo; 454/2022, de 31 de mayo; 518/2022, de 4 de julio; 519/2022, de 4 de julio; 520/2022, de 4 de julio; 521/2022, de 4 de julio; 522/2022, de 4 de julio; 523/2022, de 4 de julio; 524/2022, de 4 de julio; 525/2022, de 4 de julio; 526/2022, de 4 de julio; 527/2022, de 4 de julio, entre otras.

<sup>37</sup> SSTS 288/2022, de 5 de abril; 289/2022, de 5 de abril; 290/2020, de 5 de abril; 291/2022, de 5 de abril; 292/2022, de 5 de abril; 441/2022, de 31 de mayo; 442/2022, de 31 de mayo; 458/2022, de 1 de junio; 459/2022, de 1 de junio; 460/2022, de 1 de junio; 461/2022, de 1 de junio; 462/2022, de 1 de junio; 539/2022, de 6 de julio; 540/2022, de 6 de julio; 541/2022, de 6 de julio; 542/2022, de 6 de julio; 543/2022, de 6 de julio; 546/2022, de 7 de julio; 547/2022, de 7 de julio; 548/2022, de 7 de julio; 549/2022, de 7 de julio; 550/2022, de 7 de julio; 587/2022, de 26 julio, entre otras.

<sup>38</sup> Así sucede, por ejemplo, en las SSTS 309/2021, de 12 de mayo; 489/2022, de 21 de junio; 514/2022, de 28 de junio; y 515/2022, de 28 de junio; 552/2022, de 8 de julio; 553/2022, de 8 de julio; y 554/2022, de 8 de julio.



Por último, en algunos acuerdos novatorios la nueva cláusula de intereses remuneratorios no contiene una cláusula suelo, sino que se pacta un interés fijo o uno variable sin suelo. En tal caso el TS viene sosteniendo que esta cláusula está sometida a control de transparencia material. Es lo que sucede en la STS 589/2020, de 11 de noviembre. En el acuerdo transaccional figura un tipo de interés fijo del 1,9 % durante cinco años, y a partir de ese momento se aplica el tipo de interés pactado en el préstamo inicial (euribor más 1,3 puntos), pero sin la cláusula suelo que regía hasta entonces (del 2 %). En relación con la transparencia de esta cláusula, señala la sentencia que *“la modificación que se pactó de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera modificación o rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la eliminación de la cláusula suelo; en consecuencia, no se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que proyectar las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia sobre tales cláusulas”* (FJ 6º, ap. 1, 3º). No se aplica el control de transparencia típico de la cláusula suelo, pero sí el control de transparencia ordinario de una cláusula relativa a los intereses remuneratorios. En el caso de autos, el acuerdo novatorio es transparente porque *“aparece redactado de forma clara y comprensible para un consumidor medio; consta la entrega de una oferta previa a la suscripción del documento; en la oferta se incluía un abanico de varias opciones diversas para que el consumidor pudiese elegir la que mejor se adecuaba a sus intereses; el contrato se formalizó previo ejercicio de la citada opción; finalmente, en la fecha del documento privado la cláusula suelo inicial ya se había aplicado en la liquidación de las cuotas de los dos años anteriores, manifestando sus características y efectos económicos”* (FJ 6º, ap. 1, 5º). La sentencia acierta cuando sostiene que el consumidor conoce el alcance económico de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Otras muchas sentencias resuelven casos similares<sup>39</sup>.

La solución de estas sentencias parece razonable: como no hay cláusula suelo en la nueva estipulación sobre los intereses remuneratorios, y como cualquier consumidor medio sabe lo que significa que el interés del préstamo es variable o fijo, basta con que en el acuerdo contractual se indique cuál es el interés fijo o el variable para que la cláusula se repunte transparente.

### **IV.3. Doctrina del TS sobre la información que el consumidor debe conocer para que la cláusula sea transparente**

#### ***IV.3.1. El conocimiento de los efectos económicos de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial***

---

<sup>39</sup> SSTs 208/2021, de 19 de abril; 309/2021, de 12 de mayo; 482/2022, de 14 de junio; 489/2022, de 21 de junio; 510/2022, de 28 de junio; 511/2022, de 28 de junio; 514/2022, de 28 de junio; 515/2022, de 28 de junio; 552/2022, de 8 de julio; 553/2022, de 8 de julio; y 552/2022, de 8 de julio, entre otras.

De los tres datos que, según la doctrina del TJUE, el consumidor debe conocer para que la cláusula novatoria de los intereses remuneratorios sea transparente, procede ocuparse aquí de dos de ellos: el contenido y alcance económico de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial.

Sobre la información que el consumidor debería saber para que la cláusula sea válida, la STS 580/2020, de 5 de noviembre, señala que *“cuando se modificó la cláusula suelo, los prestatarios sabían de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido”*. Y que, *“al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,25%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés”* (FJ 3º, ap. 6, párr. 6 y 8).

El TS menciona en estos párrafos dos de las circunstancias que el consumidor debe saber: los efectos económicos de la nueva cláusula suelo y que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula por falta de transparencia.

Por su parte, la STS 645/2021, de 28 de septiembre, y otras muchas que le siguen, expresa con más claridad las menciones informativas necesarias para que la cláusula se considere transparente: *“cuando se novó la cláusula, los prestatarios conocían la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia, la incidencia que había tenido en su préstamo, y la incidencia que tendría la nueva cláusula suelo en su préstamo, cuyo interés nunca bajaría del 2,25%. Todas estas circunstancias, tomadas en consideración conjuntamente, se consideran adecuadas para que el consumidor pueda valorar qué trascendencia tiene el mantenimiento de un suelo del 2,25% en su préstamo hipotecario, por lo que hemos de concluir que la cláusula novatoria cumplía con las exigencias de transparencia”* (FJ 4º, ap. 13).

De esta sentencia resulta que el consumidor debe conocer los efectos económicos de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo novatorio, que la cláusula suelo del préstamo inicial es potencialmente nula por falta de transparencia y la incidencia que había tenido esa cláusula suelo en el préstamo.

En conclusión, el TS admite que el consumidor tiene que conocer los dos mismos datos exigidos por el TJUE: los efectos económicos de la nueva cláusula de intereses remuneratorios y que la cláusula suelo inicial puede ser declarada abusiva y nula por falta de transparencia.

#### ***IV.3.2. El conocimiento de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial***

El TJUE requiere un tercer requisito para que la cláusula sea transparente: que el consumidor conozca, antes de celebrar el acuerdo novatorio, la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por la aplicación de la cláusula suelo inicial. Del apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020 resulta con claridad que ese es un dato que el consumidor debe conocer para que la cláusula novatoria de los intereses sea transparente y, en consecuencia, válida.

Sin embargo, ninguna sentencia del TS hace depender la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios del hecho de que el consumidor conozca la cuantía de los intereses indebidamente abonados.

Es cierto que este apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020 no ha pasado desapercibido para el TS. En un primer momento, las SSTS 580/2020 y 581/2020, de 5 de noviembre, y algunas otras de esa primera etapa<sup>40</sup>, reproducen este apartado al hilo del análisis de la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Pero no extraen de él ninguna consecuencia, ni exigen que el consumidor debe conocer cierta información para la validez de esta cláusula.

Como más adelante se expondrá (v. §.V.3), el prestamista debe cumplir lo dispuesto en este apartado 55 si desea que la cláusula de renuncia sea transparente. Pero no lo exige para la validez de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Es obvio que esta tesis del TS no puede fundarse en la doctrina del TJUE. Al contrario, la ubicación del apartado 55 en la parte de la STJUE que analiza la transparencia de la nueva cláusula suelo incluida en el acuerdo novatorio permite concluir, lógicamente, que el suministro de la información que exige este apartado afecta a la validez de la cláusula novatoria de los intereses. El alto tribunal tendría que haber explicado por qué la exigencia informativa del apartado 55 no afecta en modo alguno a la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Si hay argumentos en favor de esta tesis, tenían que haber sido expuestos.

Como en ninguno de los cientos de sentencias dictadas por el TS sobre la materia está acreditado que el prestamista haya facilitado al consumidor los datos que le permiten calcular la cuantía de los intereses indebidamente aplicados (que es lo que realmente exige el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020), la nueva cláusula de intereses remuneratorios no supera el control de transparencia, y es por ello nula.

#### **IV.4. La prueba de que el consumidor conocía esa información**

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, SSTS 676/2020, de 15 de diciembre; 692/2020, de 28 de diciembre; 32/2021, de 26 de enero; 33/2021, de 26 de enero; 34/2021, de 26 de enero; 86/2021, de 17 de febrero; 216/2021, de 20 de abril; 242/2021, de 4 de mayo;

Ya se ha indicado que el consumidor no conocía (ni podía conocer incluso actuando con diligencia) los datos necesarios para calcular la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados. Y en cuanto al conocimiento del carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial, me remito a lo expuesto en el §.III.4.

Queda por examinar el tercer dato que el consumidor debía conocer para que la cláusula sea transparente: los efectos económicos de la nueva cláusula suelo. Según la STS 580/2020, de 5 de noviembre, *“este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,513%). Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España”* (FJ 3º, ap. 6, párr. 9 y 10). Por todo ello, *“hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia”* (párr. 11). Estos argumentos se utilizan en decenas de sentencias posteriores.

Sostiene el TS que, antes de celebrar el acuerdo novatorio, el consumidor conocía la evolución pasada del índice de referencia (pe., euribor) al que va vinculado el tipo de interés del préstamo hipotecario, por dos razones: por la incidencia que la variación del índice de referencia había tenido en la fijación de las cuotas de amortización por él abonadas, y porque la información sobre la evolución del índice de referencia se publica periódicamente por el Banco de España.

Ninguna de estas razones es concluyente. En cuanto a la primera, lo relevante no es que el consumidor conozca cómo la evolución pasada del euribor ha afectado a la cuantía de las cuotas; porque no es esa evolución la que influye en la cuantía, sino el hecho de que, por debajo de un concreto tipo de interés (el fijado como suelo), la bajada del euribor no provoca una reducción de la cuota. Eso es exactamente lo que el consumidor debe saber. En realidad, este dato el consumidor lo conoce si se admite (como lo hace el TS) que el consumidor es consciente de que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula y *“la incidencia que había tenido”*. En definitiva, el consumidor conoce las consecuencias económicas de la nueva cláusula de intereses remuneratorios, no porque conozca la evolución pasada del euribor, sino porque sabe (si es que lo sabe) que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula; y lo es porque no se le informó, antes de concertar el préstamo, de que no se beneficiaría de todas las posibles bajadas del

euribor por existir una cláusula suelo. En relación con el segundo argumento, el hecho de que el euribor (u otro índice de referencia) sea objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España nada tiene que ver con que el consumidor conozca o pueda conocer cómo funciona y qué efectos económicos tiene una cláusula suelo.

Una última cuestión. La STS 580/2020, de 5 de noviembre, señala que la redacción a mano por el consumidor de una cláusula en el acuerdo novatorio en la que declara conocer que existe una cláusula suelo (“soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25%”) no supone que la cláusula sea negociada<sup>41</sup>. Pero *“sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Así lo entendimos en la Sentencia 205/2018, de 11 de abril: «Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido»*” (FJ 3º, ap. 6, párr. 7). Es cierto que escribir este texto no garantiza en todo caso que el consumidor conozca el significado de la cláusula suelo. Pero es un elemento más que hay que analizar para constatar que el consumidor sabía cómo funcionaba la nueva cláusula suelo. En cualquier caso, aunque el consumidor conozca los efectos económicos que produce la nueva cláusula suelo, esta no puede reputarse transparente, porque no está acreditado que el consumidor conozca los otros dos datos necesarios para ello (que el consumidor conocía la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados y el posible carácter abusivo de la cláusula suelo inicial).

## **V. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE RENUNCIA AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INCLUIDA EN EL ACUERDO NOVATORIO**

### **V.1. Las preguntas formuladas en las cuestiones prejudiciales y la respuesta del TJUE**

Procede analizar ahora si la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos incluida en el acuerdo novatorio supera el control de transparencia material.

La STS 205/2018, de 11 de abril, establece que esta cláusula es transparente, y en consecuencia, válida. En realidad, esta sentencia analiza de manera conjunta la transparencia del acuerdo novatorio, señalando que el control de transparencia requiere que el consumidor, antes de celebrar el acuerdo, conozca las consecuencias económicas y jurídicas del mismo. La sentencia enumera cuáles han de ser esas menciones informativas (v. epígrafe II.1). En realidad, de estas menciones únicamente algunas se

---

<sup>41</sup> La cláusula puede ser predispuesta e impresa aunque haya sido escrita a mano por el consumidor, cuando este se limita a “transcribir” el texto que le pone delante el prestamista. Así lo declara la STJUE de 9 de julio de 2020 (ap. 31 a 39), al resolver la pregunta 2 de la cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel (Marín López, 2021: 46 y 47).

aplican a la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos. En concreto, para que la cláusula sea transparente el consumidor debe conocer que el préstamo inicial tiene una cláusula suelo que limita a la baja el tipo de interés aplicable, y que “*no se discutiría [en el futuro] la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario*”, esto es, que el consumidor no podrá solicitar en el futuro la nulidad de la cláusula suelo del contrato original de préstamo hipotecario.

La STS 205/2018, de 11 de abril, tiene un voto particular, que defiende la nulidad del acuerdo novatorio por falta de transparencia material. Sostiene que la cláusula de renuncia no informa al consumidor de las consecuencias económicas y jurídicas que lleva consigo la renuncia, razón por la cual no supera el filtro de la transparencia<sup>42</sup>.

Creo que el voto particular se aproxima al problema de forma correcta. De hecho, no hace otra cosa que aplicar la doctrina consolidada del TJUE, según la cual el control de transparencia material requiere que el consumidor conozca, antes de contratar, las consecuencias económicas y jurídicas que la cláusula va a provocar durante toda la vida del contrato.

Dado el contenido de la STS de 11 de abril de 2018, y sobre todo, del voto particular, no es extraño que los tribunales españoles se hayan planteado si la solución ofrecida por el TS es conforme a la Directiva 93/13/CE.

La cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel pregunta sobre el control de transparencia de la cláusula de renuncia (pregunta 3) y sobre la posible abusividad de la cláusula de renuncia no transparente (pregunta 5). En relación con la primera de ellas (pregunta 3)<sup>43</sup>, el Juzgado sostiene que, para que la cláusula de renuncia sea válida, el consumidor debía haber sido informado por el prestamista de “a qué renuncia y a cuánto dinero renuncia”. Esto es, debía conocer las consecuencias jurídicas de la renuncia (a qué concretos derechos renuncia) y las consecuencias económicas (a qué concreta cantidad económica renuncia, lo que remite a la cuantía exacta de los intereses indebidamente cobrados al consumidor y que éste renuncia a reclamar). También requiere el Juzgado que el prestamista informe al consumidor “de que estaban ante una cláusula nula”; es decir, de que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula. En realidad, no se trata de una mención informativa nueva, porque va implícita en aquella que se refiere a “a qué

---

<sup>42</sup> Establece que “*la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor*” (FJ 2º, ap. 4).

<sup>43</sup> La pregunta es la siguiente: “*Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de novación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las «cláusulas suelo». De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y a cuánto dinero renuncia*”.

renuncia”; pues únicamente puede renunciar a solicitar la nulidad de la cláusula suelo inicial si conoce que esa cláusula suelo es potencialmente nula por falta de transparencia. El Juzgado de Teruel pregunta si, como él sostiene, el prestamista debe suministrar al consumidor estas menciones informativas para que supere el control de transparencia material la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos.

El TJUE resuelve esta pregunta en la STJUE de 9 de julio de 2020, concretamente en los apartados 57 a 77<sup>44</sup>.

El razonamiento del TJUE es el siguiente. Señala que, aunque es el juez nacional el que debe decidir si el prestamista ha facilitado la información necesaria para que la cláusula se repute transparente, el TJUE puede establecer los criterios que el juez debe seguir para valorar esa transparencia (ap. 61 y 62). A continuación, el TJUE recoge tres ideas importantes sobre la cláusula de renuncia. Primera: el consumidor que renuncia en un contrato a la posibilidad de obtener la declaración judicial de nulidad de una cláusula debe prestar siempre un consentimiento libre e informado (ap. 66). Segunda: hay que distinguir entre la renuncia previa a ejercitar una acción (que es siempre nula) y la renuncia a ejercitar un derecho que ya existe incluida en un acuerdo transaccional (ap. 67). Tercera: la renuncia mutua al ejercicio de acciones puede constituir el objeto principal de un acuerdo, estando sometida por ello a control de transparencia material (ap. 68).

En relación con la concreta información que debe facilitar el prestamista para que la cláusula sea transparente, la sentencia señala que ha de tratarse de información que el profesional podía conocer en el momento de celebrar el contrato (ap. 70). En el caso que se analiza, el acuerdo novatorio se celebró el 4 de marzo de 2014. En esta época ya se había dictado la STS de 9 de mayo de 2013, que había declarado por primera vez no transparente y abusiva la cláusula suelo en un procedimiento judicial iniciado por una asociación de consumidores. Sin embargo, esta misma sentencia del TS resolvió que la nulidad de la cláusula suelo no tenía efectos retroactivos, de manera que el prestamista no estaba obligado a restituir los intereses indebidamente cobrados hasta mayo de 2013. Esta doctrina que fue considerada contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ap. 71), que exige la restitución de todos los intereses indebidamente abonados desde la primera cuota de amortización del préstamo. Por las razones expuestas, cuando se celebra el acuerdo novatorio en marzo de 2014, el prestamista ya sabía que la cláusula suelo inicial podía ser declarada abusiva por no cumplir las reglas de la transparencia material; pero no sabía que esa declaración de

---

<sup>44</sup> Analiza de forma conjunta las preguntas 3 y 5 del Juzgado de Teruel.

abusividad implicaba la devolución de todos los intereses indebidamente abonados por el consumidor hasta ese momento, pues esa restitución íntegra no se impone hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ap. 72 y 73).

Tras esta disquisición, la sentencia señala que corresponde al juez nacional averiguar el nivel de certidumbre que existía en 2014 sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo inicial, para, en función de eso, determinar qué concreta información debía suministrar el banco al consumidor y averiguar si el consumidor estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia (ap. 74)<sup>45</sup>.

Y partiendo de este apartado 74, la STJUE responde a la pregunta 3 del Juzgado de Teruel del siguiente modo (apartado 77, primer guion, reproducido en punto 4, primer guion del fallo): *“ha de responderse a las cuestiones prejudiciales tercera y quinta que el artículo 3, apartado 1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que... la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula”*.

La respuesta del TJUE es decepcionante, porque no contesta a la pregunta formulada por el Juzgado de Teruel. En lugar de designar qué concreta información debe facilitar el prestamista al consumidor para que la cláusula de renuncia sea transparente, especificando si ha de informar de a qué derechos y a qué cantidades concretas renuncia, la sentencia señala que las menciones informativas que el prestamista ha de suministrar dependerán de lo que el prestamista podía saber en el momento de celebración del acuerdo novatorio. Y únicamente establece que el consumidor debía tener los datos que le permitían comprender las consecuencias jurídicas que se derivan de la cláusula de renuncia, pero sin aclarar cuáles son esos datos y qué concretas consecuencias jurídicas debía conocer el consumidor.

---

<sup>45</sup> *“En estas circunstancias, corresponde al juzgado remitente apreciar, en primer término, el nivel de certidumbre que existía en el momento de la celebración del contrato de novación de referencia al carácter abusivo de la cláusula «suelo» inicial para así determinar el alcance de la información que Ibercaja Banco debía proporcionar a XZ en virtud de la exigencia de transparencia que le incumbía cuando presentó la cláusula de renuncia a ejercitar acciones judiciales y, en segundo término, si XZ estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para ella de tal cláusula”* (ap. 74).



A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la STJUE de 9 de julio de 2020 responde a las preguntas del Juzgado de Teruel del siguiente modo. En primer lugar, se pregunta si el prestamista debe informar a qué renuncia el consumidor con la cláusula de renuncia. El TJUE sanciona que debe informar de las “consecuencias jurídicas” que se derivan de la cláusula de renuncia (ap. 74 y 77). Es una respuesta insuficiente, pues no aclara cuáles son esas consecuencias jurídicas. En segundo lugar, se pregunta si el prestamista debe informar de a qué cantidad de dinero renuncia el consumidor. La STJUE no se ocupa de ello en este lugar<sup>46</sup>, pero sí lo hace en el apartado 55, como requisito para la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. En tercer y último lugar, se pregunta si el prestamista debe informar de que la cláusula suelo inicial es potencialmente nula. La STJUE sí exige esta mención informativa, pero no para que la cláusula de renuncia supere el control de transparencia material, sino para que se entienda que el consumidor ha prestado un consentimiento libre e informado a la admisión de que la cláusula suelo inicial no se repute abusiva. para admitir que no se considera abusiva (ap. 29 y 66).

Por otra parte, la AP de Zaragoza también se plantea la posible nulidad de la cláusula de renuncia. Lo hacen las preguntas 8 y 9 de la cuestión prejudicial. En concreto, pregunta si el consumidor puede renunciar a las acciones que nacen de una cláusula previsiblemente nulo por abusiva, y si eso puede ser contrario al principio de no vinculación del art. 6 de la Directiva 93/13/CE y a su Anexo, punto 1-q); y para el caso de que esa renuncia sea posible, si la información precontractual que ha de suministrar el prestamista ha de ser igual o superior a la requerida en el momento de celebración del contrato. Como puede apreciarse, las preguntas planteadas son bastante incompletas y desafortunadas.

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial de Zaragoza mediante el ATJUE de 3 de marzo de 2021. La validez de la cláusula de renuncia se analiza en los apartados 66 a 74, que son copia literal de los apartados 63 y ss. de la STJUE de 9 de julio de 2020. En particular, el apartado 72 del auto tiene la misma redacción que el apartado 74 de la sentencia.

El auto resuelve las preguntas planteadas con la siguiente respuesta (ap. 74 y punto 3 del fallo): *“la exigencia de transparencia... implica que, cuando se celebra un contrato de novación que, por una parte, tiene por objeto modificar una cláusula potencialmente*

---

<sup>46</sup> El apartado 69 establece que, según el órgano judicial remitente, el consumidor no tenía información “de las cantidades a cuyo reembolso hubiera tenido derecho por tratarse de sumas indebidamente satisfechas en virtud de la cláusula”. Pero el TJUE no exige que esa mención informativa sea necesaria para que la cláusula de renuncia se repute transparente.

*abusiva de un contrato anterior y, por otra parte, establece que el consumidor renuncia a ejercer cualquier acción judicial contra el profesional, deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación”.*

El fallo exige que el consumidor conozca las consecuencias económicas y jurídicas de las dos cláusulas que se incluyen en el acuerdo novatorio (la de intereses remuneratorios y la de renuncia al ejercicio de derechos). Podría parecer que ello supone una modificación de la doctrina sentada en la STJUE de 9 de julio de 2020, que únicamente alude a las consecuencias jurídicas. Pero en verdad no hay cambio alguno, porque el fallo recoge lo que el auto (y antes la sentencia) ya exigían: que el consumidor conozca las consecuencias económicas de la nueva cláusula de intereses remuneratorios (ap. 51 de la STJUE y 61 del ATJUE) y las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia (ap. 74 de la STJUE y 72 del ATJUE).

En consecuencia, en relación con la transparencia de la cláusula de renuncia, el ATJUE de 3 de marzo de 2021 no añade nada a lo ya establecido en la STJUE de 9 de julio de 2022.

Por último, ya se ha indicado que el ATJUE de 1 de junio de 2021, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Orense, no contiene pregunta alguna sobre la validez de la cláusula de renuncia.

## **V.2. Primera fase en la jurisprudencia del TS: la renuncia genérica es nula y la renuncia específica es válida. Las SSTS 580/2020, de 5 de noviembre, y 589/2020, de 11 de noviembre**

En la jurisprudencia del TS pueden apreciarse varias fases en lo que concierne al tratamiento de la validez de la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos.

En un primer momento distingue en función de que la cláusula de renuncia incluida en el acuerdo novatorio sea genérica o específica. En el primer caso la cláusula es nula, y en el segundo válida. Un ejemplo de renuncia genérica es el que se contiene en el acuerdo utilizado por la entidad Ibercaja, en el asunto que da lugar a la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Teruel. La cláusula establece lo siguiente: *“TERCERO. Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen”.*

La STS 580/2020, de 5 de noviembre, conoce precisamente de un acuerdo novatorio de Ibercaja que contiene la cláusula transcrita. La sentencia dedica a la validez

de la cláusula de renuncia únicamente tres párrafos, en el FJ 3º, ap. 7<sup>47</sup>. Los dos primeros párrafos exponen la doctrina de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre la cláusula de renuncia. Destaca la idea de que la transparencia se hace depender de que el consumidor conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de la cláusula. Sin embargo, no se requiere (porque expresamente tampoco lo exige el TJUE) que conozca sus consecuencias económicas.

Es el tercer párrafo el que recoge la doctrina del TS. Si la cláusula una renuncia es específica (y lo es cuando la renuncia se limita a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo inicial y a los pagos realizados por el consumidor hasta la fecha), la cláusula hay que someterla a control de transparencia. Pero si la renuncia es genérica (lo que sucede cuando se renuncia a cualquier acción que trae causa del contrato de préstamo), “no puede reconocerse su validez”. La cláusula de renuncia es nula, y “por ello ha de ser removida del contrato transaccional” (FJ 3º, ap. 8), subsistiendo el resto del acuerdo.

El TS no explica las razones por las que la cláusula de renuncia genérica es nula. Pero apunta la idea de que ni siquiera hay que someterla a control de transparencia. En efecto, al afirmar que si la renuncia fuera específica habría que aplicar el filtro de la transparencia material, parece concluir *a sensu contrario* que el control de transparencia no opera en la renuncia genérica.

---

<sup>47</sup> “En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, la STJUE de 9 de julio de 2020 admite su validez siempre que no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada. En caso de no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula.

En este sentido, la sentencia concluye: primero, que «la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como “abusiva” cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; y segundo, que la «renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor».

Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 19 de marzo de 2014, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tomada en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez”.

Esta aproximación es correcta, porque en verdad lo que sucede es que la cláusula de renuncia genérica no supera el control de incorporación. Por esa razón es nula y, por tanto, ni siquiera hay que someterla a control de transparencia.

El control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Una cláusula supera el control de incorporación cuando es accesible y comprensible [arts. 5.1, 5.5 y 7 LCGC y 80.1.a) y b) TRLGDCU]<sup>48</sup>. Es este segundo requisito el que ahora nos interesa. La comprensibilidad exige que la cláusula sea materialmente perceptible (por el tipo de letra, su tamaño o el contraste con el fondo), y que sea comprensible semántica y gramaticalmente, es decir, que tenga una comprensibilidad “formal”, lo que excluye las cláusulas excesivamente largas y complejas, sin una separación adecuada de cada una de sus unidades de sentido, y las que utilizan jergas o tecnicismos innecesarios que impiden la comprensión formal de un consumidor medio.

Pero la comprensibilidad requiere, además, que la cláusula cumpla los requisitos de “concreción, claridad y sencillez” en su redacción [arts. 80.1.a) TRLGDCU y 5.5 LCGC]. La concreción conlleva que las cláusulas que atribuyen derechos al empresario o imponen obligaciones al consumidor han de tener sus contornos bien definidos. Una cláusula es inconcreta cuando delimita su supuesto de hecho con una formulación genérica, de tal manera que engloba una pluralidad de hipótesis, o cuando la redacción de la cláusula es tan ambigua que no especifica con precisión cuál es el supuesto de hecho<sup>49</sup>.

Esto es precisamente lo que ocurre con la cláusula de renuncia utilizada por la entidad Ibercaja. La redacción es equívoca, porque establece que la renuncia es mutua, dando a entender que el prestamista también renuncia a algo, lo que no es cierto<sup>50</sup>. Y además es imprecisa e inconcreta, porque no especifica cuáles son esas acciones que el consumidor renuncia a ejercitar. Se limita a señalar que son aquellas que traen causa del contrato de préstamo; pero esta es una delimitación genérica e inconcreta, y por ello no supera el control de incorporación<sup>51</sup>.

En conclusión, la cláusula de renuncia genérica es nula por no superar el control de incorporación.

---

<sup>48</sup> Como afirma la STS 517/2022, de 1 de julio, se requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal.

<sup>49</sup> Marín López (2019: 93).

<sup>50</sup> López Mas (2019: 718) y Martínez Escribano (2019: 394).

<sup>51</sup> Repárese que esta falta de delimitación del supuesto de hecho de la cláusula de renuncia se aprecia también en los modelos utilizados por otras entidades de crédito.

La argumentación utilizada por la STS 580/2020, de 5 de noviembre (los tres párrafos transcritos de su FJ 3º, ap. 7), se ha repetido literalmente en multitud de sentencias posteriores, incluso en sentencias muy recientes del año 2022<sup>52</sup>. En la inmensa mayoría de los casos la entidad prestamista es Ibercaja.

Se ha señalado que para evitar la nulidad de la renuncia genérica bastaba con aplicar el art. 1815 CC, consiguiendo así que la renuncia afecte únicamente a las acciones de nulidad de la cláusula suelo y de restitución de intereses indebidamente abonados<sup>53</sup>. Pero antes de aplicar la normativa propia del Código Civil hay que comprobar que la cláusula de renuncia respeta la Directiva 93/13/CE; y precisamente eso no sucede con la renuncia genérica, por las razones expuestas.

En esta primera fase de la jurisprudencia del TS se inserta la STS 589/2020, de 11 de noviembre, que declara válida la cláusula de renuncia del acuerdo novatorio por tratarse de una renuncia específica. La renuncia se contiene en la cláusula 2ª del acuerdo novatorio celebrado con la Caja Rural de Navarra<sup>54</sup>. La sentencia, después de exponer en detalle la doctrina del TJUE sobre la cláusula de renuncia, establece que *“la renuncia contenida en el documento cuestionado reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato del préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas a la transaccionada”* (FJ 6º, ap. 1, 7º).

La sentencia es interesante por varias razones. Por una parte, porque al sostener que la renuncia cumple las condiciones de “concreción, claridad y sencillez”, está afirmando que la cláusula supera el control de incorporación; lo que *a sensu contrario* permite concluir que si no cumple estas condiciones no supera este control de inclusión. Por otra parte, porque deduce la validez del hecho de que la cláusula es específica y no genérica. Pero la sentencia no explica por qué la cláusula específica ha de reputarse válida. En particular, no aclara si la cláusula supera el control de transparencia material, y concretamente, si lo supera porque el consumidor conoce las consecuencias jurídicas de la renuncia<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Por citar las últimas, SSTS 547/2022, de 7 de julio; 548/2022, de 7 de julio; 549/2022, de 7 de julio; 550/2022, de 7 de julio; STS 587/2022, de 26 de julio.

<sup>53</sup> Carrasco Perera (2020.b: 9).

<sup>54</sup> Tiene el siguiente texto: *“Con la firma del Acuerdo, ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula, así como a entablar reclamaciones extrajudiciales o acciones judiciales con dicho objeto, tanto en acciones individuales como en las derivadas de cualquier acción de carácter general o difuso”*.

<sup>55</sup> Como señala la sentencia, en el caso de autos resulta innecesario detenerse más en el examen de la cláusula de renuncia, porque la sentencia de apelación declara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo

En cualquier caso, el razonamiento de la STS 589/2020, de 11 de noviembre, no es acertado. Pues la validez de la cláusula depende de que sea transparente, esto es, de que el consumidor conozca las consecuencias jurídicas y económicas de la renuncia. Y la sentencia guarda silencio sobre este extremo. Además, la cláusula no es transparente, porque no está acreditado que el consumidor conociera las consecuencias económicas de la renuncia.

### **V.3. Segunda fase: la cláusula de renuncia es transparente cuando el consumidor conoce las consecuencias económicas y jurídicas de la renuncia**

Con la STS 675/2020, de 15 de diciembre, comienza una nueva doctrina en el TS, según la cual la cláusula de renuncia es transparente si el consumidor, antes de celebrar el acuerdo novatorio, conoce las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula.

La sentencia citada, aunque configura el control de transparencia del modo expuesto, lo aplica de forma errónea al caso de autos, considerando transparente y válida una cláusula de renuncia que, en verdad, no lo es. Sin embargo, poco tiempo después las SSTS 63/2021, de 9 de febrero, y 208/2021, de 19 de abril, diseñan y aplican el control de transparencia de manera adecuada, y llegan a la conclusión de que la cláusula de renuncia no es transparente, porque el consumidor no sabía, antes de concertar el acuerdo novatorio, la cuantía de los intereses remuneratorios a los que renunciaba.

Conviene advertir que las sentencias que entran a analizar la transparencia de la cláusula de renuncia se refieren, todas ellas, a cláusulas de renuncia específica. Si la renuncia es genérica el TS no se ve en la necesidad de acudir a esta vía: le basta con afirmar que la renuncia es inválida, siguiendo el modelo de la STS 580/2020, de 5 de noviembre. En cualquier caso, en los supuestos de renuncia genérica, aunque se entendiera que la cláusula supera el control de incorporación, no podría reputarse transparente, por las mismas razones que tampoco es transparente la renuncia específica.

#### ***V.3.1. La aplicación incorrecta de esta doctrina: STS 675/2020, de 15 de diciembre***

La STS 675/2020, de 15 de diciembre (ponente: Sancho Gargallo), es la primera sentencia que aplica el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020; y la primera y única sentencia del alto tribunal que considera a la cláusula de renuncia específica transparente, al entender que el consumidor había recibido la información necesaria para calcular la cuantía de los intereses remuneratorios a los que renuncia.

El caso es el siguiente. En el préstamo celebrado con la Caja Rural de Aragón se pacta un euribor más 1,40, con una cláusula suelo del 2,75 %. En el acuerdo novatorio, que se firma el 31 de julio de 2013, figura una nueva cláusula suelo del 1,75 %, y una

---

inicial y ese pronunciamiento no ha sido impugnado en casación por el prestamista; por eso no cabe admitir una renuncia a pedir la nulidad de una cláusula suelo que ya ha sido judicialmente declarada nula.

cláusula de renuncia específica al ejercicio de derechos<sup>56</sup>. En el acuerdo se indica también que los prestatarios “han sido perfectamente informados, con carácter previo a la firma de este documento, de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias, y en especial, que las oscilaciones a la baja del índice de referencia más el diferencial pactado por debajo del mínimo ahora acordado no repercutirán en una disminución de la cuota a pagar, siendo en todo caso la cuota mínima a pagar de 621.23 euros. En la actualidad el Euribor de referencia se encuentra en el 0,507% que más el diferencial del 1.40 pactado en su préstamo supondría, en caso de no existir el suelo, un interés del 1,907%”.

El TS argumenta del siguiente modo. Declara que, a diferencia de los casos resueltos en las SSTS 580/2020 y 581/2020, en los que la renuncia era genérica, aquí se trata de una renuncia específica, cuya validez depende de que se supere el control de transparencia. Se refiere por separado a las consecuencias jurídicas de la renuncia y a las consecuencias económicas.

En relación con las primeras, establece que *“las consecuencias jurídicas derivadas de la cláusula de renuncia de acciones sobre la cláusula suelo son que, a cambio de la seguridad de que en adelante el límite inferior a la variabilidad del interés sería del 1,75%, no podría reclamar las diferencias existentes entre lo que hubiera podido cobrar el banco por la aplicación de la original cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 (de acuerdo con la jurisprudencia entonces en vigor, que se refleja además en el propio suplico de la demanda) hasta la fecha de la transacción, el 31 de julio de 2013”* (FJ 2º, ap. 7, párr. 8).

El consumidor debe conocer las consecuencias jurídicas de la renuncia. Y la sentencia parece dar a entender que el consumidor sí las conoce. Creo que esta solución no es correcta. A mi juicio, el consumidor tiene que conocer a qué derechos renuncia; en concreto, que renuncia a reclamar la nulidad de la cláusula suelo inicial y la restitución de los intereses indebidamente abonados por aplicación de esa cláusula suelo. No parece que en el caso de autos el consumidor tenga esa información. En el acuerdo novatorio se establece que el prestatario renuncia *“a toda acción reclamatoria sobre la cláusula suelo”*, pero no menciona los dos concretos derechos a los que renuncia. Del texto transcrito resulta difícil deducir que el consumidor sabía que renunciaba a reclamar los intereses indebidamente abonados desde el 9 de mayo al 31 de julio de 2013, como sostiene la sentencia.

En cuanto a las consecuencias económicas de la renuncia, la sentencia reproduce el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020, y acto seguido dispone que *“en este*

---

<sup>56</sup> “La parte prestataria renuncia expresamente a toda acción declamatoria sobre la cláusula suelo, ya sea administrativa, judicial o de cualquier otra índole”.

*caso, los datos necesarios les fueron aportados, porque en la cláusula tercera, de forma muy clara, se les explicaba cuál sería el interés que estarían pagando en ese momento si no se aplicara la cláusula suelo, a esa fecha (31 de julio de 2013), que sería del 1,907%. Con esta información, los consumidores podían, como afirma el Tribunal de Justicia, calcular fácilmente esas cantidades, teniendo en cuenta que, dada la proximidad de la fecha de referencia (el 9 de mayo de 2013, en atención a que el TS había declarado que las cantidades a devolver lo serían desde esa fecha), bastaría calcular la diferencia entre el interés aplicado desde entonces hasta el 31 de julio de 2013 (apenas tres meses), interés que era el suelo incluido en la originaria escritura (2,75%), y el que habría que aplicar si no existiera el suelo (1,907%)” (FJ 2º, ap. 7, párr. 11).*

La sentencia concluye que la cláusula de renuncia es válida, porque se respeta el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020. Entiende que el consumidor ha recibido la información necesaria para calcular fácilmente las cantidades a las que renuncia, teniendo en cuenta el poco tiempo transcurrido desde el 9 de mayo de 2013 al 31 de julio de 2013 (fecha del acuerdo novatorio). Esa información consta en el acuerdo novatorio, que indica que los intereses remuneratorios cobrados conforme al contrato inicial son del 2,75 % (la cláusula suelo), y que si no existiera esa cláusula suelo el consumidor debería haber abonado un tipo de interés del 1,907 % (0,507 € de euribor más 1,4 de diferencial).

Este razonamiento no convence<sup>57</sup>. La información facilitada en el acuerdo novatorio no cumple las exigencias del apartado 55, porque con esos datos un consumidor medio no puede calcular los intereses remuneratorios que hubiera debido abonar durante esos casi tres meses si no se hubiera aplicado la cláusula suelo inicial. El hecho de que la cuantía de los intereses se refiere a un período breve (no llega a los tres meses) no facilita este cálculo<sup>58</sup>.

En definitiva, la STS 675/2020, de 15 de diciembre, exige que el consumidor pueda conocer la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados a los que renuncia, como requiere el TJUE (ap. 55 STJUE de 9 de julio de 2020). Pero en el caso resuelto sostiene que el consumidor conocía ese dato, cuando en realidad no podía conocerlo.

Es llamativo cómo, hasta esta sentencia, el TS había mencionado el citado apartado 55 para referirse a la transparencia de la nueva cláusula de intereses remuneratorios incluida en el acuerdo novatorio, es particular en casos en los que la renuncia es genérica. Sin embargo, ahora acude a este apartado 55 para juzgar la transparencia de la cláusula de renuncia, y no la de intereses remuneratorios. Repárese,

---

<sup>57</sup> Cámara Lapuente (2020: 8).

<sup>58</sup> Gutiérrez y Vacas (2021: 108).



además, que la aplicación del apartado 55 a la cláusula de renuncia no viene impuesto por el TJUE. Es cierto que el Juzgado de Teruel pregunta expresamente si para que la cláusula de renuncia sea transparente el consumidor debe conocer la cuantía de los intereses remuneratorios a los que renuncia. Pero la STJUE de 9 de julio de 2020 no responde a esta cuestión, y hace depender la transparencia únicamente de que el consumidor conozca los efectos jurídicos de la renuncia. Esta solución del TJUE no era adecuada. Por eso es muy meritorio, y digno de aplauso, que el TS haya requerido también el conocimiento de estas consecuencias económicas.

***V.3.2. La correcta aplicación de la doctrina por las SSTs 63/2021, de 9 de febrero y 208/2021, de 19 de abril: la cláusula no supera el control de transparencia porque el consumidor no conoce la cuantía de los intereses remuneratorios a los que renuncia***

La STS 63/2021, de 9 de febrero (ponente: Díaz Fraile), supone un decisivo paso adelante en el tratamiento del control de transparencia material de la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos. En el caso de autos, el préstamo con la Caja Laboral Popular se celebró el 28 de julio de 2005 con un interés remuneratorio referenciado al euribor más 0,5 puntos, con una cláusula suelo del 3 %. El acuerdo novatorio, de 24 de febrero de 2016, elimina la cláusula suelo y contiene una renuncia específica al ejercicio de derechos<sup>59</sup>.

El prestatario debe conocer las consecuencias jurídicas de la renuncia. Sobre el particular, la sentencia repite el mismo modelo argumentativo utilizado en la STS 675/2020, de 15 de diciembre<sup>60</sup>, al que han de hacerse las mismas críticas ya expuestas al hilo del comentario de esa sentencia.

En cuanto al conocimiento de las consecuencias económicas, la STS 63/2021 parte de que el consumidor debe conocer el alcance económico de la renuncia. Tras reproducir el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020, señala que la información proporcionada en el caso resuelto por la STS 675/2020 fue suficiente para integrar la exigencia de transparencia requerida por el TJUE (FJ 3º, ap. 13)<sup>61</sup>. Pero -añade- en el

---

<sup>59</sup> En la cláusula 2ª, que dice así: “Que los prestatarios dan por buenas las liquidaciones de intereses devengados hasta la fecha en la que tenga efecto lo pactado en la estipulación primera, liquidaciones que se han efectuado de acuerdo con los límites a la variación a la baja (suelo) pactados, por lo que declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la citada cláusula, ni judicial ni extrajudicialmente sean cuales sean los pronunciamientos judiciales futuros que, de no mediar este acuerdo, hubiesen podido afectar a la aplicación pasada o futura de esta cláusula suelo y techo”.

<sup>60</sup> “Las consecuencias jurídicas derivadas de la cláusula de renuncia de acciones sobre la cláusula suelo son que, a cambio de la seguridad de que en adelante el límite inferior a la variabilidad del interés se suprima, no podría reclamar las diferencias existentes entre lo que hubiera podido cobrar el banco por la aplicación de la original cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 (de acuerdo con la jurisprudencia entonces en vigor) hasta la fecha de la transacción, el 24 de febrero de 2016” (FJ 3º, ap. 12, párr. 1).

<sup>61</sup> La STS 63/2021 se afana en justificar la bondad de la solución dada en la previa STS 675/2020, dando incluso mejores argumentos que los que ya ofrecía esa sentencia.

presente caso, los prestatarios no estaban en condiciones de calcular fácilmente las consecuencias económicas de su renuncia. Es cierto que el consumidor fue informado, en la oferta vinculante de la novación y en el anexo del acuerdo novatorio, de ciertos datos (variación del euribor en los dos últimos años, cuantía mínima y máxima del euribor durante los últimos quince años, cuál sería la cuota mensual del préstamo en ese punto máximo y mínimo del euribor, y tres diferentes escenarios de tipo de interés). Pero *“con esta información, un consumidor medio, normalmente informado, y razonablemente atento y perspicaz, no podría calcular la cantidad que habría pagado en concepto de intereses remuneratorios de su préstamo hipotecario durante el periodo de referencia (del 9 de mayo de 2013 al 24 de febrero de 2016)”* (FJ 3º, ap. 15). La sentencia aclara que conocer la incidencia que el euribor ha tenido en el préstamo en el pasado, y la que tendrá en el futuro, es decisivo para juzgar si el prestatario conocía las consecuencias económicas de la nueva cláusula de intereses remuneratorios. Pero que este criterio no puede extrapolarse al caso de la cláusula de renuncia, pues aquí no se trata de comprender el riesgo futuro derivado de la inclusión de una nueva cláusula suelo, sino de determinar las consecuencias económicas de la renuncia del consumidor (FJ 3º, ap. 16)<sup>62</sup>. En conclusión, el consumidor no ha podido conocer las consecuencias económicas derivadas de la renuncia, y por ello, la cláusula de renuncia no supera el control de transparencia material (FJ 3º, ap. 17).

La formulación más completa del control de transparencia de la cláusula de renuncia se contiene en la STS 208/2021, de 19 de abril (ponente: Sarazá Jimena), que analiza una cláusula de renuncia específica impuesta por la Caja Rural de Navarra. Según la sentencia, la cláusula de renuncia no supera el control de transparencia material porque el prestamista no informó al consumidor, ni de las consecuencias económicas de la renuncia, ni de las consecuencias jurídicas. Es esta la primera sentencia del TS en la que se declara la no transparencia por la falta de esa doble mención informativa.

Sobre las consecuencias económicas de la renuncia, la sentencia reproduce el apartado 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020, que obliga al prestamista a poner a disposición del consumidor los datos necesarios para que este pueda calcular la cifra de los intereses indebidamente abonados. Y a continuación establece que *“en el caso objeto de este recurso, la entidad recurrente no puso esos datos a disposición del consumidor”* (FJ 5º, ap. 4).

En cuanto a las consecuencias jurídicas, señala que, a pesar de haber recibido el consumidor determinada información precontractual, *“en ningún momento le informó [al*

---

<sup>62</sup> Este razonamiento se reproduce en otras sentencias posteriores; por ejemplo, la STS 475/2022, de 9 de junio.

*consumidor] de que una de las contrapartidas a la modificación de la regulación del tipo de interés consistía en la renuncia del prestatario a las acciones relativas al carácter abusivo de la cláusula suelo” (FJ 5º, ap. 5). Resulta que en el acuerdo novatorio se establece que “ambas partes declaran que nada más tienen que reclamarse entre sí respecto de la cláusula suelo. Por tanto, el prestatario renuncia a reclamar cualquier concepto relativo a dicha cláusula”. Pues bien, según el TS, esta cláusula no informa de las consecuencias jurídicas de la renuncia, que son necesarias para que la cláusula se reputa transparente.*

La consecuencia de lo expuesto es que la cláusula de renuncia no supera el filtro de la transparencia material, *“porque el predisponente no había facilitado al consumidor la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia” (FJ 5º, ap. 6).*

Otras sentencias posteriores repiten estos argumentos<sup>63</sup>.

Por último, resulta curioso el caso resuelto por la STS 403/2021, de 15 junio. La cláusula suelo del préstamo inicial celebrado con Cajasur Banco había sido declarada nula por sentencia como consecuencia de la estimación de una acción colectiva. Sostiene la sentencia que, no existiendo ya esa cláusula suelo, no cabe una transacción posterior en la que el consumidor renuncie a pedir su nulidad. En todo caso, aunque llegara a admitirse que hay un acuerdo transaccional, la cláusula de renuncia no sería transparente, porque el banco había omitido informar que la cláusula suelo inicial ya había sido declarada nula por sentencia, y porque el prestamista no había puesto a disposición del consumidor los datos necesarios para que este pueda calcular la cantidad de intereses a los que renuncia (FJ 7º, ap. 5)<sup>64</sup>.

#### **V.4. El control de contenido de la cláusula de renuncia no transparente**

La cláusula de renuncia genérica es directamente nula, porque no supera el control de incorporación. Sin embargo, es doctrina consolidada del TS (siguiendo al TJUE) que una cláusula que no supera el control de transparencia no es automáticamente nula, sino que ha de someterse a control de contenido; si lo supera será válida, y si no, se considerará

---

<sup>63</sup> Así, la STS 216/2021, de 20 de abril (ponente: Díaz Fraile), es copia literal de la STS 63/2021, de 9 de febrero. Y la STS 407/2021, de 15 de junio (ponente: Sarazá Jimena) reproduce lo dicho en la STS 208/2021, de 19 de abril. También la STS 303/2022 (ponente: Díaz Fraile), de 19 de abril, reproduce el argumentario empleado en la STS 208/2021, con la particularidad de que únicamente se refiere a la falta de información sobre las consecuencias económicas de la renuncia, sin mencionar la ausencia de información sobre las consecuencias jurídicas (FJ 3º, ap. 11 a 15, que reproduce el FJ 5º, ap. 1 a 6, salvo el ap. 5). La STS 312/2022, de 19 de abril (ponente: Díaz Fraile) es copia literal de la STS 303/2022. De redacción muy parecida son las SSTS 471/2022, de 8 de junio (ponente: Sancho Gargallo), 475/2022, de 9 de junio (ponente: Vela Torres), 510/2022, de 28 de junio (ponente: Díaz Fraile), 511/2022, de 28 de junio (ponente: Díaz Fraile) y 586/2022, de 26 de julio (ponente: Vela Torres).

<sup>64</sup> Casos idénticos resuelven las SSTS 421/2021, de 22 de junio; 575/2022, de 19 de julio; y 576/2022, de 19 de julio.

abusiva y, en consecuencia, nula<sup>65</sup>. La cuestión que ahora procede examinar es si la cláusula de renuncia específica no transparente supera el control de contenido.

#### ***V.4.1. La pregunta 5 de la cuestión prejudicial del Juzgado de Teruel y la respuesta del TJUE***

La cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Teruel pregunta al TJUE si puede considerarse abusiva la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos que no supera el control de transparencia material.

Se trata de la pregunta 5<sup>66</sup>. Se pide al TJUE que se manifieste sobre si supera el control de contenido establecido en el art. 3.1 y en el Anexo 1, letra q) de la Directiva 93/13/CE la cláusula que limita la posibilidad de ejercitar derechos “que puedan nacer o revelarse después de la firma” del acuerdo novatorio, como sucede “con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados” que reconoce la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

La cuestión está mal formulada<sup>67</sup>. La pregunta correcta es si supera el control de contenido la cláusula en la que el consumidor renuncia a pedir la nulidad de la cláusula suelo inicial y la devolución de los intereses remuneratorios indebidamente abonados en ejecución de esa cláusula suelo. La expresión utilizada en el texto (se renuncia a un derecho que “nace” después del acuerdo novatorio) es inapropiada. Porque, en realidad, el derecho a solicitar la devolución de los intereses indebidamente abonados desde la primera cuota de amortización no “nace” con la STJUE de 21 de diciembre de 2016; ese derecho ya existía antes (en concreto, desde que se abonan esos intereses en cada cuota), aunque no se reconozca hasta la citada STJUE. En cualquier caso, la alusión a la renuncia de un derecho que “puede relevarse” tras la celebración del acuerdo novatorio permite entender cuál era la verdadera finalidad de la pregunta.

La STJUE de 9 de julio de 2020 parece dedicar los apartados 75 y 76 a responder a esta pregunta. En ellos se afirma que el consumidor no puede renunciar en el acuerdo novatorio a derechos que nacen de ese acuerdo novatorio; por ejemplo, no puede renunciar a reclamar por la inclusión de la nueva cláusula suelo. Esta regla es evidente e indiscutible: no cabe la renuncia previa a un derecho antes de que este nazca. Por ello no

---

<sup>65</sup> Entre otras, SSTS (Pleno) 138/2015, de 24 de marzo, y 705/2015, de 23 de diciembre.

<sup>66</sup> “5) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado q) de ese anexo («serán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor»), dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato, como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016)”.

<sup>67</sup> Marín López (2021: 62).

debe sorprender la respuesta del TJUE a la pregunta 5 del Juzgado de Teruel (ap. 77, segundo guion y punto 4 del fallo, segundo guion): *“el artículo 3, apartado 1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que... la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor”*.

Los apartados 75 y 76 no responden a la pregunta clave: si es abusiva la renuncia a reclamar derechos que ya existían antes de concertar el acuerdo novatorio. Pero sí lo hace, curiosamente, el apartado 77 (primer guion), que se reproduce luego en el fallo (punto 4, segundo guion): *“la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como «abusiva» cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula”*.

En consecuencia, la cláusula de renuncia “puede ser calificada como abusiva” cuando el consumidor no ha sido adecuadamente informado de sus consecuencias jurídicas; o lo que es lo mismo, la cláusula es abusiva siempre que no supere el filtro de la transparencia material<sup>68</sup>. En realidad, eso no significa que la falta de transparencia convierta automáticamente a la cláusula en abusiva. Lo que ocurre, más bien, es que la cláusula de renuncia no transparente se somete a control de contenido, que no supera nunca, por provocar esa cláusula un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe (art. 3.1 Directiva 93/13/CE). En cualquier caso, se echa en falta un mayor esfuerzo argumentativo por parte del TJUE<sup>69</sup>.

Por otra parte, la cuestión prejudicial de la Audiencia Provincial de Zaragoza no contiene una pregunta expresa sobre esta materia. Aun así, el ATJUE de 3 de marzo de 2021 reproduce en su apartado 73 el apartado 75 de la STJUE<sup>70</sup>. Pero nada establece en

---

<sup>68</sup> El Abogado General en sus Conclusiones (ap. 83) lo expresaba con más claridad: la cláusula de renuncia provoca un desequilibrio importante debido a un comportamiento del prestamista contrario a la buena fe.

<sup>69</sup> El TJUE podría haber basado su decisión en las STJUE de 27 de junio de 2000 (asunto C-240/98) y 1 de abril de 2004 (asunto C-237/02), que considera abusiva “por su propia naturaleza” la renuncia a interponer la demanda en el fuero que corresponde, imponiendo al consumidor la obligación de litigar en el lugar del domicilio del empresario (Marín López, 2019: 106).

<sup>70</sup> Aunque al final se añade la siguiente frase: *“Por tanto, la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor”*.

relación con el posible carácter abusivo de la cláusula de renuncia no transparente. Tampoco el ATJUE de 1 de junio de 2021 no alude a esta cuestión.

#### ***V.4.2. Doctrina del TS: la cláusula de renuncia no transparente es abusiva***

Siguiendo su propia doctrina, entiende el TS que *“la cláusula de renuncia solo puede ser objeto de un control de abusividad si no cumple las exigencias de transparencia material”* (STS 475/2022, de 9 de junio; FJ 3º, ap. 7, párr. 2).

La primera sentencia que declara la falta de transparencia material de la cláusula de renuncia específica (STS 63/2021, de 9 de febrero) ya analiza qué efectos tiene esa falta de transparencia (FJ 3º, ap. 18): *“la consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)”*. Añade que *“así resulta de la aplicación de la doctrina establecida en la STJUE de 9 de julio de 2020”*, reproduciendo a continuación el punto 4 del fallo, primer guion.

La cláusula de renuncia no transparente es abusiva porque provoca consecuencias *“no beneficiosas para el consumidor”*; o utilizando los términos empleados en el art. 82.1 TRLGDCU, porque, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. En efecto, la cláusula de renuncia siempre provoca un desequilibrio en los derechos de las partes que perjudica al consumidor. El desequilibrio se produce porque el consumidor renuncia a ejercitar derechos contra el prestamista, mientras que el prestamista no renuncia a nada. Frente a ello cabría argüir que en muchos acuerdos novatorios se establece una renuncia *“mutua”* de las dos partes a ejercitar derechos contra la otra. Pero la del prestamista es una renuncia *“artificial”*, pues en realidad el único que renuncia es el consumidor<sup>71</sup>.

La doctrina sentada en la STS 63/2021, de 9 de febrero, ha sido seguida por sentencias posteriores<sup>72</sup>.

## **VI. CONCLUSIONES: UNA SOLUCIÓN SALOMÓNICA QUE NO RESPETA LA DOCTRINA DEL TJUE**

Es doctrina consolidada del TS que los acuerdos novatorios sobre las cláusulas suelo celebrados entre el prestamista y el consumidor son auténticas transacciones, pues

---

<sup>71</sup> Sáenz de Jubera Higuera (2021.a: 620) y Cadenas Osuna (2021: 39).

<sup>72</sup> SSTs 208/2021, de 19 de abril (FJ 5º, ap. 6); 303/2022, de 19 de abril (FJ 3º, ap. 15); 475/2022, de 9 de junio (FJ 3º, ap. 9), entre otras, que se limitan a reproducir literalmente el fragmento mencionado.

suponen una mutua concesión entre las partes: a cambio de que el consumidor no solicite la nulidad de la cláusula suelo inicial y la restitución de los intereses indebidamente abonados hasta la fecha del acuerdo novatorio, el prestamista accede a modificar a la baja el tipo de interés remuneratorio que a partir de ese momento abonará el consumidor.

Según el TJUE, para que sean válidas la nueva cláusula de intereses remuneratorios del acuerdo novatorio y la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, el consumidor debe prestar un consentimiento libre e informado. El consentimiento es informado cuando el consumidor conoce el carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial y las consecuencias que ello conlleva. En realidad, eso significa que el consumidor, antes de concertar el acuerdo novatorio, tiene que conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo inicial y las consecuencias que conlleva que esa cláusula sea abusiva.

El TS asume que se requiere ese consentimiento libre e informado para la validez de las dos cláusulas. Y declara probado que cualquier consumidor sabía, cuando celebró el acuerdo novatorio, del carácter no vinculante de la cláusula suelo inicial y de las consecuencias que conlleva su renuncia. Esta interpretación es contraria a la doctrina del TJUE, porque lo que el consumidor debe conocer no son las consecuencias de la renuncia, sino las consecuencias de que la cláusula suelo inicial sea potencialmente abusiva y nula. Además, no cabe sostener que cualquier consumidor era consciente de esos datos por el conocimiento generalizado que todos los ciudadanos habían tenido de la STS de 9 de mayo de 2013. No cabe considerar que ese es un hecho notorio, tal y como lo define la LEC. Por otra parte, tanto en la información precontractual como en el propio acuerdo novatorio se “oculta” que la cláusula suelo inicial es potencialmente abusiva, e incluso se afirma expresamente lo contrario: que todas las cláusulas del préstamo inicial (también la cláusula suelo) eran válidas y siguen siéndolo tras el acuerdo novatorio. El TJUE obliga al prestamista a facilitar al consumidor esa información precontractual; lo que no está acreditado que haya sucedido en el caso de los acuerdos novatorios que ha analizado el alto tribunal. En conclusión, como el consumidor no ha prestado un consentimiento libre e informado, en los términos requeridos por el TJUE, las dos cláusulas del acuerdo novatorio (cláusula de intereses remuneratorios y cláusula de renuncia al ejercicio de derechos) no pueden reputarse válidas.

Además, para que estas dos cláusulas sean válidas deben superar controles de validez de las cláusulas predispuestas (control de incorporación, contenido y transparencia).

En relación con la nueva cláusula de intereses remuneratorios, el TJUE establece que para que sea transparente el consumidor debe conocer las consecuencias económicas

de la cláusula. En concreto, ha de conocer el funcionamiento y efectos que la nueva cláusula tiene sobre el modo de calcular los intereses remuneratorios en el futuro; pero también ha de conocer la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial (ap. 55 de la STJUE de 9 de julio de 2020). El TS obvia esta última mención: no exige que el consumidor conozca ese dato para que esta cláusula sea transparente. De hecho, considera esta cláusula transparente y válida, aunque el consumidor ignore esa circunstancia. Esta interpretación es contraria a la doctrina del TJUE.

En cuanto a la cláusula de renuncia a ejercitar las acciones, el TS la reputa nula, ya se trate de una renuncia genérica (aunque no lo explique el TS, porque no supera el control de incorporación ni el de transparencia), ya sea una renuncia específica; en este último caso, porque no supera el control de transparencia material, al no informar al consumidor de las consecuencias económicas y jurídicas de la renuncia. En particular, en los casos de renuncia específica que ha analizado el alto tribunal no se ha acreditado que el prestamista haya informado al consumidor de la cuantía de los intereses remuneratorios indebidamente abonados por aplicación de la cláusula suelo inicial.

El TS llega así a una solución salomónica, que deja parcialmente satisfechos a las dos litigantes<sup>73</sup>. Por una parte, el consumidor puede obtener la nulidad de la cláusula suelo inicial y la devolución de los intereses indebidamente abonados por la aplicación de esa cláusula desde el principio hasta la fecha del acuerdo novatorio. Por otra, el empresario podrá beneficiarse de la nueva cláusula de intereses remuneratorios inserta en el acuerdo novatorio, pues se trata de una cláusula válida, incluso aunque en ella haya una nueva cláusula suelo. Además, el consumidor queda reconfortado por el hecho de que las costas de la primera instancia se imponen íntegramente a la entidad prestamista demandada<sup>74</sup>.

Esta solución de equilibrio entre las partes no es respetuosa con la doctrina del TJUE, porque, como ya se ha indicado, la nueva cláusula de intereses remuneratorios incluida en el acuerdo novatorio también habría de considerarse nula.

## ***Bibliografía***

---

<sup>73</sup> Gutiérrez y Vacas (2021: 110).

<sup>74</sup> Como señala la STS 208/2021, de 19 de abril, “*estimada la acción de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, aunque los efectos restitutorios pretendidos por el demandante hayan quedado limitados por la validez de la novación de la cláusula que regula el tipo de interés, procede mantener la condena en costas en primera instancia, en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 34/2021, de 26 de enero, y 48 y 49/2021, de 4 de febrero)*” (FJ 8º, ap. 3). En el mismo sentido, entre otras, SSTS 33/2021, de 26 de enero; 86/2021, de 17 de febrero; 216/2021, de 4 de mayo; 217/2021, de 20 de abril; 240/2021, de 4 de mayo; 241/2021, de 4 de mayo; 242/2021, de 4 de mayo; y 243/2021, de 4 de mayo.



AGÜERO ORTIZ, A. (2020a): «STJUE de 9.7.2022 sobre los acuerdos novatorios en cláusula suelo: pocas novedades en el horizonte», web Centro de Estudios de Consumo, 11 de julio de 2020, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_9.7.2020\\_sobre\\_los\\_acuerdos\\_novatorios\\_en\\_clausulas\\_suelo-pocas\\_novedades\\_en\\_el\\_horizonte.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_9.7.2020_sobre_los_acuerdos_novatorios_en_clausulas_suelo-pocas_novedades_en_el_horizonte.pdf) [fecha de consulta: 11.4.2022].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020b): «El consumidor puede transigir sobre el objeto principal del contrato. Si se emplean cláusulas predisuestas en la transacción, se someterán a control de transparencia», web Derecho Mercantil, 30 de enero de 2020, disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2020/01/el-consumidor-puede-transigir-sobre-el.html> [fecha de consulta: 4.5.2022].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2020): «La transacción que tiene por objeto una cláusula suelo», web Derecho Mercantil, 9 de julio de 2020, disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2020/07/la-transaccion-que-tiene-por-objeto-una.html> [fecha de consulta: 4.5.2022].

ALONSO BUZO, R. (2018): «Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria», *La Ley Digital* (pp. 1 a 6).

BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2019): «La negociación en el contrato por adhesión, en especial el régimen de la transacción de cláusulas suelo», en FORTEA GORBE. L./CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (Dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financiero y usura*, Ed. Tirant lo Blanch (pp. 493 a 510).

CADENAS OSUNA, D. (2021): «La cláusula de renuncia a la reclamación de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula suelo», *RDP*, nº 6 (pp. 29 a 45).

CÁMARA LAPUENTE, S. (2020): «La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?», web Almacén de Derecho, 10 de julio de 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir> [fecha de consulta: 7.7.2022].

CARRASCO PERERA, Á. (2017): «Sobre las novaciones de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo», web Centro de Estudios de Consumo, 14 de octubre de 2017, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sobre\\_las\\_novaciones\\_de\\_prestamos.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sobre_las_novaciones_de_prestamos.pdf) [fecha de consulta: 11.3.2022].

CARRASCO PERERA, Á. (2018): «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación», *web* Centro de Estudios de Consumo, 13 de abril de 2018, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez\\_de\\_las\\_novaciones\\_transaccionales\\_de\\_prestamos\\_hipotecarios\\_con\\_clausula\\_suelo.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_prestamos_hipotecarios_con_clausula_suelo.pdf) [fecha de consulta: 19.3.2022].

CARRASCO PERERA, Á. (2020.a): «Sentencia europea intransparente sobre una transacción transparente de una cláusula suelo supuestamente intransparente. La “jerga” de la STJUE 9 julio 2020», *web* Centro de Estudios de Consumo, 11 de julio de 2020, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sentencia\\_europea\\_intransparente\\_sobre\\_una\\_transaccion\\_transparente\\_de\\_una\\_clausula\\_suelo\\_supuestamente\\_intransparente.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Sentencia_europea_intransparente_sobre_una_transaccion_transparente_de_una_clausula_suelo_supuestamente_intransparente.pdf) [fecha de consulta: 19.4.2022].

CARRASCO PERERA, A. (2020.b): «Transacción sobre cláusula suelo», *web* Centro de Estudios de Consumo, 22 de diciembre de 2020, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Transaccion\\_sobre\\_clausula\\_suelo.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Transaccion_sobre_clausula_suelo.pdf) [fecha de consulta: 19.3.2022].

CARRASCO PERERA, Á. (2021): «Novaciones y transacciones sobre tipos de interés. Otra vez contra una tendencia equivocada», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 40 (pp. 54 a 64).

CASTILLO MÁRTINEZ, C. C. (2020): «La validez de los acuerdos novatorios sobre la cláusula suelo: doctrina consolidada del TJUE (STJUE de 9 de julio de 2020) y su incidencia sobre el criterio jurisprudencial de nuestro TS (SSTS de 11 de abril de 2018 y 13 de septiembre de 2018)», *Actualidad Civil*, nº 10.

CASTILLO MÁRTINEZ, C. C. (2021): «Algunas reflexiones acerca de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre los pactos novatorios en materia de cláusulas suelo», *Revista Boliviana de Derecho*, nº 31 (pp. 132 a 159).

DE LA TORRE, J. y DÁVALOS ALARCÓN, V. (2020): «Análisis de la STJUE de 9 de julio de 2020 sobre acuerdos de cláusulas suelo (cuestión prejudicial C-452/18)», *Revista jurídica sobre consumidores*, septiembre (pp. 32 a 44).

ESTANCONA PÉREZ, A. A. (2019): «Resolución extrajudicial de conflictos para préstamos hipotecarios: el lado oscuro de las bondades transaccionales», *Actualidad Civil*, nº 2.

GARCÍA HERNANDO, J. A. (2020): «La asimetría en los acuerdos novación de cláusula suelo: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (C-452/18)», *Diario La Ley*, nº 9371.

- GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2017): «La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales», *Actualidad Civil*, nº 11.
- GUTIÉRREZ ALONSO, F. y VACAS LARRAZ, R. (2021): «Cláusula suelo. Un nuevo capítulo: pactos de novación y renuncia», *Jueces para la democracia*, nº 101 (pp. 101 a 111).
- LARO GONZÁLEZ, M. E. (2021): «La validez de los acuerdos de novación de cláusulas suelo. A propósito de la doctrina del TJUE y del TS (1)», *Actualidad Civil*, nº 5.
- LÓPEZ MAS, P. J. (2019): «Consideraciones acerca de la propuesta de la Comisión Europea sobre la validez o nulidad de la cláusula de renuncia de acciones inserta en contratos entre profesionales y consumidores», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10-bis (pp. 710 a 721).
- LÓPEZ, C. (2018): «Transacción us novación: comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018», *Diario La Ley*, nº 9239.
- LUENGO LLORET, V. (2018): «Transacción con renuncia a reclamar la nulidad de las cláusulas suelo», *Actualidad Civil*, nº 4.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018): «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *web Centro de Estudios de Consumo*, 28 de abril de 2018, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion\\_prestamo\\_hipotecario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_prestamo_hipotecario.pdf) [fecha de consulta: 28.1.2022].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2019): *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Ed. Reus, Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2020): «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa a la validez del acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo, ¿corrige la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018?», *web Centro de Estudios de Consumo*, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La\\_STJUE\\_de\\_9\\_de\\_julio\\_de\\_2020\\_relativa\\_a\\_la\\_validez\\_del\\_acuerdo\\_novatorio\\_sobre\\_la\\_clausula\\_suelo\\_-\\_corrige\\_la\\_doctrina\\_sentada\\_en\\_la\\_STS\\_de\\_11\\_de\\_abril\\_de\\_2018-.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_STJUE_de_9_de_julio_de_2020_relativa_a_la_validez_del_acuerdo_novatorio_sobre_la_clausula_suelo_-_corrige_la_doctrina_sentada_en_la_STS_de_11_de_abril_de_2018-.pdf) [fecha de consulta: 4.3.2022].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2021): «La STJUE de 9 de julio de 2020 relativa al acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo y sus efectos sobre la doctrina sentada en la STS de 11 de abril de 2018», *RDP*, nº 3 (pp. 33 a 66).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019): «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusula suelo», *RDC*, nº 1 (pp. 361 a 397).

MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2022): «Novaciones del tipo “suelo” sin renuncia al ejercicio de acciones judiciales», *web* Centro de Estudios de Consumo, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novaciones\\_del\\_tipo\\_suelo\\_sin\\_renuncia\\_a\\_al\\_ejercicio\\_de\\_acciones\\_judiciales.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novaciones_del_tipo_suelo_sin_renuncia_a_al_ejercicio_de_acciones_judiciales.pdf) [fecha de consulta: 29.7.2022].

MONSALVE DEL CASTILLO, R. y PORTILLO CABRERA, E. (2019): «Comentario de la sentencia del TS de 6 de marzo de 2019. El carácter abusivo de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones», en YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 11, Ed. Dykinson, Madrid (pp. 83 a 97).

MUÑOZ GARCÍA, C. (2018.a): «Comentario a la Sentencia del TS de 11 de abril de 2018. ¿Novación o contrato de transacción? Solución a la posible falta de transparencia en la cláusula suelo», en YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 10, Ed. Dykinson, Madrid (pp. 73 a 88).

MUÑOZ GARCÍA, C. (2018.b): «Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válido», *RDBB*, nº 152 (pp. 165 a 200).

MUÑOZ GARCÍA, C. (2020): «La renuncia a la acción de nulidad. Eficacia de la transacción frente a posibles cláusulas abusivas», *RCDI*, nº 779 (pp. 1947 a 1967).

PANTALEÓN PRIETO, F. (2020.a): «A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusula suelo», *web* Almacén de Derecho, 4 de febrero de 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo> [fecha de consulta: 10.5.2022].

PANTALEÓN PRIETO, F. (2020.b): «Las transacciones sobre cláusula suelo», *web* Almacén de Derecho, 13 de julio de 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/las-transacciones-sobre-clausulas-suelo> [fecha de consulta: 10.5.2022].

REDONDO TRIGO, F. (2018): «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusula suelo en la sentencia del TS de 11 de abril de 2018», *RCDI*, nº 768 (pp. 2346 a 2366).

ROLDÁN AGUIRRE, I. (2021): «Contrato de novación y renuncia de acciones: el consumidor deberá haber comprendido las consecuencias de estos acuerdos: ATJUE de 3 de marzo de 2021», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5.

RUIZ DE LARA, M. (2020): «Comentario sobre la STJUE de 16 de julio de 2020, sobre gastos hipotecarios y sobre la STJUE de 9 de julio de 2020, sobre acuerdos novatorios», *Revista jurídica sobre consumidores*, septiembre (pp. 59 a 71).

RUIZ RICO ARIAS, M. D. (2020): «Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del TS sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas», *Actualidad Civil*, nº 12.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2018): «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *RDBB*, nº 150 (pp. 163 a 196

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018): «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», *RCDI*, nº 768 (pp. 2281 a 2295).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021.a): «Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del TS», *RCDI*, nº 783 (pp. 610 a 638).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2021.b): «Novación e interpretación contractual», *RCDI*, nº 787 (pp. 3179 a 3197).

SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2018): «Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», *Actualidad Civil*, nº 7-8.

VELA TORRES, P. J. (2018): «Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad», *Diario La Ley*, nº 9227.

VILADECANS JIMÉNEZ, D. (2020): «Análisis STJUE sobre acuerdos novatorios con renuncia y transacciones de cláusulas abusivas y sobre los plazos prescriptivos de la acción de restitución», *Revista del sector inmobiliario*, nº 203 (pp. 24 a 29).

### ***Relación jurisprudencial***

#### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE de 27 junio 2002, asuntos C-240/98 a C-244/98 (ECLI:EU:C:2000:346)

STJUE de 1 abril 2004, asunto C-237/02 (ECLI:EU:C:2004:209)

STJUE de 21 febrero 2013, asunto C-472/11 (ECLI:EU:C:2013:88)

STJUE de 21 marzo 2013, asunto C-92/11 (ECLI:EU:C:2013:180)

STJUE de 30 abril 2014, asunto C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282)

STJUE de 26 febrero 2015, asunto C-143/13 (ECLI:EU:C:2015:127)

STJUE de 23 abril 2015, asunto C-96/14 (ECLI:EU:C:2015:262)

STJUE de 9 julio 2015, asunto C-348/14 (ECLI:EU:C:2015:447)

STJUE de 14 abril 2016, asuntos C-381/14 y C-385/14 (ECLI:EU:C:2016:252)

STJUE de 21 diciembre 2016, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980)

STJUE de 20 septiembre 2017, asunto C-186/16 (ECLI:EU:C:2017:703)

STJUE de 3 marzo 2020, asunto C-125/18 (ECLI:EU:C:2020:138)

STJUE de 9 julio 2020, asunto C-452/18 (ECLI:EU:C:2020:536)

STJUE de 29 abril 2021, asunto C-19/20 (ECLI:EU:C:2021:341)

ATJUE de 3 marzo 2021, asunto C-13/19 (ECLI:EU:C:2021:158)

ATJUE de 1 junio 2021, asunto C-268/19 (ECLI:EU:C:2021:423)

#### **Tribunal Supremo (Sala 1ª, de lo Civil)**

STS 241/2013 (Pleno), de 9 mayo 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916)  
STS 138/2015 (Pleno), de 24 marzo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1279)  
STS 705/2015, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5618).  
STS 558/2017, de 16 octubre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3721)  
STS 205/2018 (Pleno), de 11 abril 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1238)  
STS 489/2018, de 13 septiembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3098)  
STS 548/2018, de 5 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3338)  
STS 580/2020 (Pleno), de 5 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3549)  
STS 581/2020 (Pleno), de 5 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3593)  
STS 589/2020 (Pleno), de 11 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3688)  
STS 675/2020, de 15 diciembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4251)  
STS 676/2020, de 15 diciembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4290)  
STS 692/2020 (Pleno), de 28 diciembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4388)  
STS 32/2021, de 26 enero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:125)  
STS 33/2021, de 26 enero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:128)  
STS 34/2021, de 26 enero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:121)  
STS 49/2021, de 4 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:468)  
STS 63/2021, de 9 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:388)  
STS 86/2021, de 17 febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:529)  
STS 208/2021, de 19 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1458)  
STS 216/2021, de 20 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1451)  
STS 240/2021, de 4 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1699)  
STS 241/2021, de 4 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1621)  
STS 242/2021, de 4 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1618)  
STS 243/2021, de 4 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1622)  
STS 309/2021, de 12 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1843)  
STS 325/2021, de 17 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1924)  
STS 335/2021, de 18 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1925)  
STS 336/2021, de 18 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1933)  
STS 338/2021, de 18 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1935)  
STS 339/2021, de 18 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1926)  
STS 340/2021, de 18 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1928)  
STS 361/2021, de 26 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2118)  
STS 403/2021, de 15 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2436)  
STS 407/2021, de 15 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2482)  
STS 464/2021, de 29 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2448)  
STS 466/2021, de 29 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2657)  
STS 469/2021, de 29 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2661)  
STS 470/2021, de 29 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2650)  
STS 480/2021, de 30 junio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2666)  
STS 494/2021, de 6 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2667)  
STS 498/2021, de 6 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2668)  
STS 535/2021, de 15 julio 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2906)  
STS 622/2021, de 22 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3414)  
STS 624/2021, de 22 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3422)  
STS 634/2021, de 27 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3426)  
STS 635/2021, de 27 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3427)  
STS 643/2021, de 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3518)  
STS 644/2021, de 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021: 3514)  
STS 645/2021, de 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021: 3513)

STS 647/2021, de 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3429)  
STS 648/2021, de 28 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3515)  
STS 684/2021, de 8 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3728)  
STS 685/2021, de 8 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3725)  
STS 686/2021, de 8 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3726)  
STS 687/2021, de 8 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3635)  
STS 688/2021, de 8 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3721)  
STS 694/2021, de 13 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3729)  
STS 695/2021, de 13 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3720)  
STS 696/2021, de 13 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3730)  
STS 697/2021, de 13 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3731)  
STS 698/2021, de 13 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3724)  
STS 736/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3949)  
STS 737/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3950)  
STS 738/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3952)  
STS 739/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3951)  
STS 740/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3970)  
STS 746/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3883)  
STS 747/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3956)  
STS 748/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3958)  
STS 749/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3957)  
STS 750/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3959)  
STS 756/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4066)  
STS 757/2021, de 2 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4064)  
STS 758/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4065)  
STS 759/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4060)  
STS 760/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4063)  
STS 763/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3961)  
STS 764/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3962)  
STS 765/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3963)  
STS 766/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3964)  
STS 767/2021, de 3 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3965)  
STS 805/2021, de 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4223)  
STS 806/2021, de 23 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4235)  
STS 823/2021, de 30 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4386)  
STS 824/2021, de 30 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4336)  
STS 825/2021, de 30 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4387)  
STS 826/2021, de 30 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4388)  
STS 827/2021, de 30 noviembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4377)  
STS 834/2021, de 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4389)  
STS 835/2021, de 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4393)  
STS 836/2021, de 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4390)  
STS 837/2021, de 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4391)  
STS 838/2021, de 1 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4392)  
STS 872/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4566)  
STS 873/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4749)  
STS 874/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4750)  
STS 876/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4567)  
STS 877/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4568)  
STS 878/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4573)

STS 879/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4763)  
STS 880/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4569)  
STS 881/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4572)  
STS 882/2021, de 20 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4570)  
STS 891/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4771)  
STS 892/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4741)  
STS 893/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4742)  
STS 894/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4774)  
STS 895/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4775)  
STS 898/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4754)  
STS 902/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4751)  
STS 903/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4880)  
STS 904/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4743)  
STS 905/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4752)  
STS 906/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4777)  
STS 908/2021, de 21 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4755)  
STS 914/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4770)  
STS 915/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4773)  
STS 916/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4848)  
STS 917/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4850)  
STS 918/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4851)  
STS 920/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4771)  
STS 921/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4778)  
STS 922/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4774)  
STS 923/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4772)  
STS 924/2021, de 23 diciembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4775)  
STS 41/2022, de 27 enero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:328)  
STS 60/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:336)  
STS 63/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:348)  
STS 64/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:563)  
STS 65/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:327)  
STS 68/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:349)  
STS 69/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:350)  
STS 70/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:342)  
STS 72/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:564)  
STS 73/2022, de 1 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:351)  
STS 82/2022, de 2 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:374)  
STS 84/2022, de 2 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:344)  
STS 85/2022, de 2 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:375)  
STS 86/2022, de 2 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:343)  
STS 83/2022, de 2 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:373)  
STS 89/2022, de 3 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:352)  
STS 90/2022, de 3 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:562)  
STS 92/2022, de 3 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:497)  
STS 94/2022, de 3 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:498)  
STS 95/2022, de 3 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:353)  
STS 143/2022, de 22 febrero 2022 (ECLI:ES:TS:2022:664)  
STS 156/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:937)  
STS 157/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:784)  
STS 159/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:785)



STS 160/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:777)  
STS 161/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:778)  
STS 162/2022, de 1 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:786)  
STS 171/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:801)  
STS 172/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:807)  
STS 173/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:802)  
STS 174/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:804)  
STS 175/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:803)  
STS 177/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:787)  
STS 178/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:788)  
STS 180/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:779)  
STS 181/2022, de 2 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:789)  
STS 187/2022, de 3 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:805)  
STS 189/2022, de 3 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:806)  
STS 190/2022, de 3 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:942)  
STS 223/2022, de 24 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1205)  
STS 245/2022, de 29 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1299)  
STS 246/2022, de 29 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1323)  
STS 247/2022, de 29 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1300)  
STS 248/2022, de 29 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1293)  
STS 265/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1298)  
STS 266/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1302)  
STS 267/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1308)  
STS 268/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1317)  
STS 269/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1313)  
STS 271/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1307)  
STS 272/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1314)  
STS 273/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1303)  
STS 274/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1315)  
STS 275/2022, de 30 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1316)  
STS 286/2022, de 4 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1390)  
STS 288/2022, de 5 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1391)  
STS 289/2022, de 5 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1394)  
STS 290/2022, de 5 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1392)  
STS 291/2022, de 5 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1395)  
STS 292/2022, de 5 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1393)  
STS 303/2022, de 19 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1550)  
STS 304/2022, de 19 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1549)  
STS 311/2022, de 19 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1551)  
STS 312/2022, de 19 abril 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1556)  
STS 346/2022, de 3 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1775)  
STS 347/2022, de 3 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1776)  
STS 348/2022, de 3 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1786)  
STS 349/2022, de 3 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1777)  
STS 350/2022, de 3 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1778)  
STS 368/2022, de 4 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1779)  
STS 369/2022, de 4 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1774)  
STS 370/2022, de 4 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1787)  
STS 371/2022, de 4 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1788)  
STS 372/2022, de 4 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1789)

STS 373/2022, de 5 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1780)  
STS 374/2022, de 5 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1792)  
STS 375/2022, de 5 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1781)  
STS 376/2022, de 5 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1790)  
STS 377/2022, de 5 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1791)  
STS 385/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1852)  
STS 386/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1853)  
STS 387/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1856)  
STS 388/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1854)  
STS 389/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1855)  
STS 385/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1852)  
STS 386/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1853)  
STS 387/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1856)  
STS 388/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1854)  
STS 389/2022, de 10 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1855)  
STS 407/2022, de 23 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1947)  
STS 424/2022, de 25 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2079)  
STS 438/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2163)  
STS 439/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2169)  
STS 440/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2170)  
STS 441/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2164)  
STS 442/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2172)  
STS 443/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2159)  
STS 444/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2165)  
STS 445/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2312)  
STS 446/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2160)  
STS 447/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2167)  
STS 450/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2310)  
STS 451/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2161)  
STS 452/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2162)  
STS 453/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2173)  
STS 454/2022, de 31 mayo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2166)  
STS 458/2022, de 1 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2171)  
STS 459/2022, de 1 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2168)  
STS 460/2022, de 1 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2174)  
STS 461/2022, de 1 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2313)  
STS 462/2022, de 1 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2175)  
STS 468/2022, de 6 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2155)  
STS 469/2022, de 6 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2148)  
STS 471/2022, de 8 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2334)  
STS 475/2022, de 9 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2332)  
STS 482/2022, de 14 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2339)  
STS 489/2022, de 21 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2457)  
STS 510/2022, de 28 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2746)  
STS 511/2022, de 28 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2738)  
STS 514/2022, de 28 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2747)  
STS 515/2022, de 28 junio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2735)  
STS 517/2022, de 1 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2736)  
STS 518/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2914)  
STS 519/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2897)

STS 520/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2898)  
STS 521/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2758)  
STS 522/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2899)  
STS 523/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2900)  
STS 524/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2773)  
STS 525/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2901)  
STS 526/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2915)  
STS 527/2022, de 4 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2902)  
STS 539/2022, de 6 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2776)  
STS 540/2022, de 6 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2931)  
STS 541/2022, de 6 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2934)  
STS 542/2022, de 6 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2777)  
STS 543/2022, de 6 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2935)  
STS 546/2022, de 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2929)  
STS 547/2022, de 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2930)  
STS 548/2022, de 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2936)  
STS 549/2022, de 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2932)  
STS 550/2022, de 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2933)  
STS 552/2022, de 8 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2918)  
STS 553/2022, de 8 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2916)  
STS 554/2022, de 8 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2919)  
STS 555/2022, de 8 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2775)  
STS 575/2022, de 19 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2921)  
STS 576/2022, de 19 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2922)  
STS 581/2022, de 26 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3223)  
STS 586/2022, de 26 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3215)  
STS 587/2022, de 26 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3219)

### **Audiencias Provinciales**

Auto 584/2018, de la AP de Zaragoza, de 12 diciembre 2018 (ECLI:ES:APZ:2018:2179A)

### **Juzgados de Primera Instancia**

Auto del JPI n° 3 de Teruel, de 26 junio 2018 (ECLI:ES:JPII:2018:11A)  
Auto del JPI n° 3 bis de Albacete, de 2 octubre 2018 (ECLI:ES:JPI:2018:8A)  
Auto del JPI n° 7 de Orense, de 15 marzo 2019 (ECLI:ES:JPI:2019:5A)

**CUESTIONES INTERESANTES SOBRE CANTIDADES ANTICIPADAS  
DESTINADAS A LA COMPRA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN EN LA  
JURISPRUDENCIA CIVIL ACTUAL**

*Interesting issues about advance amounts for the purchase of houses under  
construction in the current civil jurisprudence*

JOSÉ MARÍA MARTÍN FABÁ  
Josemaria.martinf@uam.es  
Profesor Ayudante Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

***Cómo citar/Citation***

Martín Faba, J. M<sup>a</sup> (2022).

Cuestiones interesantes sobre cantidades anticipadas destinadas a la compra de viviendas en  
construcción en la jurisprudencia civil actual.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 156-209

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.27>

(Recepción: 22/07/2022; aceptación tras revisión: 29/08/2022; publicación: 31/08/2022)

***Resumen***

En un principio, el régimen jurídico sobre las cantidades anticipadas a cuenta del precio de viviendas en construcción se encontraba regulado en la Ley 57/1968. Sin embargo, el régimen vigente está afincado en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuya última reforma fue operada por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Aunque la mencionada reforma derogó la Ley 57/1968, esta sigue siendo comúnmente aplicada por la jurisprudencia civil debido a razones transitorias. Así las cosas, el presente trabajo selecciona y analiza algunas de las cuestiones más sugestivas que trata la jurisprudencia civil actual cuando se enfrenta a casos en los que es menester aplicar la Ley 57/1968. Además, se examina si las doctrinas emitidas por la jurisprudencia tienen acomodo en la normativa actualmente vigente.

***Palabras clave***

Compraventa, vivienda, anticipos, garantías, Ley 57/1968.

***Abstract***

Initially, the legal regime on amounts advanced on account of the price of housing under construction was regulated by Law 57/1968. However, the current regime is based on the first additional provision of Law 38/1999, of November 5, on Building Planning, whose last reform was operated by Law 20/2015, of July 14, on planning, supervision and solvency of insurance and reinsurance entities. Although the reform repealed Law 57/1968, it continues to be commonly applied by civil jurisprudence due to transitory reasons. Thus, the present work selects and analyzes some of the most suggestive issues that current civil jurisprudence deals with when facing cases in which it is necessary to

apply Law 57/1968. In addition, it is examined whether the doctrines provided by the jurisprudence are accommodated in the regulations currently in force.

### **Key words**

Sale, housing, advances, securities, Law 57/1968.

### **SUMARIO**

---

I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CANTIDADES ADELANTADAS. III. GARANTÍAS. III.1. Efectividad de las garantías cuando se produce la entrega de la vivienda con vicios ocultos. III. 2. Efectividad de las garantías cuando el comprador adquiere la vivienda en liquidación concursal y a un precio menor que el pactado. III. 3. Inefectividad de las garantías por cantidades adelantadas antes de la obtención de la licencia de edificación en la DA1.<sup>a</sup> LOE. III. 4. Inefectividad de las garantías cuando la compraventa se resuelve por imposibilidad del comprador de obtener financiación. IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD. IV.1. Responsabilidad del garante cuando no se emiten certificados individuales. IV.2. Distinción entre la responsabilidad del garante y la del banco depositario. IV. 3. “Baja” del cooperativista y responsabilidad del garante. IV. 4 ¿Extensión del aval a la novación de la compraventa? IV. 5 ¿Responde el banco descontante? IV. 6. Limitaciones temporales para el ejercicio de acciones contra el avalista y asegurador. V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS QUE PAGA EL GARANTE Y EL BANCO DEPOSITARIO. VI. ACCIONES PERTINENTES. VII. TRANSACCIONES. VIII. CONCURSO DE ACREEDORES. IX. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Anexo jurisprudencial.*

---

### **I. INTRODUCCIÓN**

En origen, el régimen jurídico de las garantías por cantidades anticipadas a cuenta del precio de viviendas en construcción se encontraba regulado en la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas<sup>1</sup> (en adelante, Ley 57/68). La norma, dictada como consecuencia de fraudes y abusos pasados, trata de evitar el riesgo de que una posible insolvencia del promotor-vendedor, unida a la concurrencia con otros acreedores preferentes, pudiera privar al comprador de la posibilidad de recuperar cantidades que, muchas veces, constituían gran parte de sus ahorros, una vez que la vivienda no llegaba a buen fin<sup>2</sup>. En suma, para cumplir con este objetivo, la citada normativa obligaba a los promotores a contratar una garantía (aval o seguro) que cubriera los anticipos de dinero abonados por los futuros compradores a cuenta del precio de las viviendas, y a que dichos anticipos se ingresaran en una cuenta

---

<sup>1</sup> BOE núm. 181, 29/07/1968.

<sup>2</sup> Díez Soto (2013).

especial de una entidad bancaria, de los que únicamente podría disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Pues bien, sin perjuicio de alguna norma proyectada<sup>3</sup>, el régimen jurídico vigente de las garantías por cantidades anticipadas a cuenta del precio de compras de viviendas en construcción está actualmente regulado en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación<sup>4</sup> (en adelante, DA 1.<sup>a</sup> LOE), cuya última reforma fue operada por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras<sup>5</sup>, la cual derogó la Ley 57/68. Aunque la DA 1.<sup>a</sup> LOE vigente transita aparentemente en la misma línea que el régimen de la Ley 57/68, en cuanto a la garantía mediante seguro o aval y la obligación de que los anticipos se ingresen en una cuenta especial de una entidad bancaria, lo cierto es que ha supuesto un importante retroceso en la protección del comprador en favor de las entidades bancarias y compañías aseguradoras (ausencia de cobertura especial por anticipos abonados con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación, necesidad de certificado individual para la efectividad del aval, caducidad del aval, eliminación del carácter ejecutivo de las garantías, eliminación del carácter irrenunciable de los derechos al que hacía referencia la ley 57/68, etc.)<sup>6</sup>. Acaso porque la reforma de 2015 fue producto de la presión de las aseguradoras y entidades de crédito receptoras de los anticipos, que entendían que la normativa anterior y su desarrollo posterior a través de la creación judicial de Derecho les perjudicaban injustamente, pues prácticamente eran consideradas como garantes o deudores de refuerzo responsables del pago de los anticipos, si el promotor no podía hacer entrega de ellos una vez que la vivienda no llegaba a buen fin.

Con todo, la Ley 57/68 sigue siendo comúnmente aplicada por la jurisprudencia civil debido a razones transitorias. La casuística que se ha planteado en los últimos tiempos es vasta, variada e interesante, y ha permitido al Tribunal Supremo ejercer su función de creador judicial Derecho, llegando en ocasiones a emitir doctrinas que hacen responsables a aseguradoras y entidades de crédito sin un sostén aparente en el tenor de

---

<sup>3</sup> El capítulo II del Título V del Anteproyecto del Proyecto de Ley 121/000089, por el derecho a la vivienda (BOCG, Congreso de los diputados, 18/02/2022), proyecta un nuevo “régimen de cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de viviendas”. En realidad, la norma proyectada solo contiene cuatro cambios en relación con la DA1.<sup>a</sup>LOE, que tratan de reforzar la protección del adquirente de vivienda (en adelante, PLDV). *Cfr.* Martín Faba (2022).

<sup>4</sup> BOE núm. 266, 6/11/1999.

<sup>5</sup> BOE núm. 168, 15/07/2015.

<sup>6</sup> *Cfr.* Carrasco y Almarcha (2015: 483-492); Pérez Vega (2016); y López San Luis (2017: 2349-2390).

la referida ley<sup>7</sup>. En consecuencia, a pesar de que la Ley 57/68 esté derogada, resulta de verdadera actualidad y merece un estudio particular. A continuación, se analizarán algunas de las cuestiones más interesantes que trata la jurisprudencia civil actual cuando se enfrenta a casos en los que es menester aplicar la Ley 57/68. Además, se estudiará si las doctrinas proporcionadas por la jurisprudencia tienen acomodo en la normativa actualmente vigente.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CANTIDADES ADELANTADAS

La Ley 57/68 solo se aplicaba a las compraventas de viviendas que supusieran “domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial” (art. 1). Sin embargo, la DA 1.<sup>a</sup> LOE se refiere “todo tipo de viviendas”, sin hacer pues alusión al destino que se recoge en el precepto anterior ¿Supone esta omisión que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la DA 1.<sup>a</sup> LOE las viviendas adquiridas con fines empresariales o profesionales o, sin tener este propósito, con una finalidad inversora? Nótese que sería paradójico que una norma como la DA1.<sup>a</sup> LOE, que ha supuesto un retroceso en el nivel de protección del comprador en relación con la Ley 57/68, ampliara su espectro para beneficiar a unos sujetos que no estaban protegidos con la normativa anterior.

En efecto, no parece que queden comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la ley especial las compraventas con finalidad empresarial o inversora, según la jurisprudencia dictada con posterioridad a la DA1.<sup>a</sup> LOE, aunque lo cierto es que referida a supuestos anteriores a la misma y regidos por la Ley 57/68. Así, la expresión *toda clase de viviendas* empleada en la DA1.<sup>a</sup> LOE ha de entenderse en el sentido de que elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren (régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa), pero no puede extrapolarse a *toda clase de compradores* para, así, expandir la protección a los *profesionales* del sector inmobiliario o a los *compradores especuladores*<sup>8</sup>.

Por consiguiente, tanto la Ley 57/68 como la DA1.<sup>a</sup> LOE deben interpretarse en el sentido de que no quedan cubiertas por el seguro especial las cantidades anticipadas

---

<sup>7</sup> Cfr. Martínez Escribano (2020).

<sup>8</sup> SSTS 587/2020, 10 noviembre (RJ 2020\5273) y 573/2021, 26 julio (RJ 2021\3663), entre otras.

por una persona física para adquirir una vivienda con una finalidad profesional. Pero tampoco las entregadas por una persona física para comprar una vivienda con una finalidad inversora, por ejemplo, para alquilarla, sujeto que sería considerado consumidor por el TRLGDCU, siempre que el arrendamiento de viviendas no sea la actividad profesional o empresarial ejercida por el comprador<sup>9</sup>. En efecto, la aplicación de la Ley 57/68 no depende de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trate esté destinada a domicilio o residencia familiar<sup>10</sup>. La prueba de la finalidad profesional o inversora corresponde al garante<sup>11</sup>, y la de la finalidad residencial al comprador<sup>12</sup>, prueba que requerirá un esfuerzo considerable tratándose el comprador de una sociedad mercantil<sup>13</sup>.

Sobre la exclusión de la Ley 57/68 a compraventas con finalidad profesional, la jurisprudencia sostiene que dicha ley no ampara a los que compren una vivienda para un uso no residencial propio, sino negocial, como es el caso del demandante que compró una "unidad alojativa" en régimen de apartahotel destinada, como el conjunto en que se integraba, a una finalidad de explotación hotelera<sup>14</sup>; ni tampoco al que compró unos apartamentos tipo *suite* turísticos pertenecientes a un conjunto inmobiliario en construcción<sup>15</sup>.

En relación con la exclusión de la Ley 57/68 a compraventas con finalidad inversora o especulativa, hay casos muy claros, como cuando se compran dos estudios universitarios con la finalidad de alquilarlos<sup>16</sup>, o cuando el comprador extranjero compra cinco viviendas dentro de la misma promoción, que no están destinadas a ser habitadas por sus familiares<sup>17</sup>. Con todo, ante casos menos evidentes, la jurisprudencia utiliza diversos indicios que, aplicados de manera combinada, y no siempre de forma homogénea, permiten argumentar que la finalidad de la compraventa era invertir. Así, la omisión por el comprador del destino de las viviendas que pretendía adquirir, por ejemplo por no identificar a los supuestos familiares a quienes debía servir de residencia; que el número de viviendas compradas sea superior a uno (dos, tres, cinco); la gran superficie

---

<sup>9</sup> STS 356/2018, 13 junio (RJ 2018\2445).

<sup>10</sup> STS 36/2020, 21 enero (RJ 2020\94).

<sup>11</sup> STS 236/2022, 28 marzo (RJ 2022\1459).

<sup>12</sup> SSTS 360/2016, 1 junio (RJ 2016\2314) y 161/2018, 21 marzo (RJ 2018, 1152), entre otras.

<sup>13</sup> STS 36/2020, 21 enero (RJ 2020\94).

<sup>14</sup> SSTS 501/2022, 27 junio (JUR 2022\236268) y 502/2022, 27 junio (JUR 2022\236175).

<sup>15</sup> SSTS 103/2022, 7 febrero (RJ 2022\994); 101/2022, 7 febrero (RJ 2022\818); 98/2022, 7 febrero (RJ 2022\654) y 857/2021, 10 diciembre (RJ 2021, 5595).

<sup>16</sup> STS 567/2020, 28 octubre (RJ 2020\4175).

<sup>17</sup> STS 60/2020, 3 septiembre (RJ 2020\3235).



de las viviendas y su alto precio; la ubicación de la vivienda o viviendas compradas en una ciudad distinta de la residencia del comprador; que el contrato de compraventa incluyera un pacto negociado, pues no figuraba en los demás contratos de viviendas de la misma promoción, que facultaba al comprador para ceder el contrato a terceros antes de escriturar; y la obtención de una rebaja en el precio por realizar pagos en metálico<sup>18</sup>. Por el contrario, son indicios que permiten acreditar la ausencia de finalidad inversora que los compradores fueran particulares, que compraran una sola vivienda de las de menor precio y superficie de las ofertadas y que no tuvieran otras propiedades al tiempo de comprar la vivienda; y ello aunque dichos compradores tuvieran su residencia habitual en una ciudad distinta a la de la vivienda adquirida y que el contrato dispusiera de una cláusula de cesión de la vivienda a terceros<sup>19</sup>.

En los supuestos de compraventas con finalidad profesional o inversora no puede aplicarse en contra de los garantes la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de los avales colectivos en favor de los compradores amparados por la Ley 57/68, ni tampoco la doctrina que hace responder al banco receptor de los anticipos, doctrinas a las que haré referencia a continuación. La razón de la imperatividad de la Ley 57/68 está vinculada al bien jurídico protegido, esto es, la vivienda con finalidad residencial; no, por tanto, la puramente comercial o de explotación<sup>20</sup>.

Finalmente, es dudoso si deben quedar garantizadas por la ley especial las cantidades entregadas por una persona física consumidora para comprar una vivienda o un local que sirva para almacenaje o como biblioteca particular, pues en este caso el inmueble no tendría el destino habitacional que parecen requerir tanto la Ley 57/68 como la DA1.<sup>a</sup> LOE. Si la compra no tiene finalidad profesional o especulativa, serán exigibles las garantías previstas tanto la Ley 57/68 y en la DA1.<sup>a</sup> LOE, aunque la vivienda radique en el extranjero, siempre que el promotor y el comprador incluyan una cláusula de sumisión a la ley española<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> SSTS 420/2016, 24 junio (RJ 2016\4065); 623/2020, 19 noviembre (RJ 2020\5283); 675/2016, 16 noviembre (RJ 2016\6303); 582/2017, 26 octubre (RJ 2017\4788); 161/2018, 21 marzo (RJ 2018, 1152); 460/2020, 3 septiembre (RJ 2020, 3235); 385/2021, 7 junio (RJ 2021\2671); 27/2022, 18 enero (RJ 2022, 50); 52/2022, 31 enero (RJ 2022\621); 53/2022, 31 enero (RJ 2022\626) y 379/2022, 5 mayo (JUR 2022\157418).

<sup>19</sup> STS 236/2022, 28 marzo (RJ 2022\1459).

<sup>20</sup> STS 325/2022, 25 abril (RJ 2022\2277).

<sup>21</sup> SAP Murcia 647/2020, 20 abril (Roj: SAP MU 647/2020). Según Torralba Mendiola (2020), queda abierta la cuestión de si la Ley 57/68 podría ser considerada de “policía”, en el sentido del artículo 9 del Reglamento Roma I, e imponer su aplicación incluso si el contrato se rigiera por un Derecho extranjero. Del mismo modo, podría plantearse la pregunta de si los adquirentes podían ser considerados consumidores,

## I. GARANTÍAS

### III. 1. Efectividad de las garantías cuando se produce la entrega de la vivienda con vicios ocultos

Cabe cuestionarse si en el concepto de falta de entrega pueden incluirse otras vicisitudes distintas de la no terminación o de la falta de autorizaciones exigibles para la ocupación de la vivienda<sup>22</sup>. Es decir, si el riesgo cubierto por la garantía de la ley especial puede extenderse a otras circunstancias distintas de la falta de entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad<sup>23</sup>. Así, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre si la pretensión de anulabilidad de contrato de compraventa de vivienda futura por vicio del consentimiento contra el vendedor y su aseguradora, podía ser acumulada con éxito a la de restitución de las cantidades contra la aseguradora, en casos en que la construcción llegó a buen fin, por cuanto que las viviendas se construyeron en plazo y se obtuvieron las correspondientes licencias de primera ocupación; pero presumiblemente dichas licencias podían ser revocadas por deficiencias urbanísticas. En efecto, a la fecha de suscripción del contrato el vendedor no habría informado a la compradora de la existencia de litigio que afectaba al instrumento urbanístico sobre el que se asentaba el inmueble. En concreto, la promotora ocultó que existía un procedimiento judicial en el que se había solicitado la nulidad del decreto que daba cobertura legal urbanística al complejo en el que se ubica la vivienda objeto del contrato.

Pues bien, las sentencias de primera y segunda instancia desestimaron la acción contra la aseguradora, pues entendieron que la compraventa había llegado a buen fin, por haberse obtenido la licencia de primera ocupación. La falta de entrega de las viviendas por problemas de tipo urbanístico sería un riesgo que escapa a la Ley 57/68. Con todo, según el Tribunal Supremo, “la obligación de entrega presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador”, conforme al artículo 1462 CC, esto es, la entrega de la vivienda en condiciones de poder ser habitada sin

---

en el sentido del mismo Reglamento, y beneficiarse de lo previsto en la Ley 57/68 aunque se hubiera escogido un Derecho extranjero para gobernar su contrato.

<sup>22</sup> Cfr. González Carrasco (2021: 858).

<sup>23</sup> Cfr. García Aburuza (2016).

impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos. Y añade que “la obligación asumida por el vendedor de una vivienda se extiende a poner al comprador en la pacífica posesión de un espacio independiente que no solo aparentemente sea una vivienda, sino que se adapte a las exigencias urbanísticas, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador”. En consecuencia, el vendedor responde no solo de la falta de entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad, sino también cuando el promotor terminó la vivienda y obtuvo la licencia de primera ocupación, pero existe una serie amenaza de demolición de lo edificado por ilegalidades urbanísticas, con la consiguiente frustración de las legítimas expectativas del comprador, lo que equivale a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo<sup>24</sup>.

Entonces, la entrega de la vivienda con ilegalidades urbanísticas imputables a la promotora, que provoca que se frustren las legítimas expectativas de la compradora, es un riesgo cubierto por las garantías especiales de la Ley 57/68. En efecto, las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/68 se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por error en el consentimiento, al haber ocultado el promotor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística. Con todo, es dudoso que la Ley 57/68 cubriera un siniestro no de resolución del contrato por incumplimiento del vendedor, sino una causa de nulidad motivada por la falta de información del vendedor al comprador sobre la existencia de un litigio que puede dar lugar a la revocación de la licencia de construcción y ocupación y revertir una situación que por el momento era estable. Por lo demás, se ha dicho que esta doctrina desconoce uno de los efectos básicos de la declaración de nulidad del contrato, esto es, la nulidad de la garantía como elemento accesorio de la obligación principal<sup>25</sup>. Mas, en mi opinión, la resolución o la nulidad de la obligación principal no extingue las garantías u obligaciones accesorias, siempre que estas se hayan previsto para el supuesto de resolución o nulidad de la obligación principal. De hecho, la hipoteca que garantiza el cumplimiento de un préstamo sigue garantizando la obligación de restitución derivada de la nulidad o resolución de este último. En nuestro caso, la garantía de la Ley 57/68 es

---

<sup>24</sup> STS 527/2016, 12 septiembre (RJ 2016\4437). Cfr. también STS 137/2016, 9 marzo (RJ 2016\959).

<sup>25</sup> Cfr. Carrancho Herrero (2017).

divisible y tiene un valor práctico que justifica su subsistencia, como es garantizar la obligación de restitución de los anticipos consecuencia de la nulidad de la compraventa.

Por otro lado, con la regencia de la Ley 57/68 parece que no podía pedirse “la ejecución de la garantía” cuando la vivienda se había entregado gravada con una anotación de embargo o una hipoteca<sup>26</sup>. Con todo, la jurisprudencia admite la resolución contractual y la devolución de las cantidades anticipadas, con responsabilidad de la entidad avalista, en casos en los que la construcción está finalizada y obtenida la licencia de ocupación, porque el promotor no levantó las cargas hipotecarias pendientes antes del otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En estos casos el comprador puede instar la resolución del contrato por incumplimiento de la promotora anterior a que esta le requiriera para escriturar, si la promotora no atendió el requerimiento del comprador para que procediera a cancelar las hipotecas antes del otorgamiento de la escritura. En consecuencia, si el aval garantiza la devolución de los anticipos del comprador en caso de falta de entrega de la vivienda dentro del plazo pactado, también cuando el vendedor supedita el otorgamiento de escritura pública al pago de un precio mayor que el estipulado o pretenda entregar la vivienda con cargas hipotecarias cuando se pactó libre de cargas<sup>27</sup>. Por tanto, las garantías de la ley especial son efectivas cuando el vendedor entrega la vivienda con una hipoteca superior al importe del precio pendiente de abono.

En contra de una jurisprudencia antigua<sup>28</sup>, puede concluirse que la jurisprudencia actual ha ampliado el supuesto de hecho cubierto por la garantía legal, es decir, se ha pasado de la no entrega a la entrega con vicios ocultos<sup>29</sup>. Y ello, parece, para otorgar una mayor protección al comprador. En efecto, la jurisprudencia comentada hace una interpretación extensa de la Ley 57/68, que no contempla específicamente como riesgo cubierto el supuesto de ilegalidad urbanística como forma de incumplimiento, pues se ciñe exclusivamente a la no entrega de la vivienda en plazo, o a la no existencia de licencia de primera ocupación. Ahora bien, se ha sostenido que esta doctrina, dictada en asuntos sometidos a la Ley 57/68, es incompatible con el ap. 5 DA1.<sup>a</sup> LOE, porque según este precepto, la cancelación de la garantía se produce con la expedición de las

---

<sup>26</sup> *Cfr.* González Carrasco (2021: 858). Con todo, el artículo 23.3 Ley 8/2012 de la Vivienda de Galicia (BOE núm. 217, 08/09/2012), establece que la garantía de devolución de los anticipos efectuados se extenderá a los supuestos en los que “la vivienda vendida y entregada finalmente a la persona compradora apareciese gravada con cargas distintas de las pactadas”.

<sup>27</sup> SSTS 128/2021, 8 marzo (RJ 2021\1066) y 255/2019, 7 mayo (RJ 2019, 1882).

<sup>28</sup> Según las SSTS 18 febrero 1993 (RJ 1993, 1243) y 14 abril 1993 (RJ 1993, 2879), la Ley 57/68 solo cubre el riesgo de la no entrega, no el de que la obra entregada no se corresponda a la calidad debida.

<sup>29</sup> Carrasco Perera (2022: I, 9, IV, 15).

autorizaciones para la ocupación del inmueble, siempre que el tomador acredite la entrega efectiva, o que esta ha sido rehusada por el comprador. Así, se entiende que la garantía por cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas en construcción habrá agotado su finalidad a pesar de esos vicios ocultos, que, por tanto, constituyen riesgos ajenos a las garantías previstas en la DA1.<sup>a</sup> LOE<sup>30</sup>. En efecto, en la nueva regulación se ha suprimido la mención a que “por cualquier causa” la vivienda no sea entregada, a la que hacía referencia la Ley 57/68, por lo que el riesgo cubierto por la nueva garantía especial es que la construcción no se inicie o termine en el plazo fijado en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda.

### **III. 2. Efectividad de las garantías cuando el comprador adquiere la vivienda en liquidación concursal y a un precio menor que el pactado**

En el caso tratado por la STS 459/2019, 22 julio (RJ 2019\3268), los compradores de vivienda, después de que la promotora fuera declarada en concurso y no les entregara el piso en el plazo establecido, concurren a la liquidación concursal y adquieren el inmueble que había sido objeto de compraventa, aunque sin terminar, a un precio inferior del que aparecía en el contrato. Posteriormente, los mismos compradores reclaman del avalista la devolución de las cantidades pagadas adelantadamente. La entidad avalista entiende que no se produce el supuesto de hecho de la Ley 57/68, porque el piso fue finalmente entregado, y acusan de enriquecimiento injusto la petición de los demandantes.

Pues bien, el TS estima la demanda y rechaza las alegaciones de la entidad avalista. Según la sentencia, el derecho al pago del aval se devenga cuando el promotor no ha terminado o entregado la vivienda en el tiempo prescrito en el contrato, que es lo que sucede en el caso. Además, el empobrecimiento que supone para el garante atender al aval que garantizaba la devolución del precio adelantado tiene un origen legal, que es el cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 1 Ley 57/68, como consecuencia del incumplimiento por la promotora vendedora de su obligación de entrega de la vivienda. Dicho empobrecimiento no guarda relación causal con el posible ahorro que la compradora haya podido tener al adquirir en liquidación la vivienda, ya que la

---

<sup>30</sup> González Carrasco (2021: 859).

compradora tuvo que asumir el coste de la terminación de las obras y la obtención de las autorizaciones administrativas necesarias para su habitabilidad.

En mi opinión, la decisión es correcta. Como se ha explicado, el garante es responsable de los anticipos, aunque la vivienda se “entregara” más tarde a través de un proceso de liquidación y a pesar de que el comprador pagara por ella un precio menor que el acordado. Y ello porque el derecho al reembolso de estas cantidades no funciona como una indemnización del daño sufrido por el comprador a causa del incumplimiento del promotor, ya que en tal caso habría que haber considerado el desarrollo posterior de los hechos para decidir si los compradores sufrieron finalmente un daño emergente. Podría decirse que el derecho de reembolso de los anticipos es más bien un crédito restitutorio que se devenga en un tiempo cierto y que no queda marcado por el curso posterior de los acontecimientos en el patrimonio del comprador<sup>31</sup>.

### **III. 3. Inefectividad de las garantías por cantidades adelantadas antes de la obtención de la licencia de edificación en la DA1.<sup>a</sup> LOE**

Bajo la vigencia de la Ley 57/68, la jurisprudencia acabó condenando la práctica conocida como seguros de “Tramo I” y de “Tramo II”. En el tramo I se aseguraban las cantidades entregadas para sufragar las fases previas a la construcción de las viviendas, en concreto la compra del suelo cooperativizado; poco más se garantizaba que los administradores de la cooperativa hubieran actuado con diligencia en el manejo de los fondos. Pero la contingencia cubierta por el seguro de tramo I no era en rigor la delimitada por la ley 57/68, pues en esta fase ni siquiera se sabe cuál es el suelo sobre el que construir<sup>32</sup>. El tramo II se iniciaba con la obtención de la licencia de edificación, y el riesgo cubierto era propiamente el de la Ley 57/68. En consecuencia, malograda la promoción antes de que se hubiera obtenido la licencia de edificación y de que hubiera comenzado la construcción, los futuros compradores quedaban privados de la cobertura

---

<sup>31</sup> Carrasco Perera (2019).

<sup>32</sup> Como argumenta SAP Granada 185/2021, 24 mayo (JUR 2021\331644), lo que protege la ley es la posición de quien anticipa cantidades de dinero para el acceso a una vivienda no edificada, como bien esencial, que comprende la adquisición de la construcción junto con el terreno en que se asienta y que, una vez terminada, conformará un todo como una unidad dominical por efecto de la accesión. En consecuencia, no se puede dissociar el interés que conjuntamente ampara la norma, ampliando su protección a las cantidades invertidas para la adquisición de parcelas urbanas, por más que las mismas tengan como única utilidad la construcción de viviendas. Porque, a tales efectos, la correspondiente extensión de terreno no tiene por sí misma la consideración de vivienda futura si, junto con ella, no se contrata su edificación conforme a un proyecto que la identifique e individualice como cosa cierta (art. 1445 CC) sobre la que hubiera de concretarse el interés del comprador. En contra, SSAAPP Madrid 100/2021 15 abril (JUR 2021\203135) y Málaga 73/2021, 29 enero (JUR 2021\195968), entre otras.

del seguro de la ley especial, porque solo habían estado cubiertos hasta ese momento por un seguro distinto y menor.

La STS 540/2013, 13 septiembre (RJ 2013\5931), condenó la práctica de seguros por tramos, y calificó el seguro de caución de la Ley 57/68 de imperativo. Así, el riesgo asegurado por el seguro de la Ley 57/68 es el fracaso del proyecto, en cualquiera de sus fases. El seguro de Tramo I se convertía entonces en un aseguramiento ante la contingencia de no entrega final de la vivienda, dijera lo que dijera la póliza. Aunque la citada sentencia resuelve la controversia desde un enfoque de prevalencia de la ley especial, su decisión también se funda en la interpretación de los contratos formalizados, lo que le lleva a concluir que los anticipos estaban garantizados conforme a la Ley 57/1968. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, de ella podría deducirse que se generó la confianza suficiente en el comprador de que los anticipos estaban garantizados conforme a la referida ley.

Sin embargo, la doctrina de la STS 540/2013, al igual que la Ley 57/68, quedó derogada después de la reforma de 2015 de la DA1.<sup>a</sup> LOE, promulgada bajo la influencia del *lobby* asegurador. Según la reforma, solo se garantizan cantidades pagadas por los compradores “desde la obtención de la licencia de edificación”<sup>33</sup>. Por tanto, las cantidades entregadas con anterioridad a la obtención de la licencia no quedan aseguradas por la ley especial, y deberán garantizarse por un seguro destino, como el de tramo I. Pero este seguro de tramo I ya no es obligatorio, porque según la DA1.<sup>a</sup> LOE las cantidades entregadas con anterioridad a la licencia no están sujetas a la garantía legal. Por consiguiente, como dijimos, la reforma de 2015 supuso un retroceso en el nivel de protección de los adquirentes de viviendas que adelantaron cantidades antes de la obtención de la licencia de edificación.

Con todo, se podría argumentar, y efectivamente se ha hecho, que la reforma de la DA 1.<sup>a</sup> LOE en 2015 no produjo tal retroceso en el nivel de protección de los compradores que adelantaron cantidades antes de la obtención de la licencia de edificación. Así, la concesión de la licencia marcaría el momento de entrada en vigor de la garantía y el límite del plazo otorgado al promotor para constituir la, pero no discriminaría entre las diferentes entregas de dinero a cuenta del precio a los efectos de su inclusión en la garantía a constituir una vez obtenida la licencia. Una vez concedida

---

<sup>33</sup> Con todo, el PLDV trata de mejorar la protección del comprador, al extender la garantía a las cantidades aportadas por los adquirentes “antes” de la obtención de licencia de obra, en contra de lo previsto ahora en la DA 1.<sup>a</sup> LOE.

licencia de edificación, el promotor está obligado a contratar la garantía, puesto que la constitución anterior podría significar un desembolso inútil. No obstante, todos los anticipos previstos en el contrato han de formar parte de las cantidades garantizadas. El garante quedaría así obligado a su eventual devolución<sup>34</sup>. Asimismo, se ha razonado que la DA1.<sup>a</sup> LOE, cuando regula los requisitos del seguro y aval, señala expresamente que la garantía debe cubrir “la cuantía total de las cantidades anticipadas”; lo que se acomodaría a la jurisprudencia, según la cual, se aseguran todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior<sup>35</sup>.

Observemos que estas interpretaciones bienintencionadas chocan con obstáculos prácticos insalvables. Para que la aseguradora responda de cantidades entregadas con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación será preciso que la aseguradora lo quiera. Porque nadie puede obligar a una entidad aseguradora a entrar en un contrato de seguro comprendido en el ámbito de aplicación de la DA1.<sup>a</sup> LOE. De esta forma, si la aseguradora se ve impelida, de concertar la póliza, a cubrir las cantidades previas cuyo pago no ha controlado, así como tampoco la gestión de tales pagos por la entidad receptora, entonces puede ocurrir perfectamente que decline a asegurar ante este aumento de riesgos. Y aunque todavía no se hubieran anticipado cantidades al promotor, es también probable que el asegurador decline asegurar cantidades pagadas antes de la obtención de la licencia de edificación, debido al incremento de riesgos que supone vigilar no solo la construcción y el empleo de los fondos para la construcción, sino el incierto proceso de adquisición de los solares y su urbanización; a no ser que el promotor satisfaga una prima más elevada que cuando solo contrata un seguro para la construcción, lo que inevitablemente repercutirá en el precio final de la vivienda.

Podría ocurrir que un seguro Tramo I se hubiera constituido después de la reforma del 2015 en consideración a las cantidades adelantadas para la adquisición y urbanización del terreno, y por tanto con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación. ¿Podrían triunfar entonces las interpretaciones bienintencionadas sobre la DA 1.<sup>a</sup> LOE? En mi opinión no, porque el seguro que se hubiese constituido antes de la licencia de edificación no sería el seguro al que se refiere la DA1.<sup>a</sup> LOE, salvo que la aseguradora hubiere generado en el comprador la confianza de que sí estaba asegurando cantidades para la construcción de la vivienda, es decir, el riesgo específico de la normativa especial,

---

<sup>34</sup> González Carrasco (2021: 851).

<sup>35</sup> Estruch Estruch (2017: 40-41). En términos parecidos, Pérez Vega (2016).



como así sucedió en la STS 540/2013. En conclusión, a tenor de la DA1<sup>a</sup>. LOE, fracasada la promoción antes de que se haya obtenido la licencia de edificación y de que hubiera comenzado la construcción, los anticipos entregados por los futuros compradores quedarán privados de la cobertura de seguro de la ley especial, a no ser que la aseguradora hubiere generado en dichos compradores la confianza suficiente para que estos creyeran que sí se estaba asegurando el riesgo específico de la DA1<sup>a</sup>. LOE. En efecto, dicha disposición no impide que el vendedor perciba cantidades a cuenta del precio antes de obtenerse la licencia de construcción, y no le impone la obligación de constituir garantía legal, ya lo sea seguro de caución o aval, sino desde el momento en que se obtenga la licencia de obra. Tampoco deberá responder la entidad de crédito depositaria de los anticipos recibidos con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación.

De una manera similar parece entenderlo la SAP de Murcia 103/2022, 21 marzo (JUR 2022\177216), en un caso en el que el contrato de “reserva de vivienda” se firmó el 27 de octubre de 2016, por lo que era aplicable la DA 1.<sup>a</sup> LOE en su versión de 2015. Los compradores anticiparon cantidades antes de que el promotor obtuviera la licencia de edificación. El promotor entra en concurso y los compradores reclaman no a la avalista, sino a la entidad de crédito receptora de los anticipos. El juzgado estima la demanda, pero la Audiencia casa la resolución. Según la Audiencia, la DA 1.<sup>a</sup> LOE ha reducido el ámbito de protección en relación con las cantidades anticipadas a cuenta de la construcción de viviendas. La obligación de garantizar del promotor solo surge desde la obtención de la licencia de edificación. La DA 1.<sup>a</sup> LOE introduce un elemento temporal que limita el régimen de protección de los adquirentes de las viviendas en construcción, pues deja fuera de la obligación de garantizar todas aquellas cantidades entregadas antes de la concesión de la licencia de edificación. No obstante, la Audiencia considera que es posible realizar una interpretación más favorable al comprador, entendiendo que una vez obtenida la licencia de edificación surgiría para el promotor la obligación de garantizar todas las cantidades anticipadas por los futuros compradores con independencia del momento en el que se produjo el pago, fuese éste anterior o posterior a la concesión de tal licencia, extendiéndose la responsabilidad de la entidad de crédito a dichas cantidades. Pero, en todo caso, será necesaria la obtención de la licencia de edificación para retrotraer el régimen de garantía y extender dicha responsabilidad a los garantes pues, en suma, iniciada la construcción, aunque sea desde el punto de vista jurídico de la obtención de la licencia, todas las cantidades entregadas se corresponden con "entregas de dinero para su

construcción", como literalmente se señala en la DA 1<sup>a</sup>.1 a) LOE. Dado que no consta acreditado que la promotora solicitase y obtuviese la licencia de edificación para la promoción de las viviendas, la Audiencia absuelve a la entidad bancaria demandada del pago del importe de la reserva que le es reclamado por no estar cubierto por la protección prevista en la DA 1.<sup>a</sup> LOE.

En mi opinión, la doctrina de la Audiencia es correcta en cuanto sostiene que no quedan cubiertos por la garantía especial los anticipos abonados con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación. Pero, al contrario de lo que afirma la Audiencia, si luego la licencia de edificación se obtiene, la entidad de crédito no puede responder por los anticipos abonados con anterioridad a la obtención de la licencia. Reparemos en que la Audiencia está tratando de la responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos, no de la responsabilidad del garante. Que, conforme a la DA. 1<sup>a</sup> LOE, el promotor "tenga el deber de garantizar" después de obtener la licencia de edificación, quiere decir que él tiene obligación de buscarse una garantía para estas cantidades, pero no significa que el banco depositario de los anticipos responda, pues no es garante, por una conducta que no era ilícita antes de la licencia ni puede ser ilícita retroactivamente.

Con todo, la SAP de Madrid 59/2022, 17 febrero (JUR 2022\152516), resuelve en un sentido diferente, en cuanto a la responsabilidad de la entidad depositaria por cantidades adelantadas antes de licencia. Sostiene la Audiencia que, conforme DA1.<sup>a</sup> LOE, el banco depositario responde de anticipos con anterioridad a la licencia, si no exigió al promotor la constitución de garantía legal. El banco que no exigió garantía "no puede recibir depósito de anticipos antes de obtenerse la licencia de edificación", y si lo hace, responde. Además de lo anterior, afirma que, en el supuesto enjuiciado, la licencia de edificación se obtuvo el 16 de febrero de 2017, si bien los anticipos se ingresaron por la demandante con anterioridad, durante el año 2016. Pero "una vez obtenida la licencia de edificación, y constituida la garantía de seguro o aval, esta garantía no solo ampara o se extiende a las cantidades ingresadas con posterioridad a la licencia, sino a la totalidad de las cantidades ingresadas, ya se hubieran depositado antes o después de la licencia de edificación. No puede ser otro el sentido del texto legal, que reiteradamente declara extender las garantías legales a la totalidad de las cantidades ingresadas por el adquirente de la vivienda. No cabe admitir otra interpretación, que supeditaría la responsabilidad legal, y la efectividad de las garantías, a la voluntad unilateral de las constructoras y

entidades financieras, mediante el simple expediente de recabar la totalidad de los anticipos en fecha anterior a la emisión de la licencia de edificación”.

A mi juicio, la solución a la que llega la Audiencia no puede derivar del tenor de la DA1.<sup>a</sup> LOE. La entidad de crédito que recibe anticipos con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación no tiene el deber de exigir la constitución de la garantía especial al promotor, porque este no tiene la obligación de contratarla sino desde la obtención de la licencia. En conclusión, puede observarse una tendencia en la jurisprudencia menor de otorgar una mayor protección al comprador a través de una interpretación de la norma vigente contraria a su tenor literal.

### **III. 4. Inefectividad de las garantías cuando la compraventa se resuelve por imposibilidad del comprador de obtener financiación**

El régimen de la Ley 57/68 lo que garantiza al comprador es la devolución de las cantidades anticipadas "para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el tiempo convenido" (art. 1.1), de modo que la responsabilidad legal de las aseguradoras y de las entidades de crédito receptoras de los anticipos solo nacerá en los casos que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin. Pero de la Ley 57/68 no puede inferirse que responda el garante o la entidad de crédito depositaria en casos de resolución del contrato por otras causas, como el impago del precio por la imposibilidad de obtener financiación, aunque esta contingencia se reconozca en el contrato como determinante del derecho del comprador a resolverlo. Lo antedicho no significa que el comprador haya perdido su derecho a recuperar de la promotora las cantidades anticipadas, sino únicamente que no se las puede exigir al asegurador ni al banco en el que las ingresó<sup>36</sup>.

Obsérvese que el riesgo de no recibir financiación para pagar el precio es asumido íntegramente por el comprador. Con carácter general, las dificultades de financiación de un contratante no le permiten resolver el contrato, por ser un riesgo que corre de su cuenta. Con todo, las partes pueden atribuir el riesgo de la falta de financiación al vendedor. Por ejemplo, cuando el vendedor haya asegurado al comprador que podrá obtener la financiación precisa subrogándose en el préstamo que el vendedor negocia con un tercero<sup>37</sup>. Pero los pactos entre promotor y comprador que trasladen el riesgo de la

---

<sup>36</sup> SSTS 70/2022, 6 junio (JUR 2022\211743) y 133/2015, 23 marzo (RJ 2015, 1158).

<sup>37</sup> STS 47/2017, 13 julio (RJ 2017\3962).

falta de financiación del comprador al vendedor, y que en definitiva el contrato faculte al comprador a resolver la compraventa por no obtener financiación, no son oponibles al garante y a la entidad de crédito sin su consentimiento, pues agravan su posición de garantes o deudores de refuerzo (*cf.* art. 1851 CC).

#### IV. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

##### IV.1. Responsabilidad del garante cuando no se emiten certificados individuales

La Ley 57/68 no se pronunciaba claramente sobre si era necesario para la efectividad del aval que se expidiera una póliza individual para el comprador<sup>38</sup>. Lo normal es que la promotora suscribiera un aval colectivo para garantizar la totalidad de las cantidades anticipadas, y a medida que se iban vendiendo las viviendas se debían ir expidiendo las correspondientes pólizas individuales<sup>39</sup>. Pero la *praxis* prueba que, existiendo la garantía colectiva, pocas veces se llegan a emitir avales individuales para cada uno de los compradores. Una vez producida la falta de entrega de la vivienda, el comprador reclama contra el avalista la restitución de los anticipos, y este se defiende alegando que la póliza colectiva no es suficiente para considerarle responsable, sino que sería preciso para ello la emisión del aval individual. Surge la duda entonces de si la entidad avalista debe responder o no.

Según la jurisprudencia, la obligación de entregar los avales individuales pesa sobre el promotor. La Ley 57/68 no impone al banco la obligación de velar porque el promotor entregue al comprador los avales individuales ni tiene la entidad bancaria, en principio y salvo pacto en contrario, la obligación de entregar directamente el aval al comprador. Pero sostener, a partir de este razonamiento, que el avalista no responde, hace ineficaz la garantía concertada en la póliza colectiva pese a que el comprador habrá recibido una copia de esta en la firma del contrato, y no tiene por qué saber que debe recibir además el aval individualizado. En estos casos debe responder también el avalista, habiéndose concertado la garantía colectiva y pese a que no se hayan emitido los avales

---

<sup>38</sup> El artículo 2 Ley 57/68 solo afirma que “en el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio”. La emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 Ley 57/68 (STS 322/2015, 23 septiembre 2015, RJ 2015, 4020).

<sup>39</sup> Este modo de operar es el que establecía la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas (BOE núm. 292, 5/12/1968). *Cfr.* Martínez Escribano, 2020.

individuales. Es posible entender directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un certificado individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha abonado anticipos la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales<sup>40</sup>. Los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado<sup>41</sup>.

Por tanto, se concede mayor valor tuitivo a la póliza colectiva que a la individual, superando la efectividad de dicha póliza individual en caso de inexistencia por el hecho de existir la póliza colectiva. Es dudoso, con todo, si esta doctrina seguirá siendo válida después de la reforma de la DA1.<sup>a</sup>LOE<sup>42</sup>, en virtud de la cual la promotora deberá entregar al adquirente una póliza individualizada. Así, podría concluirse que, a tenor de la citada disposición, no se produciría la cobertura solo con la póliza colectiva en poder del promotor y la aseguradora no emitiría póliza individual por cantidades anteriores a la fecha de inicio del contrato que de *facto* no haya podido controlar<sup>43</sup>.

Con todo, no parece ir en la dirección indicada la jurisprudencia dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la DA 1.<sup>a</sup> LOE, aunque todavía referida a supuestos regidos por la Ley 57/68. Según la jurisprudencia, la responsabilidad del avalista, aunque se trate de un aval colectivo, deriva del propio aval, y su efectividad a la hora de responder frente a los compradores de la totalidad de los anticipos, sin límites cuantitativos y tal y como lo haría el promotor avalado, solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda, pero no depende de que los anticipos se hayan ingresado o no en una cuenta del avalista o de otra entidad, ni del carácter de dicha cuenta<sup>44</sup>. Parece pues que la entidad avalista responde de todas las cantidades anticipadas, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, pues la Ley 57/68 no establece límites y exige la cobertura de todas las cantidades

---

<sup>40</sup> SSTS 25/2013, 5 febrero (RJ 2013, 1995); (Pleno) 322/2015, 23 septiembre (RJ 2015, 4020), 226/2016, 8 abril (RJ 2016, 1239); 272/2016, 22 abril (RJ 2016, 2088); 626/2016, 24 octubre (RJ 2016, 4971); y 420/2017, 4 julio (RJ 2017, 3684).

<sup>41</sup> SSTS 332/2015, 10 junio (RJ 2015\2520); 272/2016, 22 abril (RJ 2016, 2088); 626/2016, 24 octubre (RJ 2016\4971); 739/2016, 21 diciembre (RJ 2016\5919); 420/2017, 4 de julio (RJ 2017\3684) y 502/2017, 14 de septiembre (RJ 2017, 4010).

<sup>42</sup> Carrasco Perera (2016).

<sup>43</sup> Carrasco y Almarca (2015: 485).

<sup>44</sup> SSTS 306/2022, 19 abril (RJ 2022\2271); 6/2020, 8 enero (RJ 2020\8) y 8/2020, 8 enero (RJ 2020\6), entre otras.

entregadas y la integridad de los intereses legales hasta que la vivienda se entregue y cuente con cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. El aval no puede limitar su efectividad en la cantidad, por impedirlo la Ley 57/68, según su interpretación jurisprudencial<sup>45</sup>. Entonces, no vincula al avalista el contenido mismo de la póliza, porque la aseguradora responde por las cantidades efectivamente adelantadas.

Ahora bien, respecto a los pagos en metálico, o mediante cheque entregado al promotor, que no se hayan ingresado en cuenta alguna, no quedan protegidos si fueron cantidades no previstas en el contrato, de tal manera que ni siquiera con la entrega de copia de los contratos podía la avalista evitar que escaparan a su control. En efecto, no cabe exigir responsabilidad al avalista colectivo por cantidades anticipadas en efectivo y no ingresadas en la propia entidad avalista cuando dichas cantidades ni siquiera estaban previstas en los contratos. Que no todos los anticipos reclamados tengan correspondencia en los contratos puede ser indicativo de acuerdos o pactos entre compradores y promotora no oponibles al avalista demandado y menos aun cuando resulta que esa falta de correspondencia afecta a la mayor de las sumas reclamadas por los compradores<sup>46</sup>. Pero si son cantidades previstas en los contratos, partiendo de que la entidad avalista o aseguradora debe tener a su disposición los contratos y puede conocer el precio y la forma de pago pactada, estas cantidades quedarán garantizadas<sup>47</sup>. En efecto, aun cuando los pagos se hicieron en efectivo y sin ajustarse al detalle al calendario de pagos pactado, lo relevante es que el importe de cada pago guardaba exacta correspondencia con las cantidades que según el contrato debían ser satisfechas, bien en concepto de "señal", bien en concepto de primer pago a cuenta que habría de servir para que comenzara a computarse el plazo de entrega pactado<sup>48</sup>. Y no solo ha de responder el avalista frente a los compradores de las cantidades previstas en el contrato que no se ingresaran en una cuenta bancaria de la promotora, sino también de las que se ingresan (en parte) en una cuenta de la promotora en una entidad distinta de la avalista<sup>49</sup>. No obstante, el comprador deberá acreditar fielmente cada uno de los pagos realizados para que el avalista responda<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> STS 2/2020, de 8 enero (RJ 2020\2).

<sup>46</sup> STS 52/2022, 31 enero (RJ 2022\621).

<sup>47</sup> SSTS 236/2022, 28 de marzo (RJ 2022, 1459); 205/2022, 14 marzo (RJ 2022, 1474); 195/2022, 7 marzo (RJ 2022, 1587) y 414/2022, 23 mayo (JUR 2022\194116).

<sup>48</sup> STS 94/2021, 22 febrero (RJ 2021\805).

<sup>49</sup> SSTS 399/2022, 17 mayo (JUR 2022\183426); 135/2022, 21 febrero (RJ 2022, 995) y 460/2021, 28 junio (RJ 2021, 3242).

<sup>50</sup> STS 582/2022, 26 julio (Roj: STS 3213/2022).

Obsérvese que, como se ha argumentado, esta jurisprudencia, relativa la responsabilidad de la avalista demandada por los anticipos no ingresados en cuenta bancaria (efectivo y cheques) o ingresados en la cuenta bancaria de una entidad distinta a la propia avalista, no puede ser aplicable a la entidad de crédito depositaria que es demandada. Si los compradores ingresan sus adelantos en una cuenta bancaria, la entidad tiene que asegurarse que se trata de la cuenta especial de la Ley 57/68 y que se cumplen las exigencias relativas a esta cuenta, por ejemplo, que el promotor no puede disponer a otros fines. Pero si el banco abre la cuenta y los compradores no ingresan todos o algunos de sus pagos en esa cuenta, el control de esta modalidad de pago está fuera del ámbito de riesgo que se puede imponer a la entidad depositaria. La entidad puede fiscalizar la conducta sobre la cuenta y otras conductas sobre otras cuentas del promotor en que se sospecha que se depositan pagos por adelantos, pero no puede revisar lo que queda fuera del soporte documental que maneja el banco. ¿Cómo va a saber el banco que el comprador pagó en efectivo o en una cuenta de otra entidad? Incluso aunque el banco conociera de los pagos en efectivo o de los ingresos en otra entidad, es dudoso que el banco pueda tomar alguna medida efectiva. Porque el banco depositario no puede resolver con efectos retroactivos el contrato de servicio bancario con el promotor, porque es un contrato en favor de terceros, al menos impropio. Tampoco tiene el banco acción como subrogado o cesionario para reclamar al comprador el adeudo en la cuenta<sup>51</sup>.

Por consiguiente, parece que, conforme a la jurisprudencia comentada, la regla general es que la DA1.<sup>a</sup> LOE ha de interpretarse restrictivamente, y no es necesaria la exigencia de título individualizado para que el avalista responda. Puede pronosticarse que la DA1.<sup>a</sup> LOE, a pesar de la exigencia de certificados individuales, no cambiará el panorama, pues presumiblemente la jurisprudencia hará de ella una interpretación restrictiva, y dará más relevancia al aval colectivo. Entonces, la avalista responde, aunque se trate de un aval colectivo y no haya emitido certificados individuales, y aunque los anticipos no se ingresaran en una cuenta de la promotora y no tuvieran correspondencia en el contrato. En efecto, la no emisión de pólizas individuales de seguro de cantidades adelantadas no hace ineficaz la reclamación del comprador contra la aseguradora. No puede exonerarse de sus obligaciones la entidad aseguradora que, no emitiendo las pólizas individuales, había incumplido la obligación al respecto impuesta por la Ley

---

<sup>51</sup> Carrasco Perera (2020).

57/68. Si para el aseguramiento efectivo hacía falta que la aseguradora emitiese pólizas individuales, no podría beneficiarse de su torpeza la propia aseguradora.

No obstante, está emergiendo una doctrina jurisprudencial que considera que la responsabilidad del avalista, que no emite certificados individuales, depende de la confianza que este haya generado en el comprador sobre el aseguramiento del aval de la ley especial. Para que la promotora y la entidad avalista hayan podido generar confianza en los compradores de la devolución de las cantidades entregadas, debía haberse mencionado la Ley 57/68 bien en el contrato de compraventa, bien en línea de avales que la promotora firmó con la entidad financiera, pues de otra manera no se puede entender que la garantía sea de las obligatorias establecidas en la citada norma y que por tanto la entidad avalista haya de responder.

Por consiguiente, el avalista solo responderá si generó en los compradores la confianza en la garantía de sus anticipos conforme a la Ley 57/68. Según cierta jurisprudencia, la responsabilidad de la entidad avalista, con base en los artículos 1, 2 y 3 Ley 57/68, cuando no haya entregado certificados individuales a los compradores, se funda en haber generado en estos la confianza de que la devolución de sus anticipos estaba garantizada, confianza derivada de la mención de la propia Ley 57/68 en los contratos de compraventa o en la póliza colectiva, de la concertación de la línea de avales expresamente para una determinada promoción o, en fin, de la entrega a los compradores de una copia de la póliza. Así, no hay responsabilidad si no concurrían "ninguna de las circunstancias capaces de generar, ya por el promotor, ya por la entidad con la que concertó la línea de avales, esa confianza en los compradores". No se genera esa confianza cuando en los contratos de compraventa, firmados en representación de los compradores por la apoderada de un despacho de abogados con forma de sociedad limitada, no se hizo referencia ni mención alguna a la Ley 57/68 ni a la garantía de devolución de los anticipos, ni a que la garantía se concertaba para una determinada promoción; la cuenta identificada para hacer los pagos no se calificaba de especial ni en ella se ingresaron tampoco los anticipos, abonados por ese despacho de abogados en una cuenta de una sociedad diferente de la promotora en otro banco<sup>52</sup>.

Por lo tanto, el solo hecho de la existencia del afianzamiento de las cantidades anticipadas no es suficiente para que los compradores vean reintegrados los anticipos,

---

<sup>52</sup> SSTS 429/2022, 30 mayo (RJ 2022\2432); 1/2020, 8 enero (RJ 2020, 5391); 411/2019, 9 julio (RJ 2019, 2801).



cuando no se les hubiese entregado copia de la póliza colectiva o línea de avales junto con el contrato de compraventa. Según la nueva doctrina jurisprudencial, el garante queda exonerado por el simple hecho de que los compradores no fueran conscientes de que las cantidades entregadas anticipadamente estaban garantizadas por ley y que, por ende, no tenían ninguna expectativa real en que la ley se aplicara. Consecuencia de esta postura jurisprudencial, la aseguradora cobrará una prima del promotor por abrir la póliza global y además no emitirá las pólizas individuales para no asumir riesgos de siniestros asegurados. Por ello, se ha considerado esta decisión un grave retroceso que elimina el carácter protector de la norma y que contradice una jurisprudencia anterior que había negado que la protección del comprador estuviera basada en su posible confianza sobre la existencia de la garantía legal, y que en definitiva había negado que la no mención de la norma fuera motivo para que no se condenase a las entidades garantes a la devolución de cantidades anticipadas<sup>53</sup>. En efecto, la jurisprudencia no admitía, por regla general, que recayeran sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a los avalistas o a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas<sup>54</sup>.

Aunque de la emergente corriente jurisprudencial puede deducirse que las entidades aseguradoras y avalistas tendrían ahora incentivos para no generar confianza, disponiendo que no garantizan todas las cantidades u omitiendo cualquier mención a la Ley 57/68 en la publicidad o en el contrato, lo cierto es que nadie puede sacar provecho de su propia torpeza y salir beneficiado de su infracción (art. 1306 II CC). Conforme a la regla contenida en el artículo 1119 CC, “todo lo que deba ser hecho se tiene por hecho, si es por causa del interesado en no hacer por lo que la cosa finalmente no ha sido hecha”<sup>55</sup>.

## **IV.2. Distinción entre la responsabilidad del garante y la del banco depositario**

---

<sup>53</sup> Cfr. López San Luis (2020), que se refiere a la STS (Pleno), 13 septiembre 2013 (RJ 2013, 5931). En los AATS 19 junio 2019 (PROV 2019, 199729), 23 junio 2019 (PROV 2019, 206070) y 26 junio 2019 (PROV 2019, 206131), se inadmiten los recursos de casación interpuestos por las compañías aseguradoras con el argumento de que: “El fundamento de la responsabilidad de la recurrente, según la sentencia del Pleno, deriva de la existencia de una póliza de afianzamiento en virtud de la cual se avalan cantidades anticipadas a los compradores, no porque la SGRCV les hubiese hecho creer que sus entregas a cuenta estarían garantizadas”.

<sup>54</sup> STS 212/2001, 8 marzo (RJ 2001\2731).

<sup>55</sup> Carrasco Perera (2020).

Como he explicado, conforme al artículo 1.1 Ley 57/68, la entidad garante responde de todas las cantidades anticipadas, incluyendo sus intereses, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, y sin que su responsabilidad respecto de las cantidades anticipadas previstas en el contrato dependa de que se ingresen o no esas cantidades en una cuenta bancaria ni del carácter de la cuenta en que se ingresen, al ser una responsabilidad que solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda<sup>56</sup>.

Por el contrario, la expresión “bajo su responsabilidad” del artículo 1.2 Ley 57/68 debe entenderse en el sentido de que la entidad de crédito que admita ingresos de los compradores en una cuenta del promotor tiene un deber legal de control sobre este, consistente en exigirle la formalización de la garantía y la cuenta especial<sup>57</sup>. En caso de incumplimiento de este deber, las entidades de crédito responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por ellos e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dichas entidades<sup>58</sup>. La justificación de esta doctrina parece estar en un deber ineludible de colaboración de las entidades de crédito, porque de otra forma bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el sistema protector de los compradores de la Ley 57/68 perdiera su eficacia. Evidentemente, a diferencia de la entidad a través de la cual la promotora recibe los anticipos, no es responsable la entidad financiadora de la promoción, si es diferente a la anterior, ni, como veremos, aquellas entidades de crédito que pudieran percibir los fondos posteriormente<sup>59</sup>.

Entonces, la entidad receptora de los anticipos responde *in vigilando* del incumplimiento de la entidad promotora y se le achaca una especie de papel de asegurador de *facto* de estas cantidades<sup>60</sup>. En efecto, se impone un especial deber de vigilancia a las entidades de crédito depositarias, con la finalidad de que controlen que los ingresos en la cuenta que tenga abierta el promotor en la entidad sean derivados a la cuenta especial y para exigirle la constitución de la garantía. La responsabilidad legal

---

<sup>56</sup> SSTS 8/2020, 8 enero (RJ 2020, 6); 6/2020, 8 enero (JUR 2020, 87985) y 653/2019, 10 diciembre (RJ 2019, 5205).

<sup>57</sup> STS (Pleno) 459/2017, 18 julio (RJ 2017, 3643).

<sup>58</sup> STS 733/2015, 21 diciembre (RJ 2015, 5403); 142/2016, 9 marzo (RJ 2016, 955); 174/2016, 17 marzo 2016 (RJ 2016, 862); 226/2016, 8 abril (RJ 2016, 1239); y (Pleno) 502/2017, 14 septiembre (RJ 2017, 4010).

<sup>59</sup> STS 468/2016, 7 julio (RJ 2016\2898).

<sup>60</sup> Carrasco Perera (2020).

del banco derivada del artículo 1.2 Ley 57/68 se funda en su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor, para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas<sup>61</sup>. Así, la entidad de crédito receptora de los anticipos, aunque no avalista, responderá de los anticipos entregados por el comprador mediante ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales<sup>62</sup>. Por eso, la entidad avalista que también es receptora de los anticipos no puede liberarse de su responsabilidad de avalista (art. 1.1 Ley 57/68) porque parte de los anticipos no se ingresen en una cuenta de la propia garante, siempre que esas cantidades estuviesen previstas en el contrato, aunque en ese caso sí podía liberarse de responsabilidad como depositaria de los anticipos (art. 1.2 Ley 57/68)<sup>63</sup>.

Por consiguiente, no es suficiente para que nazca la responsabilidad de la entidad bancaria depositaria con acreditar el pago mediante movimiento bancario de la cuenta del comprador, o mediante un recibí del promotor, ni justificante bancario del ingreso en otra entidad, siendo imprescindible probar que las cantidades reclamadas hayan sido ingresadas en una cuenta de la entidad bancaria demandada. De este modo, si algunos de los anticipos se han ingresado en otra entidad bancaria distinta de la demandada, esta no responde, precisamente porque tales anticipos escapan de la posibilidad de control<sup>64</sup>. Igualmente, si, tras realizarse el ingreso en una cuenta del promotor en otra entidad, este transfiere los anticipos a una cuenta abierta en la entidad bancaria frente a la que se formula la reclamación<sup>65</sup>. A la misma solución se llega en relación con las entregas en efectivo o entregas en dinero realizadas directamente al promotor y no a través de un ingreso en cuenta o mediante efectos bancarios<sup>66</sup>.

Pero, aunque se hayan hecho ingresos a cuenta del precio de la vivienda en la cuenta abierta en una determinada entidad, esta puede no ser responsable de su devolución. La responsabilidad de las entidades de crédito en virtud del artículo 1.2 Ley 57/68 deriva de su condición de depositaria de los anticipos, por lo que no es una responsabilidad "a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o

---

<sup>61</sup> STS 636/2017, 23 noviembre (RJ 2017, 5067).

<sup>62</sup> STS 779/2014, 13 enero (RJ 2015, 352) y 733/2015, 21 diciembre (RJ 2015, 5403).

<sup>63</sup> STS 220/2022, 22 marzo (RJ 2022\1543).

<sup>64</sup> STS 102/2018, 28 febrero (RJ 2018, 860) y 411/2019, 9 julio (RJ 2019\2801), entre otras.

<sup>65</sup> STS 468/2016, 7 julio (RJ 2016, 2898).

<sup>66</sup> SSTS 408/2019, 9 junio (RJ 2019, 2796) y 436/2016, 29 junio (RJ 2016, 3158).

asegurador", sino que nace del incumplimiento de su deber de control "sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor" en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante "si conoció o tuvo que conocer" la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas<sup>67</sup>. Es, por ende, necesario que la entidad bancaria *haya podido conocer* que se trata de un anticipo del precio realizado por los compradores, pues cuando no hay elementos que le permitan conocer esta circunstancia no se le puede exigir responsabilidad<sup>68</sup>.

Por consiguiente, la entidad depositaria no responde de los anticipos, conforme al artículo 1.2 Ley 57/68, aunque en el concepto de la transferencia aparecieran unos apellidos coincidentes con los de los compradores, si no puede identificar los ingresos, porque no recibió los ingresos de los compradores o de la promotora, sino de una sociedad mercantil, sin que esta diera razón suficiente de que se correspondían con anticipos de los compradores protegidos por la Ley 57/68, y prescindiendo además de la cuenta indicada en el contrato para realizar los ingresos. La entidad de crédito solo podría haber conocido la procedencia de los ingresos realizando una verdadera labor inquisitiva sobre cualquier pago realizado en la cuenta de la promotora, lo que no es legalmente exigible. No cabe exigir a la entidad de crédito una labor de investigación sobre todos y cada uno de los abonos que se efectuaran en la cuenta de una promotora que llevaba a cabo varias promociones simultáneamente<sup>69</sup>.

En definitiva, la Ley 57/68 no ampara que la entidad de crédito demandada responda de los anticipos si los compradores los ingresan en otra entidad de crédito, o aun ingresándolos en la misma entidad reclamada, si contratan por medio de una sociedad, que prescinde de la cuenta indicada en los contratos para el ingreso de los anticipos, cuando la promotora se dedicaba a varias promociones. En casos como este la entidad de crédito demandada no *tuvo que conocer* que el ingreso en una cuenta de la promotora en dicha entidad se correspondía con un anticipo de los compradores-demandantes. Esta doctrina no debe entenderse modificada tras la vigencia de la DA1<sup>a</sup>

---

<sup>67</sup> SSTS 479/2020, 21 septiembre (RJ 2020, 3323); 453/2020, 23 julio (RJ 2020, 2490) y 147/2020, 4 marzo (RJ 2020, 739).

<sup>68</sup> SSTS 503/2018, 19 septiembre (RJ 2018, 4164); 411/2019, 9 julio (RJ 2019, 2801); 622/2019, 20 noviembre (RJ 2019, 4724); 623/2019, 20 noviembre (RJ 2019, 4723); 644/2019, 27 noviembre (RJ 2019, 4876).

<sup>69</sup> SSTS 584/2022, 26 julio (Roj: STS 3220/2022); 406/2020, 7 julio (RJ 2020\2307) y 107/2021, 1 marzo (RJ 2021\809), entre otras.

LOE, que mantiene la redacción del artículo 1.2 de la derogada Ley 57/68, recogiendo la misma expresión “bajo su responsabilidad”.

#### **IV. 3. “Baja” del cooperativista y responsabilidad del garante**

La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/68 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio, siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si ésta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda<sup>70</sup>. La garantía no puede subsistir si el contrato de compraventa se extingue por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el artículo 1847 CC "la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", y conforme al artículo 68 LCS, relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es "el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales"<sup>71</sup>.

Resulta de la jurisprudencia que el régimen de la Ley 57/68 no garantiza al comprador la devolución de las cantidades anticipadas para un caso de mutuo acuerdo ajeno al incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda<sup>72</sup>, ni para un caso de baja de los cooperativistas independiente del retraso en la terminación de las viviendas<sup>73</sup>, ni para un caso en que la voluntad de los compradores fue la de no consumir el contrato de compraventa y la tolerancia del vendedor hasta que apareció otro comprador<sup>74</sup>, ni tampoco cuando el comprador se desvincula del contrato por razones ajenas al contrato mismo<sup>75</sup>.

Con todo, la solución es diferente cuando la baja del comprador se produce tras un previo incumplimiento contractual de la promotora, en concreto, un retraso continuado por falta de inicio de las obras de construcción, no entregándose finalmente las viviendas. Aunque los contratos de adhesión a la cooperativa no concretaran el plazo de entrega de las viviendas, es responsable el garante siempre que la baja del cooperativista se produzca porque la construcción de las viviendas ni tan siquiera llegó a iniciarse por la

---

<sup>70</sup> STS 133/2015, 23 marzo (RJ 2015\1158).

<sup>71</sup> STS 2/2020, 8 enero (RJ 2020, 2).

<sup>72</sup> STS 520/2021, 12 julio (RJ 2021, 3362).

<sup>73</sup> STS 43/2021, 2 febrero (RJ 2021, 1790).

<sup>74</sup> STS 578/2015, 19 octubre (RJ 2015, 4847).

<sup>75</sup> STS 237/2015, 30 abril (RJ 2015, 1363).

imposibilidad de obtener financiación, que es un riesgo ajeno al comprador, y que subsistía en las fechas en que este solicitó su baja, tras un tiempo de espera razonable para que las obras hubieran comenzado. Así pues, la aseguradora no puede escudarse en la indeterminación del plazo de entrega de las viviendas cuando resulta que esta indeterminación no le supuso ningún obstáculo para la contratación del seguro<sup>76</sup>.

También está justificada la baja del cooperativista comprador cuando la construcción no solo no había finalizado en plazo, sino que ni tan siquiera había comenzado a iniciarse casi trece años después de constituirse la cooperativa, casi diez desde que se prestó el aval y casi ocho años después de que los propios cooperativistas firmaran su incorporación a la misma e hicieran sus primeras aportaciones. El incumplimiento de la cooperativa no podía justificarse por la circunstancia de que el suelo estuviera pendiente de urbanizar, pues además de que esta tuvo que ser conocida por la entidad garante cuando prestó el aval, se trata de una circunstancia que para la jurisprudencia no puede operar en perjuicio de los cesionarios de viviendas en construcción. Así, la jurisprudencia declara que solo son no imputables a la promotora las causas imprevisibles e inevitables a la fecha del contrato, y que no tienen esta consideración las dificultades y eventualidades propias de la actividad de la construcción, que el promotor tiene necesariamente que prever. "El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el promotor vendedor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador"<sup>77</sup>.

Por lo demás, cabe preguntarse si la falta de constitución de las garantías por la cooperativa promotora permite al cooperativista desvincularse de la cooperativa o resolver el contrato de incorporación y solicitar la restitución de los anticipos. Podría entenderse que no, porque el incumplimiento resolutorio debe afectar a las obligaciones principales derivadas del contrato y no a las accesorias, como la de constituir las garantías exigidas por la Ley 57/1968. Con todo, alguna Audiencia ha entendido que el comprador puede resolver el contrato cuando, tras cinco meses desde la formalización del contrato de compraventa, el promotor no haya constituido la garantía legal<sup>78</sup>. En este sentido, la jurisprudencia establece que quien anticipa cantidades para adquirir una vivienda en

---

<sup>76</sup> STS 368/2021, 28 mayo (RJ 2021\2612).

<sup>77</sup> STS 173/2021, 29 marzo (RJ 2021\1471).

<sup>78</sup> SAP Valencia 24/2022, 26 enero (JUR\2022\190685). Si se aplicara la DA1.<sup>a</sup> LOE, no puede resolver el comprador si el promotor no ha constituido garantía antes de obtención de la licencia de edificación, porque en realidad el promotor no incumple una obligación legal.

régimen de cooperativa puede resolver el contrato de incorporación a la entidad por incumplir la cooperativa las obligaciones legales que se imponían al promotor por la Ley 57/68, en particular la obligación de garantizar mediante aval o seguro la devolución de las cantidades anticipadas, sin que la cualidad de socio del cooperativista le someta obligatoriamente al procedimiento estatutario de baja voluntaria de la cooperativa. En este caso debe reconocerse al cooperativista el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haber obtenido la imperativa garantía de su devolución, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación, sino con cargo a la gestora de la cooperativa <sup>79</sup>. Ahora bien, la no prestación de la garantía legalmente exigible por el promotor, cuando esta circunstancia solo se alega una vez la obra está cercana a su conclusión, puede suponer que la no constitución de dicha garantía no se trate verdaderamente de un incumplimiento esencial que frustra las expectativas del comprador<sup>80</sup>.

En conclusión, si el cooperativista se “da de baja” de la cooperativa (resuelve el contrato), y queda probado que luego la construcción llegó a buen fin, no cabe entender que la baja fuera debida al incumplimiento por la cooperativa promotora de la obligación de entregar la vivienda y por tanto que la garantía cubriera los anticipos. En ese caso la baja del cooperativista obedece a razones diferentes del incumplimiento por la cooperativa. En conclusión, el cooperativista puede darse de baja de la cooperativa, quedando los anticipos garantizados por la ley especial, siempre que incumplimiento de la promotora sea de relevancia suficiente para llevar consigo la frustración del interés del comprador en la celebración del contrato<sup>81</sup>. Es decir, la resolución del contrato por el comprador debe derivar de un incumplimiento esencial de la promotora. Más aún, el cooperativista podría suspender el cumplimiento de su obligación (pago de los anticipos) en la parte correspondiente a la intensidad del incumplimiento de la cooperativa, aunque el incumplimiento de esta parte sea susceptible de ser remediado y no hubiera de dar lugar a la resolución<sup>82</sup>.

#### **IV. 4 ¿Extensión del aval a la novación de la compraventa?**

---

<sup>79</sup> STS 469/2016, 12 julio (RJ 2016\3562). *Cfr.* Busto Lago (2017).

<sup>80</sup> STS 731/2012, 10 diciembre (RJ 2013\914).

<sup>81</sup> *Cfr.*, para un caso ajeno a la Ley 57/68, STS 1000/2008, 30 octubre (RJ 2008, 5806).

<sup>82</sup> *Cfr.* Carrasco Perera (2021: 21/12) y Martín Faba (2022).

Podría darse el caso que los compradores de una vivienda en construcción decidieran cambiar la vivienda inicialmente comprada por otra de distinta promotora y promoción, y luego, ante la falta de entrega de la segunda vivienda, demandaran la resolución del contrato y reclamaran los anticipos a ambas promotoras, así como a la aseguradora de la primera promotora y al banco en el que se ingresó una parte de los anticipos. En tales circunstancias, el mero hecho de que compradores y vendedoras acordaran aplicar los anticipos a cuenta del precio de la primera vivienda al de la segunda no puede significar que el aval colectivo pactado para el primer contrato se extienda a este segundo contrato, toda vez que el garante no tuvo intervención alguna en el mismo; y según el artículo 1827 CC la fianza no se presume ni puede extenderse a más de lo contenido en ella. Se avaló a una determinada promotora respecto de una determinada promoción, y por tanto su garantía no puede extenderse a un deudor diferente por una promoción también diferente. Aunque esta doctrina se aplica en rigor al avalista o asegurador, conforme al artículo 1.2 Ley 57/68 tampoco debe responder el banco receptor de los anticipos si fue por completo ajeno al acuerdo novatorio, pues ninguna obligación tiene de controlar el destino final de los anticipos como pago a cuenta del precio de un contrato en el que no ha intervenido<sup>83</sup>.

En efecto, la obligación principal y la accesorial, a pesar de su interdependencia y accesoriedad, constituyen relaciones con cierta autonomía y sustantividad, lo que impide extender la novación a las personas que no intervinieron en ella. Una solución contraria equivaldría a dotar de eficacia a un convenio respecto de quien no fue parte (art. 1257 CC)<sup>84</sup>. Por lo demás, la novación puede ser perjudicial para el asegurador, si las condiciones de solvencia de la segunda promotora son peores que las de la primera. Por eso el artículo 1835 II CC establece que la transacción hecha entre acreedor y deudor no surte efecto contra el fiador, si este no quiere; y el artículo 1851 CC que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza. De ambos preceptos se infiere que los pactos hechos entre acreedor y deudor perjudiciales para el fiador no pueden afectarle sin su consentimiento.

#### **IV. 5 ¿Responde el banco descontante?**

---

<sup>83</sup> STS 883/2021, 20 diciembre (RJ 2022\231).

<sup>84</sup> Guilarte Zapatero (2015).



Muchas veces la percepción de los anticipos se realiza mediante efectos cambiarios con vencimientos sucesivos, en los que el comprador de la vivienda en construcción asume normalmente la condición de aceptante (letras de cambio) o de firmante (pagarés), dependiendo de lo pactado al efecto en el correspondiente contrato de compraventa, como viene a admitir expresamente la DA 1.<sup>a</sup> LOE. Puede suceder que el promotor transmita ulteriormente los mencionados efectos cambiarios, por lo general, a través de su descuento en una entidad de crédito con el propósito de obtener liquidez. Aunque la garantía de devolución de las cantidades anticipadas se extiende asimismo a las sumas satisfechas mediante títulos cambiarios, cabe plantearse si el incumplimiento del promotor de la obligación de la entrega de la vivienda es oponible por el comprador, en cuanto obligado cambiario, frente al tercero que hubiera adquirido los referidos títulos<sup>85</sup>.

Según la jurisprudencia, es inoponible al banco tenedor la excepción de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 57/68. El banco descontante no responde de las cantidades adelantadas, porque es un tercero cambiario ajeno a la relación causal que dio origen a las letras de cambio descontadas por él. Así, la obligación de garantizar la recuperación de las cantidades anticipadas por los compradores, aunque los pagos se hagan mediante efectos cambiarios, no se imponen al banco descontante, lo que se traduce en que este último, como tenedor de los efectos y titular de los créditos cambiarios autónomos y abstractos incorporados a ellos, pueda descontarlas y sea inmune frente a eventuales excepciones extracambiarías fundadas en las relaciones personales entre el librado-aceptante (el comprador) y el librador (promotora). La tesis contraria, favorable a la oponibilidad, y, por ende, a responsabilizar al banco descontante, no es aceptable mientras el legislador no establezca para los efectos cambiarios librados para el pago de cantidades anticipadas en la compra de viviendas una previsión similar a la contenida en el artículo 24 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, permitiendo al obligado cambiario oponer frente al tenedor del efecto cambiario las excepciones causales que tuviera frente al vendedor de la vivienda.

En efecto, según los artículos 20 y 67. I Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, el comprador-aceptante de las letras de cambio libradas para el pago de anticipos a cuenta del precio de la compraventa no puede responsabilizar al banco

---

<sup>85</sup> Cfr. La Casa García (2019).

descontante del incumplimiento por parte del promotor-librador de sus obligaciones derivadas de la Ley, a menos que pueda demostrarse la *exceptio doli*, es decir, la intervención del banco-tenedor en el contrato subyacente, "aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulando con el librador o como testaferro". Es determinante para apreciar la *exceptio doli* que el banco pudiera conocer, al descontar las letras, que el promotor incumpliría la prestación que sirvió de causa a la aceptación de los instrumentos cambiarios. Así, los bancos no podrían conocer que la promotora incumpliría la prestación esencial de entregar la vivienda en plazo si todos los descuentos se hicieron en el mismo año de firma del contrato. En consecuencia, quien responde legalmente conforme al artículo 1.2 Ley 57/68 es la entidad de crédito que admite anticipos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial debidamente garantizada, no la entidad de crédito que se limita a descontar efectos cambiarios presentados por promotor, siempre que no sea la depositaria de las cuentas especiales ni la concedente de las garantías<sup>86</sup>.

Entonces, el banco descontante no puede ser responsable si no tercia ni interviene en modo alguno en la relación jurídica subyacente que dio lugar a la creación y aceptación de los títulos cambiarios<sup>87</sup>. Ahora bien, podría argumentarse que el dinero obtenido mediante el descuento de los referidos efectos tendrá que depositarse en la cuenta especial, de cuyos fondos únicamente cabrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Podría razonarse que, aunque el banco descontante no haya intervenido de ningún modo en el contrato causal, sí le es oponible la excepción de incumplimiento contractual por la falta de entrega de vivienda, porque el importe de las letras tenía un destino obligatorio impuesto por la Ley 57/68, que obligaba a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad de crédito, donde habían de depositarse en una cuenta especial. Porque de otro modo, quedaría en peor condición el comprador que paga mediante la aceptación de letras que el que paga mediante ingreso en cuenta. Pero si así fuere, no surgiría realmente un tercero cambiario, o al menos a este podría oponerle el comprador la excepción de falta de entrega de la vivienda por parte del promotor, en contra de los artículos 20 y 67.I LCCH.

---

<sup>86</sup> STS 472/2022, 8 junio (JUR 2022\212168); 897/2021, 21 diciembre (RJ 2022, 202); 210/2014, 24 abril (RJ 2014, 3029) y 1201/2006, 1 diciembre (RJ 2007, 555).

<sup>87</sup> Núñez Lozano (2015: 153-161).

#### **IV. 6. Limitaciones temporales para el ejercicio de acciones contra el avalista y asegurador**

El artículo 4 Ley 57/68 no admitía limitación temporal del aval, a cuyo tenor "expedida la cédula de habitabilidad (...) se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista". Ante ello, ha existido controversia sobre el plazo de prescripción para reclamar contra la aseguradora de caución, pues unos tribunales consideraban que el plazo de prescripción era el del artículo 23 LCS y otros el del artículo 1964. II CC.

Pues bien, la jurisprudencia civil zanjó la polémica y consideró que la acción por las cantidades anticipadas contra el avalista o el asegurador está sujeta al plazo de prescripción general del artículo 1964.2 CC. De esta forma, se equiparó el plazo de prescripción de la acción del comprador contra el asegurador y contra el avalista. Así, al prever la Ley 57/68 como garantías alternativas tanto el contrato de seguro como el aval solidario, no tendría sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto, y considerablemente más corto, en el caso del seguro (art. 23 LCS) que en el del aval (1964.2 CC), ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores. Por tanto, las acciones contra los garantes comprendidos en la Ley 57/68, ya fueran aseguradores, ya avalistas, están sujetos al plazo general de prescripción de las acciones personales establecido en el artículo 1964.2 CC. El crédito como asegurado no podría prescribir antes que el crédito como avalado<sup>88</sup>. Por lo demás, la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción en un caso en que no se habría cumplido en la fecha de interposición de la demanda, cualquiera que hubiese sido la fecha de inicio del cómputo<sup>89</sup>.

Según algunos autores, los principios de seguridad jurídica y de organización de empresa en el ámbito asegurador que propiciaron la promulgación del artículo 23 LCS, ante el excesivo plazo general del artículo 1964 CC, aplicable antes de la regulación aseguradora, no son extrapolables a casos regulados por la Ley 57/68, en los que razones de equidad y protección del comprador justifican idéntica tutela al comprador que abona anticipos garantizados con un seguro de caución o mediante un aval<sup>90</sup>. Así, podría decirse

---

<sup>88</sup> SSTS (Pleno) 320/2019, 5 junio (RJ 2019, 2722), 524/2020, 4 octubre (RJ 2020\3781) y 715/2021, 25 octubre (RJ 2021\4896); entre otras. Según Yzquierdo Tolsada (2020: 294), si no se aplica el artículo 23 LCS, debería aplicarse el plazo anual del artículo 1968.2 CC.

<sup>89</sup> STS 401/2020, 6 julio (RJ 2020\2308).

<sup>90</sup> Domínguez Martínez (2020).

que la mencionada jurisprudencia instaura una regla según la cual, si el consumidor tiene a su disposición dos plazos de prescripción, debe aplicarse el que le confiere mayor nivel de protección<sup>91</sup>.

Pero veamos que esta solución puede no ser del todo correcta a tenor de la DA1.<sup>a</sup> LOE que, a diferencia de la Ley 57/68, establece que “transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval”<sup>92</sup>. Además, la DA1.<sup>a</sup> LOE, también a diferencia de la Ley 57/68, establece que en todo lo no específicamente dispuesto en la Ley será de aplicación la LCS. Puesto que en la DA1.<sup>a</sup> LOE no se hace referencia al plazo de prescripción de la acción del asegurado, debería aplicable el artículo 23 LCS, que señala un plazo de dos años de prescripción para el caso de seguro de daños<sup>93</sup>. Parece, pues, que el legislador de la DA1.<sup>a</sup> LOE quiso equiparar el plazo (dos años), pero solo el plazo, para reclamar contra el avalista y el asegurador. Se viene a “igualar” el plazo de ejercicio y caducidad de los derechos contra el asegurador y avalista<sup>94</sup>.

Pero a pesar de esta equiparación, el legislador ha querido que para el avalista dicho plazo sea de caducidad y para el asegurador de prescripción. La DA 1.<sup>a</sup> 2 e) LOE ha rediseñado el modelo legal del seguro de caución de forma que queda eliminada por ley la posibilidad de que el asegurador oponga al comprador las excepciones de aquel contra el tomador, en particular, el impago de la prima. Mas no ha rediseñado el régimen de la prescripción, de forma que en este punto el aval y el seguro no han sido del todo equiparados. En mi opinión, además, no hay porqué equiparar el plazo para reclamar contra el asegurador y contra el avalista. En realidad, debemos detenernos en la verdadera voluntad de las partes sobre el negocio de garantía formalizado, pues ahí radica el régimen jurídico de aplicación. Si las partes acuerdan un seguro, se aplica el régimen de prescripción y si contratan un aval, el de caducidad<sup>95</sup>. ¿Por qué darle al comprador un plazo más favorable que otro, sin tener en cuenta si el deudor es un asegurador o un banco?<sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> Carrasco Perera (2020).

<sup>92</sup> El artículo 33. 2º PLDV, mejora la protección del adquirente, estableciendo un plazo de dos años para la caducidad del aval.

<sup>93</sup> Ortiz del Valle (2019: 19).

<sup>94</sup> Moreno Navarrete (2022).

<sup>95</sup> Moreno Navarrete (2022).

<sup>96</sup> Carrasco Perera (2020).

Ahora bien, se ha argumentado, a mi juicio incorrectamente, que la DA 1.<sup>a</sup> LOE más bien se refiere un plazo para la producción del siniestro asegurado. El siniestro asegurado o el hecho que activa la cobertura de la garantía es la no restitución de las cantidades adelantadas por el promotor. Pero para que se produzca la no restitución el comprador le ha tenido que reclamar previamente las cantidades, porque en caso contrario no nace el derecho a la restitución garantizada o asegurada. Para que se produzca el siniestro asegurado o el hecho que activa la garantía es necesario que, dentro de los dos años a partir del incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, el comprador le reclame al vendedor la devolución de las cantidades anticipadas, y no recibe dicho dinero en treinta días, entonces se produce el siniestro protegido por el aval. Pero si dentro de los dos años no reclama, se produce la caducidad del aval. Por tanto, el plazo de caducidad es un plazo para que se produzca el supuesto de hecho cubierto por la garantía. Si una vez producida la falta de entrega, no se reclama al promotor la devolución de cantidades, no se habrá producido el supuesto de hecho de la garantía. Una vez producido, el comprador puede ejercitar su acción judicial frente al avalista [DA1.<sup>a</sup> LOE, ap. 2 h)]. Acción que prescribiría a los cinco años conforme el artículo 1.964.2 CC. Por consiguiente, según este modo de entender las cosas, el plazo de caducidad a que se refiere la DA1.<sup>a</sup> LOE es un plazo de nacimiento de la deuda cubierta por el aval, no existiendo motivo alguno para entender que el régimen de prescripción de la acción del comprador contra el avalista se ha visto alterado<sup>97</sup>.

Dejando de lado estas interpretaciones bienintencionadas, lo que verdaderamente se desprende de la jurisprudencia es que la DA1.<sup>a</sup> LOE no puede aplicarse retroactivamente a supuestos regidos por la Ley 57/68<sup>98</sup>. El juez no puede, en perjuicio del comprador, apreciar de oficio la caducidad del aval, pues a la acción por las cantidades anticipadas contra el avalista o el asegurador se aplica el plazo de prescripción general del artículo 1964.2 CC. La DA1.<sup>a</sup> LOE no puede ser retroactivamente aplicable en perjuicio del comprador, “al no servir esta ley para interpretar la Ley 57/68 puesto que la derogaba expresamente, no equivaler la caducidad del aval, a los efectos de su apreciación de oficio, a la caducidad de la acción contra el banco avalista, y no haberse alegado por esta entidad la prescripción de dicha acción”<sup>99</sup>. Por consiguiente, el plazo de

---

<sup>97</sup> Dupuy de Lome Manglano (2020).

<sup>98</sup> STS 374/2021, 31 mayo (RJ 2021\2592) y 715/2021, 25 octubre (RJ 2021\4896).

<sup>99</sup> SSTS 752/2021, 2 noviembre (RJ 2021\4987); 374/2021, 31 mayo (RJ 2021\2592) y 715/2021, 25 octubre (RJ 2021\4896).

caducidad de dos años de las acciones contra el avalista y el plazo de prescripción de dos años de las acciones frente al asegurador debe predicarse desde la publicación de la DA1.<sup>a</sup> LOE. En los supuestos que se produzcan con anterioridad, debe aplicarse la normativa general que se contiene en el CC sobre la prescripción de las acciones personales.

Por lo demás, la acción contra el banco receptor de los anticipos, que no había exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro, está sujeta el plazo del artículo 1964.2 CC y no al de un año del artículo 1968.2 CC. Aunque en realidad no existe relación contractual directa entre la entidad de crédito depositaria de las cantidades anticipadas y los adquirentes, sí hay un contrato entre la promotora y la entidad de crédito a favor del comprador. El comprador perjudicado por la falta de entrega de la vivienda no es una persona ajena al contrato que una a la entidad bancaria y la promotora<sup>100</sup>.

## **V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS QUE PAGA EL GARANTE Y EL BANCO DEPOSITARIO**

Es una cuestión controvertida si los intereses de las cantidades anticipadas que debe abonar el garante son remuneratorios, y se devengan desde cada pago, o, moratorios, y se devengan desde la interpelación del comprador. Según una jurisprudencia consolidada, los intereses a que se refieren la Ley 57/68 (art. 3) se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios<sup>101</sup>.

Nótese que esta doctrina se aplica con independencia de que se haya declarado responsable a una entidad garante o a la entidad bancaria receptora de los anticipos por no exigir la apertura de cuenta especial debidamente garantizada, conforme al artículo 1.2 Ley 57/68<sup>102</sup>. Lo que no quiere decir que puedan darse casos en que no se acuerde el devengo de intereses desde cada anticipo por razones de congruencia con lo pedido en la demanda o conformidad de la parte demandante con lo acordado en la instancia<sup>103</sup>. En concordancia con la citada jurisprudencia, la DA1.<sup>a</sup> LOE reza que la suma asegurada “incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas, incrementada en el interés legal

---

<sup>100</sup> Cfr. STS de 16 de enero de 2015 e Yzquierdo Tolsada (2020: 293).

<sup>101</sup> SSTS 491/2022, 21 junio (JUR 2022\225374); 194/2022, 7 marzo (RJ 2022\1167); y 25/2022, 17 enero (RJ 2022\25); entre otras.

<sup>102</sup> SSTS 111/2022, 14 febrero (RJ 2022\908); 689/2020, 21 diciembre (RJ 2020/5075); y 514/2020, 7 octubre (RJ 2020/3773); entre otras.

<sup>103</sup> STS 66/2020, 3 febrero (RJ 2020\122).

del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha de la entrega de la vivienda por el promotor”.

Con todo, se ha criticado esta decisión, pues un interés es remuneratorio cuando la restitución de un capital es debida *en virtud del contrato*. Por ejemplo, cuando se remunera el uso de un capital procedente de un contrato de préstamo. Hay otras veces que se debe dinero, pero no pueden generar intereses remuneratorios. Así, si se debe el pago de rentas derivadas de un arrendamiento, este deber no genera intereses remuneratorios a su vez, sino moratorios, porque el arrendatario no paga por el uso de un capital ajeno. El fiador, que debe un capital bajo una especie de condición suspensiva, no es deudor de una deuda de intereses remuneratorios, porque el objeto de la fianza no es pagar una cantidad de dinero por el uso de un capital, sino prestar una garantía para pagar condicionalmente la deuda de un tercero. El garante de los anticipos conforme a la Ley 57/68 y la DA 1.<sup>a</sup> LOE está en este caso: no se compromete a pagar incondicionalmente una cantidad de dinero anticipada por el comprador de la vivienda. Para que hubiera intereses remuneratorios sería necesario que, al recibir los anticipos, ya el garante estuviera obligado a devolverlos en el mismo acto. Según este modo de ver las cosas, los intereses impuestos en tales casos por la ley han de ser considerados moratorios, y requieren la intimación contra el garante<sup>104</sup>.

En mi opinión, este modo de entender las cosas es el correcto. Observemos que ni el garante ni la entidad receptora de los anticipos ha recibido un dinero del comprador que deba remunerar. Tampoco el comprador resuelve el contrato de compraventa contra el garante ni contra la entidad de crédito depositaria, sino frente al promotor. Si el comprador resuelve frente al promotor y le reclama los anticipos, entonces se aplicarían los artículos 1303 CC y 1295 CC, y este debería devolver los intereses del precio desde que lo recibió, intereses que no serían moratorios y que, por tanto, no requieren para su generación la intimación del acreedor.

## VI. ACCIONES PERTINENTES

Es perfectamente posible que el comprador solicite solo la declaración de responsabilidad del banco depositario, conforme al artículo 1.2 Ley 57/68, reservándose para un litigio posterior la acción de restitución de los anticipos. Es decir, la sentencia firme recaída en el litigio en el que se declara la responsabilidad del banco no produce

---

<sup>104</sup> Carrasco Perera (2022.a).

en el litigio posterior, en el que se reclama la restitución de los anticipos, los efectos negativos de cosa juzgada material y de la preclusión a que se refieren los artículos 222 y 400.2 LEC. Lo mismo sucede con una primera sentencia declarativa de la nulidad de una cláusula y una segunda de condena consecuencia de la nulidad declarada<sup>105</sup>.

Además, siempre que esta acción no haya prescrito, no se observa retraso desleal, por el hecho de reclamar la restitución años después de la sentencia declarativa. No incurre en retraso desleal quien, dentro del plazo establecido por la ley, exige la responsabilidad establecida por la Ley 57/68 al banco que aceptó recibir en depósito unas aportaciones de los compradores sin garantizar a estos su recuperación como imponía la ley. Es precisamente esta omisión la determinante de su responsabilidad, que incluye los intereses también establecidos por la ley. Asimismo, que el comprador se reserve la acción de condena para un pleito posterior no puede suponer que el banco demandado no tenga que devolver los intereses remuneratorios de las cantidades entregadas, y por tanto tomando como *dies a quo* el momento en que se realizó el ingreso. En efecto, el hecho de que los compradores, ante la falta de garantías y la incertidumbre de que pudieran obtener del promotor el reintegro de sus aportaciones, solo ejercitaran inicialmente una acción *merodeclarativa* contra el promotor y el banco receptor de los anticipos, no puede comportar que estos no tengan que pagar intereses remuneratorios de las cantidades adelantadas<sup>106</sup>.

Ahora bien, en relación con esta última cuestión, se ha sostenido que cuando el comprador esperó *más de diez años* para la reclamación de los anticipos desde su ingreso, aunque ese periodo no pueda ser constitutivo de retraso desleal, no puede dejar de tenerse en cuenta que en la actualidad el interés legal es superior al que vienen ofreciendo las entidades financieras, así que en orden a evitar la dilación en las reclamaciones que sentaría un peligroso precedente, y de lo dispuesto en los artículos 1100 CC y 1108 CC, por no regular la Ley especial otro cómputo, dicho día inicial debe fijarse desde la fecha de interpelación extrajudicial a la demandada<sup>107</sup>. Así pues, si el periodo desde que se ingresan los anticipos del precio hasta que estos son reclamados es excesivamente amplio, el garante abonaría intereses moratorios de los anticipos, y no remuneratorios.

---

<sup>105</sup> El razonamiento en contra, para cláusula suelo, en Martín Faba (2017).

<sup>106</sup> SSTs 583/2022, 26 julio (Roj: STS 3221/2022); 480/2022, 14 junio (JUR 2022\216382) y 331/2022 (Pleno), 27 abril (JUR 2022, 157839).

<sup>107</sup> SAP de Barcelona 315/2022, 30 mayo (JUR 2022\244940).



## VII. TRANSACCIONES

El carácter irrenunciable de los derechos que el artículo 7 Ley 57/68 otorga a los compradores, y que ya no aparece en la DA1.<sup>a</sup>LOE, no supone que, una vez producido el incumplimiento del vendedor por falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado, el comprador no pueda llegar a una transacción con el vendedor que implique una renuncia a recuperar la totalidad de las cantidades anticipadas. El comprador puede disponer de su derecho sobre los anticipos (incluyendo los intereses) y transigir, admitiendo que se le devuelva solo una parte<sup>108</sup>. Es decir, el garante da parte de los anticipos sin esperar al pleito y como contraprestación el comprador renuncia a reclamar la totalidad de los realmente abonados (art. 1809 CC). En efecto, “la liberación del banco de las cantidades entregadas tuvo como contrapartida suficiente el pago inmediato de las cantidades avaladas en los certificados individuales, evitando así a los compradores el tener que acudir a su ejecución ante los tribunales”<sup>109</sup>.

En consecuencia, si se formaliza una transacción entre promotor y comprador, la entidad garante solo respondería en el caso de que el promotor incumpliera la obligación de restitución del *quantum* transigido, y en la medida que debe responder el promotor. Porque, como es sabido, el artículo 1826 CC dictamina que el fiador puede obligarse a menos que el deudor principal, pero no a más. Y según el artículo 1835 CC, si la transacción entre acreedor y deudor supone para el fiador una ventaja, como sucedería en caso de disminución de la deuda, el fiador podrá, si le interesa, oponer la transacción al acreedor como excepción inherente a la deuda<sup>110</sup>.

Podría pensarse que esta doctrina solo sería aplicable a la entidad garante, no a la entidad depositaria de los anticipos. Pero en este punto debe equipararse la posición de garante que asume la entidad de crédito que recibe los anticipos y la que asume el asegurador o avalista. De otra forma, si la entidad de crédito responsable pagase al comprador la totalidad de los anticipos, luego no podría en vía de regreso recuperar del promotor unas cantidades que este no está obligado a pagar. En efecto, el artículo 1839 CC prevé que el fiador se subroga en los derechos del acreedor satisfecho, por lo que sería imposible que se subrogara por las cantidades a las que dichos acreedores

---

<sup>108</sup> STS (Pleno) 459/2017, 18 julio (RJ 2017\3643).

<sup>109</sup> STS 446/2020, 20 julio (RJ 2020\2488),

<sup>110</sup> Carrasco Perera (2022) y Gullón Ballesteros (1964: 147).

compradores renunciaron<sup>111</sup>. Por ello el artículo 1852 CC libera al fiador de su obligación cuando por algún hecho del acreedor el fiador no pudiera subrogarse en sus derechos, hipotecas y privilegios<sup>112</sup>. Por lo demás, podría defenderse, y así se ha hecho efectivamente, una denegación de la acción de regreso ya que la Ley 57/68 nada establece en relación con la existencia de un posible regreso o subrogación de la entidad de crédito que pagó frente a la promotora-vendedora<sup>113</sup>.

Repárese que la transacción aporta su propia causa, que por definición será casi siempre válida, con independencia de que el contrato subyacente adoleciera de un vicio de nulidad, como magistralmente se declara en el texto del *Digesto* 12, 6, 65, 1 (*De conditione indebiti*)<sup>114</sup>. Por eso es posible formalizar una transacción cuyo *caput controversum* recaiga sobre una materia regulada por una norma imperativa, ya sea el TRLGDCU o la Ley 57/68<sup>115</sup>. El carácter irrenunciable de los derechos del comprador en la Ley 57/68, reconocido en el artículo 7, lo que prohíbe es una renuncia previa de derechos, pero no una renuncia posterior, cuando el derecho ya ha nacido, y más si la renuncia forma parte de una transacción, y por tanto el comprador recibe una ventaja por la renuncia<sup>116</sup>. En conclusión, si la transacción es posible bajo la regencia de la Ley 57/68, *a fortiori* en aplicación de la DA1.<sup>a</sup>LOE.

## VIII. CONCURSO DE ACREEDORES

Imaginemos que el promotor ha incumplido la obligación de entregar la vivienda y el comprador ha exigido extrajudicialmente la devolución de las cantidades entregadas antes de la declaración de concurso del promotor, aunque la resolución judicial se instase después de declarado el concurso. Es decir, podría entenderse que pese a haber existido un incumplimiento previo, el contrato de compraventa no ha sido aún resuelto ni judicial ni extrajudicialmente. Así, con la declaración de concurso del promotor-vendedor quedarían alteradas las posibilidades procesales del comprador de instar la resolución del contrato de compraventa por el incumplimiento de las obligaciones del vendedor. En efecto, en los contratos de tracto único, como la compraventa con precio aplazado, la parte *in bonis* únicamente podrá ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento de

---

<sup>111</sup> Milá Rafael (2018).

<sup>112</sup> Almarcha Jaime (2017).

<sup>113</sup> Milá Rafael (2018).

<sup>114</sup> *Cfr.* García del Corral (1889: 720).

<sup>115</sup> Martín Faba (2022).

<sup>116</sup> *Cfr.* STJUE 9 julio 2020 (asunto C-452/18).

la concursada si el incumplimiento es posterior a la declaración de concurso (art. 160 TRLC)<sup>117</sup>. Con todo, según la jurisprudencia, habiendo sido requerido de devolución el promotor con anterioridad a la declaración de concurso, los efectos de la resolución se remontan a la resolución extrajudicial anterior, lo que conlleva que, al declararse el concurso, el contrato ya estuviera resuelto y que hubiera nacido antes la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, que por ser anterior a la declaración de concurso tendría la consideración de crédito concursal<sup>118</sup>. Esta doctrina es coherente con la idea de que el requerimiento de devolución realizado al promotor primero, y al garante, después, incorpora la voluntad del comprador de resolución extrajudicial<sup>119</sup>.

En ese caso de concurso del promotor, si el comprador reclama al garante, no puede este oponerse a la demanda alegando la falta de resolución previa, porque si no se entrega la vivienda en plazo y el comprador reclama extrajudicialmente la restitución de los anticipos al promotor se produce la resolución extrajudicial implícita. En este sentido, la doctrina ha argumentado que las garantías por anticipos deben poder funcionar al margen del concurso del promotor, porque de facto funcionan sin necesidad de resolver judicialmente el contrato, y la acción que el comprador pueda interponer frente al avalista o asegurador no detrae ningún crédito de la masa activa del concurso. Los garantes que pagan se subrogan en la posición del comprador [ap. 2.1 j) DA 1.ª LOE], clasificándose su crédito en los términos indicados por los artículos 263.2 I y II TRLC<sup>120</sup>. Si se entiende que la efectividad de las garantías de la ley especial debe estar supeditada a la acreditación por el comprador de la previa resolución del contrato que le vinculaba con el promotor concursado, ello significará dejar a expensas de la decisión que puedan adoptar los órganos del concurso el ejercicio de unos derechos que fueron erigidos para proteger al comprador frente a la insolvencia del promotor<sup>121</sup>.

Así, la STS 422/2018, de 4 julio (RJ 2018\2794), parece entender que las garantías por anticipos deben poder funcionar al margen del concurso del promotor. En el caso, diversos compradores de viviendas sobre plano entregaron dinero a cuenta a la sociedad promotora, cuya restitución al amparo de la Ley 57/68 estaba garantizada por tres bancos. La promotora, deudora principal de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, fue declarada en concurso de acreedores. En el concurso

---

<sup>117</sup> García Vicente (2009: 199).

<sup>118</sup> STS 513/2018, 20 septiembre (RJ 2018\3867).

<sup>119</sup> SSTS 436/2013, 3 julio (RJ 2013\4989) y 230/2014, 7 mayo 2014 (RJ 2014\2477).

<sup>120</sup> González Carrasco (2021: 263).

<sup>121</sup> Díez Soto (2013).

de acreedores se aprobó un convenio que incluía una quita del 35% del importe de los créditos y una espera de 5 años. algunos compradores, en cuanto acreedores de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, votaron a favor del convenio. Pues bien, la controversia se centra en si los compradores pueden reclamar a los garantes a pesar de haberse producido la novación.

Según el TS, el artículo 135 LC regula lo que en su rúbrica denomina “límites subjetivos” del convenio. Esto es, en qué medida y cuándo puede oponerse la novación de los créditos contra el concursado objeto del convenio, frente a los terceros fiadores y a los responsables solidarios del cumplimiento de esas obligaciones del concursado. En cualquier caso, a los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no les será oponible la novación de sus créditos por los terceros responsables solidarios y los fiadores (art. 135.1 LC). En cuanto a los acreedores que votaron a favor del convenio, el artículo 135.2 LC dispone que “la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido”. De este modo, frente a los compradores, la responsabilidad de las entidades que garantizaron la restitución de estas cantidades entregadas a cuenta se rige por la normativa aplicable a la obligación asumida.

Esta normativa es la reseñada Ley 57/68, en cuya virtud fue concedida la garantía. El artículo 3 de esta Ley atribuye al contrato de seguro o aval, unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo "para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley". Y constituye jurisprudencia reiterada que el artículo 1 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de "que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido". Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el artículo 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables. De tal forma que, de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las

cantidades entregadas a cuenta, al amparo del artículo 1 Ley 57/68, la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora.

En conclusión, los convenios concursales formalizados entre el promotor y los compradores que anticiparon cantidades (ya sean votados a favor o en contra de estos) no son oponibles por el garante (avalista o asegurador) de la Ley 57/68. A su favor no se aplica el artículo 1851 CC, que establece que la prórroga concedida al deudor extingue la fianza, ni el artículo 1853 CC, si se entiende que la quita es una novación parcial, equiparable a los efectos de una transacción, por lo que el garante podría aprovecharse de la reducción. Tampoco se aplica a su favor el artículo 1852 CC, que permitiría al garante librarse de su responsabilidad si no puede beneficiarse de la quita, haciendo valer la pérdida de su acción de regreso conforme al referido precepto. Por lo demás, no podrá la entidad de crédito depositaria oponer el convenio concursal para no responder de los anticipos que se ingresaron en una de sus cuentas y de los que tuvo posibilidad de conocer su procedencia.

Es dudoso si la doctrina expuesta es aplicable en virtud de la DA1.<sup>a</sup> LOE, que ha eliminado el carácter ejecutivo de las garantías. Parece que sí, pues, aunque la citada disposición obliga al comprador a reclamar al garante a través de un proceso declarativo, sigue considerado que se produce la resolución contractual y la responsabilidad del garante cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda, y el comprador requiera de pago al promotor sin que este devuelva los anticipos en el plazo legal suplementario.

## **IX. CONCLUSIONES**

1. Aunque la Ley 57/68 está derogada, es a menudo aplicada por la jurisprudencia civil más reciente. La casuística que se ha planteado en los últimos años es variada e interesante, y ha dado lugar a un número significativo de pronunciamientos de la jurisprudencia civil, que paulatinamente ha ido creando Derecho a través de la interpretación de la referida Ley. Es dudoso, con todo, que las doctrinas promulgadas, que hacen responsables como garantes o deudores de refuerzo a las aseguradoras y

entidades de crédito receptoras de los anticipos, puedan inferirse claramente de la Ley 57/68.

2. La Ley 57/68 solo se aplica a las compraventas de inmuebles que supongan domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o de temporada, y la DA1.<sup>a</sup> LOE no debe llevarnos a una consideración distinta. Por consiguiente, quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley las compraventas con finalidad profesional o inversora. Así, no quedarán protegidos los compradores que adquieren una unidad alojativa en régimen de apartahotel o los que compran unos apartamentos tipo *suite* turísticos pertenecientes a un conjunto inmobiliario en construcción. Tampoco el que compra una vivienda con la finalidad de invertir, lo que puede deducirse de ciertos indicios, tales como: que el comprador fuera una sociedad mercantil; la ausencia de la mención de la finalidad de las viviendas adquirir; la compra de más de una vivienda en el mismo complejo residencial; el elevado precio de las viviendas; una estipulación que faculta al comprador para ceder el contrato a terceros antes de escriturar; la distancia existente entre la localidad donde se ubicaban las viviendas y el lugar de residencia del comprador; y la obtención de una rebaja significativa en el precio a cambio de pagos en metálico. En estos casos de exclusión de la Ley 57/68, el pacto entre las partes compradora y vendedora sobre la constitución de garantías a cargo de la segunda implica que no sea aplicable al comprador la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de aval individual ni la de la responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos.

3. El artículo 1.2 Ley 57/68 no ampara incumplimientos del promotor o causas de resolución distintas a la falta de observancia del plazo de entrega de la vivienda. Con todo, la jurisprudencia ha expandido el concepto de falta de entrega de la vivienda a la entrega con vicios ocultos: al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de naturaleza urbanística o de cargas hipotecarias. Además, quedan garantizadas por la Ley 57/68 las cantidades anticipadas por los compradores de vivienda que, después de que la promotora quebrara y no les entregara el piso en el plazo establecido, concurren a la adquisición del piso comprometido, que adquieren y terminan a su costa, a un coste finalmente menor que el precio total comprometido en el contrato. Por el contrario, los anticipos abonados por el comprador no quedan cubiertos por la Ley 57/68 si este resuelve el contrato en virtud de una estipulación contractual que le permite hacerlo si no obtiene financiación.

4. Si el cooperativista se “da de baja de la cooperativa” (resuelve el contrato) pero luego la construcción llega buen fin, no cabe entender que la baja fuera debida al incumplimiento de la cooperativa promotora, y por tanto que avalista responda de los anticipos. La petición de baja del cooperativista no puede obedecer a razones diferentes del incumplimiento de la cooperativa. Con todo, la solución es diferente cuando la baja del comprador se produce tras un previo incumplimiento del promotor de relevancia suficiente para llevar consigo la frustración del interés de la contraparte en la celebración del contrato. Además, la falta de entrega de la vivienda no se puede justificar en el acaecimiento de un riesgo asumido por el promotor, como la no obtención de financiación o de autorizaciones para la urbanización.

5. La Ley 57/68 no se pronuncia claramente sobre si es necesario para la efectividad de las garantías que se emita una póliza individual para cada comprador. Según la jurisprudencia, los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado. Es dudoso, con todo, si esta doctrina seguirá siendo válida después de la reforma de la DA1.<sup>a</sup> LOE. Así parece entenderlo la jurisprudencia dictada con posterioridad a la reforma de la DA1.<sup>a</sup> LOE, aunque todavía referida a supuestos regidos por la Ley 57/68. Ahora bien, parece que la doctrina jurisprudencial emergente considera que la responsabilidad del avalista, que no emite certificados individuales, depende de la confianza que este haya generado en el comprador sobre la cobertura de la ley especial. En efecto, la responsabilidad de la entidad avalista con base en la Ley 57/68, cuando no haya entregado certificados individuales a los compradores, se funda en haber generado en estos la confianza de que la devolución de sus anticipos estaba garantizada, confianza derivada de la mención de la propia Ley 57/68 en los contratos de compraventa o en la póliza colectiva, de la concertación de la línea de avales expresamente para una determinada promoción o de la entrega a los compradores de una copia de la póliza.

6. La responsabilidad de las entidades de crédito conforme al artículo 1.2. Ley 57/68 no es una responsabilidad a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino que nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen. La entidad de crédito demandada no podrá

responder de cantidades que se hayan ingresado en otra entidad o que se hayan entregado en efectivo o mediante cheque al promotor. Si los ingresos se hacen en una cuenta de la propia entidad demandada, esta no es responsable si solo tras una labor de investigación exacerbada e injustificada pudo conocer que los ingresos provenían de anticipos de viviendas en construcción.

7. Que el comprador de una vivienda en construcción, cuyos anticipos a cuenta del precio estaban garantizados por una aseguradora, decida cambiar la vivienda inicialmente comprada por otra de distinta promotora y promoción, pactando con esta promotora que la garantía de la Ley 57/68 prevista para los anticipos a cuenta del precio de la primera vivienda se extienda al de la segunda, no puede significar que el aval colectivo pactado para el primer contrato se extendiera a este segundo contrato, toda vez que el garante no tuvo intervención alguna en el mismo y según el artículo 1827 CC la fianza no se presume ni puede extenderse a más de lo contenido en ella. Asimismo, tampoco debe responder el banco receptor de los anticipos si fue por completo ajeno al acuerdo novatorio, pues ninguna obligación tiene de controlar el destino final de los anticipos como pago a cuenta del precio de un contrato en el que no ha intervenido.

8. El banco descontante es inmune frente a excepciones extracambiarias fundadas en las relaciones personales entre el librado-aceptante (el comprador) y el librador (promotora). En consecuencia, el comprador-aceptante de las letras de cambio libradas para el pago de anticipos a cuenta del precio de la compraventa no puede responsabilizar al banco descontante del incumplimiento por parte del promotor-librador de sus obligaciones derivadas de la Ley, a menos que pueda demostrarse la *exceptio doli*, es decir, la intervención del banco-tenedor en el contrato subyacente para perjudicar al comprador.

9. El artículo 4 Ley 57/68 no admitía limitación temporal del aval, a cuyo tenor "expedida la cédula de habitabilidad (...) se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista". Ante ello, ha existido controversia sobre el plazo de prescripción para reclamar a la aseguradora de caución, pues unos tribunales consideraban que el plazo de prescripción era el del artículo 23 LCS y otros el del artículo 1964. II CC. Pues bien, la jurisprudencia civil consideró que la acción por las cantidades anticipadas contra el avalista o el asegurador está sujeta al plazo de prescripción general del artículo 1964.2 CC. De esta forma, se equiparó el plazo de prescripción de la acción del comprador contra el asegurador y contra el avalista. Pero reparemos que esta solución



puede no ser del todo correcta a tenor de la DA1.<sup>a</sup> LOE que, a diferencia de la Ley 57/68, establece que “transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval”. Además, la DA1.<sup>a</sup> LOE, también a diferencia de la Ley 57/68, establece que en todo lo no específicamente dispuesto en la Ley será de aplicación la LCS. Puesto que en la LOE vigente no se hace referencia al plazo de prescripción de la acción del asegurado, debería aplicable el artículo 23 LCS, que señala un plazo de dos años de prescripción para el caso de seguro de daños. Parece pues que el legislador a vino a “igualar” el plazo de ejercicio y caducidad de los derechos que dimanar del negocio jurídico en cuestión. Pero a pesar de esta equiparación, el legislador ha querido que para el avalista dicho plazo sea de caducidad y para el asegurador de prescripción. La DA 1.<sup>a</sup> LOE no ha rediseñado el modelo legal de la prescripción, de forma que en este punto el aval y el seguro no han sido del todo equiparados. Además, no hay porqué equiparar el plazo para reclamar contra el asegurador y contra el avalista y, en realidad, debemos detenemos en la verdadera voluntad de las partes sobre el negocio de garantía formalizado, pues ahí radica el régimen jurídico de aplicación.

**10.** Es una cuestión controvertida si los intereses de las cantidades anticipadas que ha de pagar el garante son remuneratorios, y se devengan desde cada pago, o moratorios, y se devengan desde la intimación del comprador-acreedor. Según una jurisprudencia consolidada, los intereses a que se refieren la Ley 57/68 (art. 3) se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios. En mi opinión, empero, los intereses de las cantidades adelantadas que paga el garante son moratorios, y solo se generaran desde la reclamación del comprador. Frente al garante, el comprador no resuelve, ni tampoco al garante le ha prestado el comprador un dinero. Este modo de entender las cosas debe extrapolarse a los intereses que paga la entidad de crédito por las cantidades depositadas en una de sus cuentas.

**11.** El carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/68 otorga a los compradores, y que ya no aparece en la DA1.<sup>a</sup>LOE, no impide que, una vez producido el incumplimiento del vendedor por falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado, el comprador pueda llegar a una transacción con el vendedor que implique una renuncia a recuperar la totalidad de las cantidades anticipadas. Si se formaliza una transacción entre promotor y comprador, la entidad garante solo respondería en el caso de que el promotor

incumpliera la obligación de restitución del *quantum* transigido. Además, el garante responderá solo por la cantidad que debe responder el deudor principal. Esta doctrina es aplicable también a la entidad de crédito receptora de los anticipos.

12. Es dable que el comprador solicite solo la declaración de responsabilidad del garante, reservándose para un litigio posterior la acción de restitución de los anticipos. Además, siempre que esta acción no haya prescrito, no se observa retraso desleal, por el hecho de reclamar la restitución cinco años después de la sentencia declarativa. Asimismo, la reserva de la acción de restitución para un litigio posterior no puede suponer que el garante tenga que devolver intereses moratorios de los anticipos del precio recibido, sino remuneratorios, que se devengan desde la entrega efectiva del anticipo.

13. Según la jurisprudencia, habiendo sido requerido de devolución el promotor con anterioridad a la declaración de concurso, los efectos de la resolución se remontan a la resolución extrajudicial anterior, lo que conlleva que, al declararse el concurso, el contrato ya estuviera resuelto y que hubiera nacido antes la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, que por ser anterior a la declaración de concurso tendría la consideración de crédito concursal. Por lo demás, la adhesión de los compradores al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora.

14. La DA 1.<sup>a</sup> LOE ha reducido el ámbito de protección en relación con las cantidades anticipadas a cuenta de la construcción de viviendas. La obligación de garantizar del promotor solo surge desde la obtención de la licencia de edificación. Por tanto, conforme a DA 1.<sup>a</sup> LOE, no quedan garantizadas por ley especial las cantidades entregadas antes de la concesión de la licencia de edificación. Tampoco debe responder la entidad de crédito por los anticipos recibidos con anterioridad a la obtención de la licencia.

### ***Bibliografía***

ALMARCHA JAIME, J. (2017): “Novedades jurisprudenciales sobre la responsabilidad de la entidad garante y la entidad de crédito en el ámbito de compraventa de viviendas mediante cantidades adelantadas”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 18/10/2017, <  
[http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novedades\\_jurisprudenciales\\_sobre\\_la\\_responsabilidad\\_de\\_la\\_entidad\\_garante\\_y\\_la\\_entidad\\_de\\_credito.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novedades_jurisprudenciales_sobre_la_responsabilidad_de_la_entidad_garante_y_la_entidad_de_credito.pdf)> (05/08/2022).

BUSTO LAGO, J. M. (2017): “Aplicación del régimen jurídico de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de vivienda de construcción futura a la promoción en régimen de cooperativa. Responsabilidad exclusiva de la entidad gestora frente a la cooperativista y desvinculación de ésta de la cooperativa de conformidad con las previsiones estatutarias. Comentario a la STS de 12 julio 2016 (RJ 2016, 3562), *CCJC*, núm. 103.

CARRANCHO HERRERO, M.<sup>a</sup> T. (2017): “Concepto y extensión del riesgo cubierto por las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, en los casos en que no alcanza el contrato su fin: en particular, la concurrencia de infracciones urbanísticas. Comentario a la STS de 12 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4437)”, *CCJC*, núm. 104.

CARRASCO PERERA, Á. (2022.a): “Intereses moratorios o intereses remuneratorios en el pago por el garante de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda”, *Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo*, 22/03/2022 < <https://www.gap.com/publicaciones/intereses-moratorios-o-intereses-remuneratorios-en-el-pago-por-el-garante-de-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-la-compra-de-vivienda/>> (01/04/2022).

CARRASCO PERERA, Á. (2022.b): *Tratado de los Derechos de Garantía* (con CORDERO LOBATO E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (4<sup>a</sup> edic.).

CARRASCO PERERA, Á. (2021.a): *Derecho de Contratos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (3<sup>a</sup> edic.).

CARRASCO PERERA, Á. (2021.b): “La nueva litigiosidad en materia de adelantos de precio de compraventa de viviendas”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 19/09/2020 <[http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La\\_nueva\\_litigiosidad\\_en\\_materia\\_de\\_adelantos\\_de\\_precio\\_para\\_la\\_compraventa\\_de\\_viviendas.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_nueva_litigiosidad_en_materia_de_adelantos_de_precio_para_la_compraventa_de_viviendas.pdf)> (01/12/2021).

CARRASCO PERERA, Á. (2020): “Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de vivienda: un paso atrás”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 31/01/2020 <[http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Garantias\\_por\\_cantidades\\_adelantadas\\_en\\_compraventa\\_de\\_vivienda\\_un\\_paso\\_atras.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Garantias_por_cantidades_adelantadas_en_compraventa_de_vivienda_un_paso_atras.pdf)> (04/04/2022).

CARRASCO PERERA, Á. (2019): “¿Se enriquece el comprador que finalmente consigue la vivienda y le devuelven las cantidades que adelantó? Lección para garantes”, *Publicaciones Gómez-Acebo y Pombo*, 15/10/2019 <<https://www.gap.com/publicaciones/se-enriquece-el-comprador-que-finalmente-consigue-la-vivienda-y-le-devuelven-las-cantidades-que-adelanto-leccion-para-garantes/>> (29/06/2022).

CARRASCO PERERA, Á. (2016.a): “Una buena sentencia dentro de una jurisprudencia inestable: ¿Cuándo puede resolver el comprador de vivienda por el retraso en el plazo pactado para la entrega?”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 12/02/2016 <[https://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Una-buena-sentencia-dentro-de-una-jurisprudencia-inestable\\_cu%C3%A1ndo-puede-resolver-el-comprador-de-vivienda-por-el-retraso-en-el-plazo-pactado-para-la-entrega-.pdf](https://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Una-buena-sentencia-dentro-de-una-jurisprudencia-inestable_cu%C3%A1ndo-puede-resolver-el-comprador-de-vivienda-por-el-retraso-en-el-plazo-pactado-para-la-entrega-.pdf)> (14/06/2022).

CARRASCO PERERA, Á. (2016.b): “El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)” (con ALMARCHA JAIME, J.), *Revista española de seguros*, núm. 167 (pp. 483-492).

CARRASCO PERERA, Á. (2016.c): “Un elenco de los hitos más importantes de la jurisprudencia civil reciente sobre garantías de compradores por cantidades adelantadas en adquisición de viviendas”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 1 de septiembre de 2016.

CARRASCO PERERA, Á. (2012): “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Derecho de la Construcción y la Vivienda* (con CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO M.<sup>a</sup> C.), Ed., Aranzadi, Cizur Menor (pp. 529-558).

DÍEZ SOTO, C. M. (2013): “Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda y concurso del promotor”, en *Tratado de la compraventa: Homenaje a R. Bercovitz* (Dir.: CARRASCO PERERA, Á.) Vol. 2, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 963-974).

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. (2020): “Acción contra la aseguradora en un seguro de caución por cantidades entregadas a cuenta en la compraventa de vivienda para uso residencial: el plazo de prescripción es el general del art. 1964 CC, no el de dos años del art. 23 LCS”, 12/07/2020 *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Accion\\_contra\\_la\\_aseguradora\\_en\\_un\\_seguro\\_de\\_caucion\\_por\\_cantidades\\_entregadas\\_a\\_cuenta.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Accion_contra_la_aseguradora_en_un_seguro_de_caucion_por_cantidades_entregadas_a_cuenta.pdf) (22/07/2022).

DUPUY DE LOME MANGLANO, S. (2018): “¿Por qué no ha cambiado el plazo para hacer efectivo un aval o seguro de entregas a cuenta en la construcción y venta de viviendas?”, *Diario La Ley*, núm. 9189.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017): *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

GARCÍA ABURUZA, M.<sup>a</sup> P. (2016): “Sobre las cantidades anticipadas en la compra de viviendas: la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11.

GARCÍA VICENTE, J. R. (2009): “Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor”, en *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES, J. A.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 196-219).

GONZÁLEZ CARRASCO M.<sup>a</sup> C. (2021): “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, en *Las garantías en el derecho mercantil: problemática actual* (Coord.: MARQUÑES MOSQUERA, C. y DE LA CÁMARA ENTRENA, B.), Ed. CGNot, Madrid (pp. 839-870).

GONZÁLEZ CARRASCO M.<sup>a</sup> C. (2020): “Garantías por cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda no entregada en estado de alarma (RD 463/2020 y DA 1<sup>a</sup> LOE)”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 28/05/2020 <  
[http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/19\\_CARMEN\\_GONZALEZ\\_CARRASCO\\_-\\_Garantias\\_por\\_cantidades\\_entregadas\\_a\\_cuenta\\_delPrecio\\_de\\_la\\_vivienda.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/19_CARMEN_GONZALEZ_CARRASCO_-_Garantias_por_cantidades_entregadas_a_cuenta_delPrecio_de_la_vivienda.pdf)>  
(14/06/2022).

GUILARTE ZAPATERO, V.: (1991) “Comentario artículo 1835 CC”, *Comentarios Código Civil* (Dir: PAZ-ARES, C., y AAVV), Vol. II, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1964): *La transacción*, Ed. INEJ, Madrid (pp. 147-148).

LA CASA GARCÍA, R. (2019): “Cuestiones controvertidas recientes en torno al régimen cambiario de las excepciones”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 314.

“Generación de confianza en el comprador por las entregas a cuenta en la adquisición de vivienda sobre plano”, *CCJC*, núm. 114.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017): “Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)”, *RCDI*, núm. 763 (pp. 2349-2390).

MARTÍN FABÁ, J. M.<sup>a</sup> (2022.a): “La transacción sobre la cláusula suelo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario Derecho Civil*, 2022-III (pendiente de publicación).

MARTÍN FABÁ, J. M.<sup>a</sup> (2022.b): “Se resuelve el arrendamiento de vivienda por impago de la renta, aun habiendo incumplido el arrendador previamente”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 25/04/2022 <[http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Se\\_resuelve\\_el\\_arrendamiento\\_de\\_vivienda\\_por\\_impago\\_de\\_la\\_renta.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Se_resuelve_el_arrendamiento_de_vivienda_por_impago_de_la_renta.pdf)> (20/07/2022).

MARTÍN FABÁ, J. M.<sup>a</sup> (2017): “La vinculación entre la acción declarativa de nulidad de cláusula suelo y la de restitución de intereses hace que ambas deban ejercitarse conjuntamente”, *Publicaciones Centro de Estudios de Consumo*, 28/09/2017 <[http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Vinculacion\\_entre\\_accion\\_de\\_nulidad\\_de\\_cl%C3%A1usula\\_suelo\\_y\\_restitucion\\_de\\_intereses.pdf](http://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Vinculacion_entre_accion_de_nulidad_de_cl%C3%A1usula_suelo_y_restitucion_de_intereses.pdf)> (19/05/2022).

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2020): “Responsabilidad de la entidad bancaria por las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas para uso residencial: distinción entre avalista y receptora de cantidades. Comentario a la STS 653/2019, de 10 de diciembre”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 51.

MILÁ RAFAEL, R. (2018): “Transacción y responsabilidad de la entidad de crédito que admitió pagos adelantados de los compradores de vivienda sin exigir la garantía de la Ley 57/1968”, *CCJC*, núm. 107.

MORENO NAVARRETE, M. Á. (2022): “Caducidad o prescripción de las acciones contra el avalista de viviendas en construcción”, *CCJC*, núm. 119.

NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2015): “Falta de concurrencia en la adquisición de las letras de cambio descontadas de condición alguna para la eficaz oposición frente al ejercicio de la acción cambiaria de excepciones causales ajenas en virtud de la cláusula de la *exceptio doli*”, *CCJC*, núm. 97 (pp. 153-161).

ORTIZ DEL VALLE, M.<sup>a</sup> C. (2019): “El plazo de prescripción de las acciones fundadas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la

construcción y venta de viviendas: otra defensa a ultranza del consumidor, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 12 (pp. 14-20).

PÉREZ VEGA, A. (2016): “Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40.

TORRALBA MENDIOLA, E. (2020): “La garantía prevista por la Ley 57/1968 es exigible, aunque el inmueble radique en el extranjero”, *Publicaciones Gómez Acebo y Pombo*, 09/07/2020 < <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-garantia-prevista-por-la-ley-57-1968-es-exigible-aunque-el-inmueble-radique-en-el-extranjero/> > (20/07/2022).

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2020): “Comentario de la STS de 5 de junio de 2019 (320/2019): el plazo aplicable a la acción derivada del seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas es el general del art. 1964 CC”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 11, Ed. Dykinson, Madrid (pp. 289-297).

### ***Relación jurisprudencial***

#### **Tribunal Supremo**

STS 584/2022, 26 julio (Roj: STS 3220/2022)  
 STS 583/2022, 26 julio (Roj: STS 3221/2022)  
 STS 582/2022, 26 julio (Roj: STS 3213/2022)  
 STS 501/2022, 27 junio (JUR 2022, 236268)  
 STS 502/2022, 27 junio (JUR 2022, 236175)  
 STS 491/2022, 21 junio (JUR 2022, 225374)  
 STS 480/2022, 14 junio (JUR 2022, 216382)  
 STS 472/2022, 8 junio (JUR 2022, 212168)  
 STS 470/2022, 6 junio (JUR 2022, 211743)  
 STS 429/2022, 30 mayo (RJ 2022, 2432)  
 STS 414/2022, 23 mayo (JUR 2022, 194116)  
 STS 399/2022, 17 mayo (JUR 2022, 183426)  
 STS 331/2022 (Pleno), 27 abril (JUR 2022, 157839)  
 STS 325/2022, 25 abril (RJ 2022, 2277)  
 STS 306/2022, 19 abril (RJ 2022, 2271)  
 STS 236/2022, 28 marzo (RJ 2022, 1459)  
 STS 220/2022, 22 marzo (RJ 2022, 1543)  
 STS 205/2022, 14 marzo (RJ 2022, 1474)  
 STS 195/2022, 7 marzo (RJ 2022, 1587)  
 STS 194/2022, 7 marzo (RJ 2022, 1167)  
 STS 135/2022, 21 febrero (RJ 2022, 995)  
 STS 111/2022, 14 febrero (RJ 2022, 908)  
 STS 103/2022, 7 febrero (RJ 2022, 994)  
 STS 101/2022, 7 febrero (RJ 2022, 818)  
 STS 98/2022, 7 febrero (RJ 2022, 654)

STS 52/2022, 31 enero (RJ 2022, 621)  
STS 23/2022, 17 enero (RJ 2022, 25)  
STS 897/2021, 21 diciembre (RJ 2022, 202)  
STS 883/2021, 20 diciembre (RJ 2022, 23)  
STS 857/2021, 10 diciembre (RJ 2021, 5595)  
STS 752/2021, 2 noviembre (RJ 2021, 4987)  
STS 715/2021, 25 octubre (RJ 2021, 4896)  
STS 573/2021, 26 julio (RJ 2021, 3663)  
STS 520/2021, 12 julio (RJ 2021, 3362)  
STS 460/2021, 28 junio (RJ 2021, 3242)  
STS 374/2021, 31 mayo (RJ 2021, 2592)  
STS 368/2021, 28 mayo (RJ 2021, 2612)  
STS 200/2021, 13 abril (RJ 2021, 1709)  
STS 173/2021, 29 marzo (RJ 2021, 1471)  
STS 128/2021, 8 marzo (RJ 2021, 1066)  
STS 107/2021, 1 marzo (RJ 2021, 809)  
STS 94/2021, 22 febrero (RJ 2021, 805)  
STS 43/2021, 2 febrero (RJ 2021, 1790)  
STS 587/2020, 10 noviembre (RJ 2020, 5273)  
STS 567/2020, 28 octubre (RJ 2020, 4175)  
STS 524/2020, 4 octubre (RJ 2020, 3781)  
STS 479/2020, 21 septiembre (RJ 2020, 3323)  
STS 60/2020, 3 septiembre (RJ 2020, 3235)  
STS 453/2020, 23 julio (RJ 2020, 2490)  
STS 446/2020, 20 julio (RJ 2020, 2488)  
STS 406/2020, 7 julio (RJ 2020, 2307)  
STS 401/2020, 6 julio (RJ 2020, 2308)  
STS 147/2020, 4 marzo (RJ 2020, 739)  
STS 66/2020, 3 febrero (RJ 2020, 122)  
STS 36/2020, 21 enero (RJ 2020, 94)  
STS 8/2020, 8 enero (RJ 2020, 6)  
STS 6/2020, 8 enero (RJ 2020, 8)  
STS 2/2020, 8 enero (RJ 2020, 2)  
STS 1/2020, 8 enero (RJ 2020, 5391)  
STS 653/2019, 10 diciembre (RJ 2019, 5205)  
STS 459/2019, 22 julio (RJ 2019, 3268)  
STS 411/2019, 9 julio (RJ 2019, 2801)  
STS (Pleno) 320/2019, 5 junio (RJ 2019, 2722)  
STS 255/2019, 7 mayo (RJ 2019, 1882)  
STS 513/2018, 20 septiembre (RJ 2018, 3867)  
STS 356/2018, 13 junio (RJ 2018, 2445)  
STS 161/2018, 21 marzo (RJ 2018, 1152)  
STS 502/2017, 14 de septiembre (RJ 2017, 4010)  
STS (Pleno) 459/2017, 18 julio (RJ 2017, 3643)  
STS 420/2017, 4 de julio RJ 2017, 3684)  
STS 739/2016, 21 diciembre (RJ 2016, 5919)  
STS 626/2016, 24 octubre (RJ 2016, 4971)  
STS 527/2016, 12 septiembre (RJ 2016, 4437)  
STS 468/2016, 7 julio (RJ 2016, 2898)  
STS 360/2016, 1 junio (RJ 2016, 2314)



STS 272/2016, 22 abril (RJ 2016, 2088)  
STS 226/2016, 8 abril (RJ 2016, 1239)  
STS 174/2016, 17 marzo 2016 (RJ 2016, 862)  
STS 142/2016, 9 marzo (RJ 2016, 955)  
STS 137/2016, 9 marzo (RJ 2016, 959)  
STS 733/2015, 21 diciembre (RJ 2015, 5403)  
STS 578/2015, 19 octubre (RJ 2015, 4847)  
STS 332/2015, 10 junio (RJ 2015, 2520)  
STS 237/2015, 30 abril (RJ 2015, 1363)  
STS 133/2015, 23 marzo (RJ 2015, 1158)  
STS 210/2014, 24 abril (RJ 2014, 3029)  
STS 731/2012, 10 diciembre (RJ 2013, 914)  
STS 1000/2008, 30 octubre (RJ 2008, 5806)  
STS 1201/2006, 1 diciembre (RJ 2007, 555)  
STS 868/2006, 21 septiembre (RJ 2006, 8585)  
STS 212/2001, 8 marzo (RJ 2001, 2731)

#### **Audiencias Provinciales**

SAP Murcia 103/2022, 21 marzo (JUR 2022, 177216)  
SAP Granada 185/2021, 24 mayo (JUR 2021, 331644)  
SAP Madrid 100/2021 15 abril (JUR 2021, 203135)  
SAP Madrid 59/2022, 17 febrero (JUR 2022, 152516)  
SAP Málaga 73/2021, 29 enero (JUR 2021, 195968)  
SAP Murcia 647/2020, 20 abril (Roj: SAP MU 647/2020)

#### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJUE 9 julio 2020, Asunto C-452/18 (ECLI:EU:C:2020:536)

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (III): MAYO-JULIO 2022

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, *Civil*  
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

### *Cómo citar / Citation*

García Vicente, J. R. (2022).

*Cuadernos de Derecho Privado*, 3, pp. 210-236

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.28>

(Recepción: 15/07/2022; aceptación: 29/08/2022; publicación: 31/08/2022)

### **Resumen**

Crónica seleccionada por el autor de las Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del TS entre los meses de abril y julio de 2022. Además de la noticia sucinta de alguna otra, se da cuenta de la sentencia [308/2022, de 19 de abril](#) que aborda los efectos que el interés superior del menor, como principio de orden público, tiene en la disciplina procesal, en particular, en los principios dispositivo y de aportación de parte. En segundo lugar, la sentencia [280/2022, de 4 de abril](#) sobre los ámbitos de aplicación respectivos de las acciones de rescisión de la partición (art. 1074 CC), de complemento de ésta (art. 1079 CC) y de protección de la legítima. En tercer lugar, la sentencia [296/2022, de 6 de abril](#) que examina la noción de “condición”. En cuarto lugar, la sentencia [328/2022, de 26 de abril](#) que considera abusivo el cobro de una comisión por ingreso en efectivo por terceras personas, no contrapartes del contrato de cuenta corriente. En quinto lugar, la sentencia [367/2022, de 4 de mayo](#) sobre usura y tarjeta *revolving*. Y, por último, la sentencia [494/2022, de 22 de junio](#) sobre la legitimación de los subadquirentes del comprador para ejercer las acciones “contractuales” que competían a este frente al promotor.

### **Palabras clave**

Comisiones bancarias, condición negocial, crédito *revolving*, interés superior del menor, rescisión de la partición hereditaria, responsabilidad contractual, subadquirente de vivienda, usura.

### **Abstract**

Notice of selected rulings of the Spanish Supreme Court (private law branch) between the months of April and July 2022. Apart from a short review of other rulings, the paper focuses on some especially important decisions. The first one is the decree 308/2022, 19 April 2022, which analyses the effects of the «in the best interest of the minor» principle on the procedural rules, particularly on the principle that the parties delimit the scope of the case, and the principle of production of evidence. Secondly, the decree 280/2022, 4 April 2022, on the scope of the remedy for cancelling the inheritance division (art. 1074 Spanish Civil Code, hereinafter SCC), the remedy for completing the inheritance division (art. 1079 SCC) and the action for protecting the untouchable part of the inheritance. Thirdly, the decree 296/2022, 6 April 2022, which examines the concept of condition precedent. In the fourth place, the decree 382/2022, 26 April 2022, which deems as abusive for the financial entities to charge for cash deposits of third parties that did not participate in the contract. In the fifth place, the decree 367/2022, 4 May 2022, on usury and

revolving credit cards. And, finally, the decree 494/2022 on the standing of the subsequent buyers of an initial purchaser for using the contractual remedies that the purchaser had against the property developer.

### **Keywords**

Bank fees, condition precedent, revolving credit, «in the best interest of the minor» principle, cancellation of the inheritance division, liability for breach of contract, subsequent buyers, usury.

1.- Las sentencias que examinaré en esta *Crónica* son las siguientes. En primer lugar, la sentencia [308/2022, de 19 de abril](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) dictada en un procedimiento de modificación de medidas sobre custodia de menores. Aborda los efectos que el interés superior del menor, como principio de orden público, tiene en la disciplina procesal, en particular, en los principios dispositivo y de aportación de parte (*sub* 5). Esta sentencia, por lo demás, sintetiza la doctrina del Tribunal sobre la audiencia del menor, audiencia -o derecho a ser oído- que forma parte del estatuto indisponible del interés del propio menor (véase su fundamento de derecho 2.º apartado 2, v).

En segundo lugar, la sentencia [280/2022, de 4 de abril](#) (M<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán) sobre los ámbitos de aplicación respectivos de las acciones de rescisión de la partición (art. 1074 CC), de complemento de ésta (art. 1079 CC) y de protección de la legítima (*sub* 6), sentencia que reitera la doctrina conocida sobre qué acción corresponde a las controversias sobre la valoración de los bienes o derechos en la partición y, por ende, a qué plazo se somete.

En tercer lugar, veremos la sentencia [296/2022, de 6 de abril](#) (Ignacio Sancho Gargallo) porque es un buen ejemplo para examinar la noción de “condición” -que tiene distintos perfiles o significados- a través de la regla contenida en el artículo 101.1 de la Ley 22/2003, de 16 de julio, *concurzal*: “La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada” (hoy, con el mismo contenido, artículo 319.1, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal*), *sub* 7. No todo lo que pueda o no suceder sucesivamente tiene que reputarse condición a tales efectos ni merece sujetarse al régimen de las obligaciones condicionales.

En cuarto lugar, la sentencia [328/2022, de 26 de abril](#) (Rafael Sarazá Jimena) que considera abusiva y estima -como hicieran las instancias anteriores- la acción de cesación interpuesta por una asociación de consumidores respecto al cobro de una comisión por ingreso en efectivo por terceras personas -no contrapartes del contrato de cuenta corriente- en el que el ordenante pide la incorporación de información adicional, *sub* 8. La clave de su calificación como abusiva es que la entidad bancaria “no” presta un servicio adicional o añadido bastante que permita justificar el cobro de una comisión y tal servicio está ya suficientemente retribuido con la propia comisión de mantenimiento.

En quinto lugar, daremos cuenta de la sentencia [367/2022, de 4 de mayo](#) (Rafael Sarazá Jimena) sobre usura y tarjeta *revolving*, que confirma la doctrina anterior de la sala sin matizarla expresamente. Esta sentencia ha suscitado una desazón quizá no bien fundada (si la perspectiva es la asignación de la carga de la prueba sobre los elementos que fundan la usura o la justificación del carácter usurario del interés) hasta el punto de que, para deshacer equívocos, se publicó -hubo de publicarse- una [nota de prensa](#). A partir de ella han aparecido diversos comentarios de muy diferente factura que asombran por su número y alcance. Sobresale el comentario de Alicia Agüero Ortiz: “Más allá de Sygma y de Wizink: El TS empieza a anclarse en soluciones razonables. Los créditos *revolving* -pre y post 2010-son usurarios si superan notablemente los tipos medios de las tarjetas”, [cesco, mayo 2022](#); *sub* 9.

Y, por último, la sentencia [494/2022, de 22 de junio](#) (Francisco Javier Arroyo Fiestas) sobre la legitimación activa de los subadquirentes del comprador para ejercer las acciones “contractuales” que competían a este frente al promotor (en el caso por las calidades prometidas en la memoria), *sub* 10, en otro caso de excepción a la regla de la relatividad del contrato (véase, [Crónica \(I\), sub 4](#)).

2.- Estas sentencias despuntan entre el marasmo inagotable de sentencias sobre cláusulas suelo, sean por sí mismas o incardinadas en los acuerdos novatorios y de renuncia de acciones; o de sentencias dictadas respecto a la cláusula de interés variable referida al índice IRPH; o referidas a los préstamos multidivisas; o a la condena en costas como efecto ineludible del principio de efectividad en litigios con consumidores; o sobre las cláusulas de gastos en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria; o respecto a los vericuetos de los avales en la ya derogada Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de*

*cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*; o, en fin, sobre las falsedades o inexactitudes de la oferta pública de suscripción de acciones de Bankia. Todas se suman incansables sobre los hombros de la sala en número pasmoso, semana a semana, mes a mes o *a más a más*. Basta para comprobarlo la lectura de los resúmenes semanales de las sentencias de la sala.

La reforma proyectada de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de enjuiciamiento civil*, por el [Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia](#) (entre las paredes del Congreso desde el 22 de abril), si se aprobara en sus términos, pondrá coto a esta tarea en tanto que desplazará su resolución al lugar que corresponde. Así, a través de lo dispuesto en el artículo 481.1 LEC proyectado, la sala podrá decidir lo siguiente:

*“El recurso de casación se decidirá por sentencia, salvo que, habiendo ya doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas, la resolución impugnada se oponga a dicha doctrina, en cuyo caso el recurso podrá decidirse mediante auto que, casando la resolución recurrida, devolverá el asunto al tribunal de su procedencia para que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.”*

3.- Alguna de estas sentencias hace buena la afirmación lapidaria y sincera de Oliver W. Holmes jr, que tal vez muchos compartan: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentius, are what I mean by the law* (“The path of the law”, [Harvard Law Review 10 \(1897\) 2](#), pp. 457-478, p. 462).

O con las palabras hermosas de uno de nuestros grandes juristas del pasado siglo, J. Puig Brutau, que advertía lo siguiente respecto a la importancia de la jurisprudencia y el arbitrio judicial: *Hay que abandonar la ilusión de que sólo interviene en la decisión de las controversias el Derecho emanado de fuentes oficialmente proclamadas y admitidas. Quienes creen que los preceptos solemnemente promulgados permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular, incurren a nuestro juicio en una ilusión peligrosa por confundir lo que está dispuesto que las cosas sean con lo que ellas, tercamente, se obstinan en ser* (palabras que se encuentran en el mismo pórtico de su estudio *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*; manejo la 2.<sup>a</sup> edición con estudios introductorios de E. Roca

Trías, R. Casas Vallés y V. Ferreres Comella, publicada como edición homenaje al propio J. Puig Brutau, por Bosch y la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 2006, p. 87).

Por empeño que tengamos el Derecho es finalmente lo que dicen los jueces y la preocupación de todos -también de los propios jueces- debe ser que estos se sujeten con esmero al imperio de la ley y que motiven y racionalicen por extenso sus decisiones, para que los criterios de decisión que adopten sean susceptibles de encarar con éxito el escrutinio público y gocen o puedan gozar, entonces, de legitimidad.

Exigencia mayor todavía en el caso del Tribunal Supremo que espera disfrutar de *auctoritas*, en tanto tiene “vocación de que se observen sus decisiones” por el resto de los órganos del mismo orden jurisdiccional ([STC 37/2012, de 19 de marzo](#), FJ 4.º).

También nos sirven algunas de estas sentencias para toparnos en la siguiente encrucijada, que tanto nos incomoda: entre lo que cabe pedir de los jueces y lo que es competencia, por cuestión de legitimidad y oportunidad, del Congreso de los Diputados y debe, por ende, pedirse a éste.

Disponemos de un buen ejemplo sobre qué es eso de *pedir peras al olmo* en la sentencia [419/2022, de 24 de mayo](#) (Mª de los Á. Parra Lucán) respecto a la falta de relación o afecto entre causante y legitimario (la *indiferencia* entre ellos) como justa causa de desheredación al incluirla la sentencia recurrida en el maltrato psicológico -con su efecto de privar de la legítima al desheredado-.

El Tribunal Supremo señala los límites de la tarea del juzgador, que no puede sustituir la decisión del legislador, que es a quien compete decidir qué hacer con la legítima. Una interpretación que conduzca a “ampliar” el número de causas de desheredación acarrea necesariamente una modificación *extra legem* tanto de la legítima como de su subsistencia. Así dice en un par de pasajes de su fundamento de derecho 3.º:

*“En el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son imputables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del “maltrato de obra” prevista en el art. 853 2.ª CC.”*

*(...) El legislador sigue manteniendo como límite a la voluntad del causante la necesidad de expresar una “justa causa” de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios. Esta sala ha admitido que los tribunales pueden interpretar con arreglo a la realidad social las causas legales de desheredación. Por ello, como afirmamos en la sentencia [401/2018, de 27 de junio](#), una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. Sin embargo, la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante.”*

**4.-** En este periodo se han dictado algunas otras sentencias de interés de las que ahora doy sucinta cuenta y que tal vez merezcan un examen más concienzudo que, a buen seguro, otros harán.

Así en tanto aborda el régimen de la minoría de edad (y a diferencia de lo que la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforman la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, prevé para la discapacidad) que se concibe para su protección, sin perjuicio de que se preserve también o procure su autonomía, véanse, entre otras, la sentencia [319/2022, de 20 de abril](#) (M<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán) sobre el artículo 12.4 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*.

No sé si hay una diferencia sustancial entre el menor que progresa en su madurez naturalmente (al que el Derecho somete a edades predeterminadas para otorgarle la aptitud para decidir o participar en la decisión, y cuya posición jurídica se concibe en términos de tutela y no de autonomía) y el incapaz natural -con grados diferentes o singulares de

discernimiento-, esto es, el que por alguna razón no disfruta de las comunes aptitudes de entender y querer. La libertad y dignidad de unos y otros son las mismas.

O, en fin -y trataré de ello en alguna *Crónica* futura- si el juicio de ponderación entre derechos o libertades es siempre prevalente en los litigios que sobre tutela civil del derecho al honor y a la intimidad llegan al Tribunal Supremo. O si la revisión del juicio -es otro conflicto entre derechos- debe ser siempre resuelto por éste o es bastante la solución dada por las Audiencias. En el lapso entre enero y mayo de este año 2022 se han dictado, s.e.u.o., 36 sentencias sobre derecho al honor y apenas se estiman los recursos en cuatro casos y en alguno de ellos respecto a la correcta aplicación de los criterios de los que servirse para fijar la indemnización “disuasoria” por daño moral.

O con casos en que las partes nos sorprenden con pretensiones desmedidas respecto al fin perseguido (lo que llamaríamos *matar moscas a cañonazos*): así en la sentencia [321/2022, de 22 de abril](#) (M<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán) en que se impugna por simulación e ilicitud causal una asociación por quienes resultaban afectados por las noticias -falsas o descarnadas- que aquella difundía.

En algún supuesto se recuerda que el ejercicio de las acciones de filiación también está sometido a la buena fe y al abuso del derecho (si es que son cosas diferentes), en particular en lo que se refiere al ejercicio intempestivo porque puede interferir de modo relevante en el desenvolvimiento de la vida del hijo afectado: así, la sentencia [361/2022, de 4 de mayo](#), M<sup>a</sup> de los Á. Parra Lucán. Los hijos son de sí mismos.

También sobre el alcance de la cosa juzgada, como sucede con la sentencia [384/2022, de 10 de mayo](#), Ignacio Sancho Gargallo. O sobre la validez de los pactos sobre la pensión compensatoria: a ellos hay que atenerse, sentencia [428/2022, de 30 de mayo](#), J. L. Seoane Spiegelberg.

Hay en ocasiones que se producen hallazgos inesperados: “la complejidad puede ser transparente” y expresarse con claridad -o sin innecesaria oscuridad- y superar el control de incorporación, más aún cuando se refiere a un elemento esencial del préstamo como es el interés remuneratorio (sentencia [421/2022, de 24 de mayo](#), Rafael Sarazá Jimena).

O la [STJUE 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, MA contra Ibercaja Banco SA](#) que es fuente, posiblemente no bien fundada, de inquietud. Hay un comentario que, creo, esclarece su alcance exacto; F. Cerdón Moreno: “Cauces para el control de las cláusulas



abusivas en el proceso de ejecución. La STJUE de 17 de mayo de 2022 y la cosa juzgada”, [Cesco, 19 de mayo de 2022](#).

También las dos sentencias (en ambos casos la controversia era con la misma sociedad compradora, pretensión y razón de pedir) sobre la imposibilidad sobrevenida de cumplir derivada de cambios urbanísticos que frustra el interés de la sociedad compradora, casos en los que se examina concienzudamente además de las cláusulas del contrato -suficientemente claras al enlazar la calificación urbanística conforme al planeamiento en sus diferentes fases normativas (aprobación inicial, provisional y definitiva) con el cumplimiento de la obligación de pago del precio y la elevación del contrato a escritura pública- el régimen de la restitución en caso de resolución del contrato.

Son las sentencias [484/2022, de 15 de junio](#) y [488/2022, de 21 de junio](#), en ambas fue ponente Juan M<sup>a</sup> Díaz Fraile). Hay un aspecto a destacar de ambas sentencias que tal vez suscite perplejidad: los efectos restitutorios “limitados” respecto a una parte del precio pagado, pese a que no se transfiere, congruamente, ninguna porción de la finca vendida y pese a que la compraventa es un contrato de tracto único. El comprador retiene una porción de precio como “cumplimiento” y no como cláusula penal o arras, en tanto el vendedor soportó el riesgo urbanístico de esa fase del contrato y dice la sentencia que “*su pago no se vinculó a la causa negocial ligada a la clasificación y desarrollo urbanístico del sector en que se ubicaba la finca y sus consiguientes posibilidades edificatorias*”. No obstante, la sala construye este efecto restitutorio como un peculiar derecho de opción durante la primera fase del contrato: 484/2022, fundamento de derecho 6.º, apartados 8.3 y 8.4; y 488/2022, fundamento de derecho 6.º, apartados 9.3 y 9.4.

5.- La sentencia [308/2022, de 19 de abril](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) aborda los efectos que el interés (superior) del menor, como principio de orden público, tiene en la disciplina del procedimiento de modificación de medidas sobre custodia de menores, en particular, en cómo resultan “atemperados” los principios dispositivo y de aportación de parte.

La cuestión controvertida era la siguiente: cuál era la determinación del régimen de custodia de la hija de los litigantes que mejor se conciliaba con su interés, en relación con el cual la madre consideraba requería la modificación de la custodia compartida semanal, que venía disfrutándose, por otra materna, con derecho de visitas del progenitor

demandado y este se oponía a tal modificación. Compareció el padre justo antes de la vista y la sentencia recurrida le negó la posibilidad de examinar su recurso de apelación, por entender que suponía plantear una cuestión distinta a la suscitada en instancia y que, por tanto, no cabía en virtud de la regla del artículo 456.1 LEC que señala que el campo de juego del recurso de apelación lo fijan las pretensiones debatidas en la instancia (*pendente appellatione, nihil innovetur*). El Tribunal rechaza esta restricción porque causa indefensión al litigante al privarle ilegítimamente de un recurso del que disponía:

*“Ahora bien, en este caso, siempre fue tema controvertido la modificación del régimen de la guardia y custodia de la menor, con lo que no podemos atisbar en qué consistió la alteración de los términos del debate en la alzada, que le reprocha la sentencia de la Audiencia al recurso de apelación, con la grave consecuencia de no entrar en su examen, privando a la parte demandada de la segunda instancia, y máxime además cuando el Ministerio Fiscal, parte en el procedimiento, se adhirió al recurso de apelación interpuesto (art. 749.2 LEC).”*

Y seguidamente, en el fundamento de derecho 2.2, hace una exposición sobre “(iii) La particular naturaleza de los procesos relativos a medidas afectantes a los intereses de los menores”

*“A más abundamiento, la atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público (sentencias [258/2011, de 25 de abril](#); [823/2012, de 31 de enero de 2013](#); [569/2016, de 28 de septiembre](#); [251/2018, de 25 de abril](#) y SSTC [178/2020, de 14 de diciembre](#) FJ 3 y [81/2021, de 19 de abril](#), FJ 2 [esta con voto particular de Juan Antonio Xiol]), afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuales son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.ª II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros.*

*Pues bien, la vigencia de dicho principio, permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC [187/1996, de 25 de noviembre](#), FJ 2; [77/2018, de 5 de julio](#), FJ 2; [178/2020, de 14 de diciembre](#) FJ*

3), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tutela sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (STC [65/2016, de 11 de abril](#)), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (SSTC [4/2001, de 15 de enero](#), FJ 4, así como [178/2020, de 14 de diciembre](#), FJ 3).

En el sentido expuesto, esta última STC 178/2020, se manifiesta categórica, hablando incluso de un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado.

La jurisprudencia civil, como no podía ser de otra forma, se ha expresado en el mismo sentido, al sostener que la aplicación del art. 752.1 LEC implica admitir en los procesos especiales del Libro IV de la LEC, prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS [350/2016, de 26 de mayo](#); [711/2016, de 25 de noviembre](#); [665/2017, de 13 de diciembre](#), [598/2019, de 7 de noviembre](#), o [705/2021, de 19 de octubre](#)), insistiéndose en que la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC [65/2016, de 11 de abril](#)), con ampliación de las facultades del juez (STC [4/2001, de 15 de enero](#), FJ 4).

Opera, también, en segunda instancia (SSTS [559/2016, de 21 de septiembre](#); [721/2011, de 26 de octubre](#); [529/2016, de 12 de septiembre](#) y [899/2021, de 21 de diciembre](#)), con declaración de nulidad del procedimiento, por no acordarse la práctica de pruebas pertinentes y necesarias. En el mismo sentido, la sentencia [759/2011, de 2 de noviembre](#).

Como ejemplos de aplicación práctica de esta flexibilización procesal, contamos con la sentencia [304/2012, de 21 de mayo](#), ratificada por la ulterior [525/2017, de 27 de septiembre](#), que excepciona, en estos casos, el rigor del deber de estricta congruencia impuesto por el art. 218 LEC, al señalar que el juego de dicho interés superior conlleva a que

"[...] no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de

la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC [120/1984](#)".

En consecuencia, con lo que venimos razonando, la sentencia [371/2018, de 19 de junio](#), fijó alimentos desde la interposición de la demanda pese a no haber sido solicitados, lo que se justificó dado que:

"[...] estamos ante unos alimentos que se fijan en beneficio e interés de los menores afectados por el divorcio de sus padres, sin estar sometidas a la justicia rogada, hasta el punto de que el párrafo primero del art. 93. CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio ("El Juez en todo caso ...")".

Por consiguiente, tampoco, desde la perspectiva expuesta, podríamos refrendar el criterio de la Audiencia, que considera innovación prohibida en la alzada, la petición del padre de que se desestimase la pretensión de la madre y que se mantuviese el régimen de custodia compartida, al tratarse de una medida que, por afectar directamente a los intereses de la menor, debería haber sido abordada por la Audiencia, máxime al haber sido expresamente planteada y debatida.

En este sentido, el art. 752.1 LEC, norma que los procesos, como el litigioso (art. 748.4.º LEC), se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (art. 752.1 LEC).

En la exégesis de dicho precepto, hemos señalado en la reciente sentencia [705/2021, de 19 de octubre](#), que:

"Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC [187/1996, de 25 de noviembre](#), FJ 2)", tal como resume recientemente la STC [178/2020, de 14 de diciembre](#), y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad".

6.- La sentencia [280/2022, de 4 de abril](#) (Mª de los Ángeles Parra Lucán) delimita los ámbitos de aplicación respectivos de las acciones de rescisión de la partición (art. 1074

CC), de complemento de ésta (art. 1079 CC) y de protección de la legítima, de nuevo en un litigio sobre divergencias en la valoración de los bienes partibles.

El caso es sencillo: el demandante (dolido legatario de la legítima estricta), al amparo del artículo 1079 CC, ejercitó acción para que se completara y rectificara la partición de la herencia de su madre realizada por los contadores, por entender que se habían omitido bienes y además que la valoración de los incluidos había sido incorrecta (en particular las acciones de una sociedad).

La cuestión estriba, como acreditan las resoluciones contradictorias de instancia y apelación, en determinar a qué supuesto o casos concierne el artículo 1079 CC y, sobre todo, el plazo de ejercicio al que se somete, cuyo tenor literal es el que sigue: *“La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos”*. Para el demandante permite discutir también los errores o discrepancias en la valoración de los bienes y para las demandadas -y para la doctrina de la sala- tal cuestión solo puede dilucidarse en la rescisión de la partición (art. 1074 CC) que se sujeta a un plazo de caducidad que ya ha transcurrido.

En el fundamento de derecho 3.º, apartado 2, fija la doctrina de la sala, que resume y reproduce para estimar el primer motivo del recurso de casación:

*“Para la resolución del recurso debemos partir de las siguientes consideraciones referidas a la acción de rescisión de la partición (art. 1074 CC), acción de complemento de la partición (art. 1079 CC) y las acciones dirigidas a proteger la legítima.*

*i) El legitimario que recibe menos de lo que le corresponde por legítima puede pedir su complemento con independencia de la cuantía de la lesión.*

*Por lo que se refiere a las acciones dirigidas a proteger la legítima, en la sentencia [419/2021, de 21 junio](#), recordábamos:*

*“Conforme al art. 815 CC, “el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma”.*

*“A la vista de los antecedentes de la norma y de la interpretación del sistema (arts. 814, 815, 817, 819, 820.1.ª, 851 CC), aun cuando el art. 815 CC expresamente no lo dice, doctrina y jurisprudencia (sentencias [863/2011, de 21 de noviembre](#), y [502/2014, de 2 de](#)*

*octubre*, además de las citadas por la sentencia recurrida de 4 de junio de 1991 [[431/1991, de 4 de junio](#)] y 7 de julio de 1995 [[682/1995, de 7 de julio](#)]) entienden que el legitimario puede, en primer lugar, aminorar el contenido económico del título de heredero (acción de suplemento o de complemento); en su defecto, los legados (acción de reducción de legados) y, en último lugar, las donaciones (acción de reducción de donaciones).

*La acción de suplemento, por tanto, necesariamente debe dirigirse contra los herederos (o contra la comunidad hereditaria antes de la partición) ”.*

*ii) El legitimario tiene un interés indiscutible en que las operaciones de valoración de los bienes hereditarios, de computación e imputación, se realicen correctamente, porque a través de ellas puede conocerse si las adjudicaciones que se le realicen por los contadores son suficientes para cubrir su legítima.*

*iii) Esta sala ha admitido que, además de las acciones dirigidas a proteger la legítima y dirigidas a obtener lo que falta para completar su legítima, el legitimario cuya legítima se haya visto lesionada como consecuencia de la errónea valoración de los bienes por parte de los contadores partidores, dispone de la acción rescisoria por lesión a que se refiere el art. 1074 CC.*

*Sobre el particular, la sentencia de 31 de mayo de 1981 [en realidad, [212/1980, de 31 de mayo](#)] declaró:*

*“(...) teniendo presente aquella línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (sentencia de 30 de abril de 1958) o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficacia por razón de su rescindibilidad, y en este sentido tiene declarado la sentencia de 30 de marzo de 1968 que frente al contador testamentario y a las operaciones particionales realizadas puede el heredero forzoso ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios concurrentes, y en el evento de lesión de sus intereses, la de rescisión aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y por lo tanto de rigurosa inviolabilidad -arts. 813, 815, 816 y 1056, párr. 1.º- y a la obvia consideración de que el comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en manera alguna para alterar los actos dispositivos*



*contenidos en el testamento, cual acontecerá si merma con las adjudicaciones la porción legitimaria respetada por el testador”.*

*iv) La acción de rescisión por lesión está sometida al plazo de caducidad de cuatro años (art. 1076 CC). Son los coherederos demandados los que disponen de la posibilidad de optar entre la indemnización del daño (en numerario o en las mismas cosas en que resultó el perjuicio) o consentir que se haga una nueva partición (art. 1077 CC).*

*v) Para el caso de que hayan quedado fuera de la partición objetos o bienes de la herencia, el art. 1079 CC permite que se complete o adicione la partición. Es decir, que si hay bienes que se han omitido procede una partición complementaria, acción que no estaría sujeta a plazo (art. 1965 CC).*

*vi) Es doctrina consolidada de esta sala que la acción de rescisión por lesión de la partición prevista en el art. 1074 CC comprende la errónea valoración de los bienes distribuidos o adjudicados. De acuerdo con esta jurisprudencia, las meras discrepancias en la valoración del activo no dan lugar a la acción de complemento o adición de la partición regulada en el art. 1079 CC (sentencia [1333/2006, de 21 de diciembre](#)).*

*La sentencia [947/2005, de 12 de diciembre](#), declaró: “Este tratamiento restrictivo de la invalidez, afirmado por gran número de Sentencias, como la de 31 de octubre de 1996, que se refiere a las de 15 de junio de 1982 o 25 de febrero de 1969, entre otras, impone resolver las atribuciones mal valoradas por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición.*

*(...) El artículo 1079 CC, en efecto, significa una excepción a la regla que impone la rescisión por lesión, y su tenor, como ha dicho la Sentencia de 16 de mayo de 1997 [[410/1997, de 16 de mayo](#)] (con precedentes, entre otras muchas, en las de 19 de junio de 1978, 22 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, en una línea que sigue en la Sentencia de 18 de julio de 2005 [[569/2005, de 18 de julio](#)]), conduce a su interpretación literalista, en el sentido de que se está refiriendo a la omisión que, en su caso, se padezca en la correspondiente partida de la partición recayente en alguna de las dos realidades que aparecen diferenciadas en el precepto: objetos materiales o corpóreos y valores o títulos o derechos de indiscutible naturaleza inmaterial, y por esa razón al hablar de “valores” no se refiere al “aspecto cuantitativo de valoración de del bien” o defecto de su avalúo (expresiones de la sentencia citada). Y ello aunque en alguna ocasión*

*(Sentencias de 27 de junio de 1995, de 26 de noviembre de 1974) se contengan referencias a los problemas de valoración, que se han de explicar por relación con los específicos supuestos planteados, como sucede en la primera de las citadas, que resolvió la cuestión litigiosa suscitada al haberse omitido determinados bienes pertenecientes al caudal relicto”.*

*Con posterioridad, la sentencia [350/2015, de 16 de junio](#), afirma: “Un bien de escasa importancia puede ser adicionado a la liquidación, pero una discusión sobre una valoración debe ser llevado a la lesión ultra dimidium del artículo 1074 si supera los límites de ésta. Así lo expresa la sentencia de [12 diciembre 2005](#) que no permite aplicar la cuestión del valor económico a la adición del artículo 1079, que se inspira en el principio de favor partitionis”.*

7.- La sentencia [296/2022, de 6 de abril](#) (Ignacio Sancho Gargallo) es un buen ejemplo para examinar la noción de condición a través de la regla contenida en el artículo 101.1 de la Ley 22/2003, de 16 de julio, *concurzal* (“La propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada”; hoy artículo 319.1, del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concurzal*).

Se trata de la oposición por parte de la Agencia Tributaria y el Instituto Valenciano de Finanzas a la aprobación judicial del convenio del Elche, Club de Fútbol, sociedad anónima deportiva, aprobado en junta de acreedores en la que pedían también la consiguiente apertura de la liquidación. Entre otros motivos se alegaba que el “convenio comprendía una ampliación de capital condicionada”. Las sentencias de instancia y de apelación aprobaron el convenio.

En el recurso se aduce que se infringe lo previsto en el artículo 101.1 LC, “*porque no tiene en cuenta la existencia de una condición a la propuesta alternativa A), de conversión de créditos en acciones. En la medida que el contrato de prenda constituido sobre las acciones de la concursada expresamente prevé que la accionista pignorante, que ostenta el 54,70% del capital social del Elche CF, no podrá ejercitar los derechos de voto inherentes a las acciones sin el consentimiento previo del acreedor pignoraticio, la alternativa A) de conversión de créditos en acciones está sujeta a una condición, y por ello*



*es ineficaz conforme a lo prescrito en el art. 101.1 LC” (fundamento de derecho 3.º apartado 1). Señala la sentencia en el apartado 2 de su fundamento de derecho 3.º:*

*“El precepto que se denuncia infringido, el art. 101.1 LC, prescribe que “la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada”. Este precepto se encuentra ahora, con la misma redacción, en el art. 319 del texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el RDLeg 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC). Con esta norma, la ley quiere evitar propuestas condicionadas, en cuanto que su eficacia esté sujeta al cumplimiento de “cualquier clase de condición”: suspensiva o resolutoria; positiva o negativa; potestativa, causal o mixta...*

*Pero conviene distinguir, como hace la sentencia recurrida, entre hechos futuros e inciertos de los que se haga depender la eficacia de una concreta propuesta de convenio, de los hechos futuros e inciertos que podrían incidir sobre el cumplimiento efectivo del contenido obligacional del convenio aprobado.*

*En nuestro caso, la propuesta de convenio no introduce ninguna condición para la proposición alternativa de conversión de créditos en acciones. Sin perjuicio de que para que se pueda cumplir con ella, sea necesaria la ampliación de capital social que debe ser acordada por la junta de accionistas.*

*Aunque la redacción originaria de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, preveía entre las proposiciones alternativas, “las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos”, omitía una referencia expresa al modo de hacerse efectiva esta propuesta. Obviamente, la efectividad de una propuesta de conversión de créditos en acciones requería de la ampliación de capital social acordada por la junta de accionistas. Pero esta circunstancia no podía caracterizarse como una condición, pues la consecuencia lógica inmediata sería negar en todo caso la validez de esta clase de proposiciones alternativas (conversión de créditos en acciones o participaciones sociales), lo que entraría en contradicción con la propia ley que expresamente las admite.*

*Al respecto, es muy significativo que la modificación del art. 100.2 LC introducida por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, previera expresamente la forma en que debería darse cumplimiento a esta proposición alternativa, mediante un acuerdo de la junta general, que a su vez depende de la voluntad mayoritaria de los socios:*

*"En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles".*

*Esta previsión normativa, que trata de facilitar el cumplimiento de estas proposiciones alternativas de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, ha pasado al art. 323.2 TRLC con una redacción más depurada:*

*"2. Para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad concursada no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales".*

*Partiendo, pues, de que la aprobación de la ampliación de capital social afecta al cumplimiento de la conversión de créditos en acciones o participaciones, sin que pueda caracterizarse como una condición a los efectos de la prohibición prevista en el art. 101.1 LC, las circunstancias que puedan incidir en ese cumplimiento efectivo tampoco pueden merecer esta caracterización de condición.*

*De este modo, el hecho de que un número relevante de acciones estén pignoradas y de acuerdo con el pacto de pignoración sea necesaria la autorización del acreedor pignoraticio para un ejercicio de los derechos políticos como este, es una circunstancia que puede llegar a afectar al cumplimiento, pero no convierte la propuesta de convenio en condicionada, como pretende el recurrente."*

**8.-** La sentencia [328/2022, de 26 de abril](#) (Rafael Sarazá Jimena) concierne a una acción de cesación respecto al cobro de una comisión por ingreso en efectivo por terceras personas -no contrapartes del contrato de cuenta corriente- en el que el ordenante pide la incorporación de información adicional. La acción se estimó en la instancia y se confirmó en apelación.

El tribunal establece que la fijación de la comisión o tarifa es una condición contractual no negociada, es más que “*el servicio se preste al titular de la cuenta en que se abona el ingreso o al tercero que hace el pago o que sea o no una actuación ínsita a un servicio que ya es remunerado por otra comisión, no afecta a su carácter de cláusula contractual no negociada*” (fundamento de derecho 5.º apartado 1). Aprovecha la sentencia para hacer acopio de los casos en que se ha litigado sobre “comisiones bancarias” en el mismo fundamento de derecho 5.º, apartado 2:

*“Por otra parte, son numerosas las sentencias de esta sala que han tenido por objeto el control de abusividad previsto en la Directiva 93/13/CEE y en el art. 82 y siguientes TRLCU, respecto de las comisiones establecidas por las entidades bancarias y financieras en general. Tales son, por ejemplo, las sentencias [431/2020, de 15 julio](#), y [566/2019, de 25 octubre](#), sobre la abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras en cuenta corriente, [44/2019, de 23 enero](#) [Pleno], sobre la abusividad de la comisión de apertura de préstamo hipotecario, y [616/2018, de 7 noviembre](#), sobre la abusividad de la comisión de cancelación anticipada de fondo de inversión. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) se ha pronunciado sobre el control de abusividad de comisiones bancarias, como es el caso de la [sentencia de 16 julio 2020](#), asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, en que se pronunció sobre el control de abusividad de la cláusula de la comisión de apertura”.*

El asunto principal lo suscita la propia entidad bancaria recurrente, que afirma, como resume la sentencia en el fundamento de derecho 8.º que la sentencia de apelación “*realiza un control del equilibrio objetivo entre precio y prestación. Asimismo, la comisión no es contraria a la Orden EHA/2899/2011 porque retribuye un servicio prestado de forma efectiva al cliente que acude a realizar el ingreso, y no está retribuida por la comisión de mantenimiento que paga el titular de la cuenta, porque la comisión no se devenga por el ingreso de efectivo en sí, sino por un servicio adicional como es la identificación del concepto del ingreso, que excede del servicio de caja*”.

El tribunal corrobora la decisión de la sentencia recurrida, descarta que haya control de precios o de adecuación entre precio y prestación, y así afirma en el fundamento de derecho 9.º:

*“Decisión del tribunal: la comisión establecida en la cláusula cuestionada no retribuye ningún servicio adicional al servicio de caja que ya está remunerado por la comisión de mantenimiento de la cuenta bancaria*

*1.- La afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que “[l]a cantidad a abonar no es proporcional al ingreso en efectivo o al recibo abonado, se cuantifica en dos euros independientemente de la cantidad principal, siendo que no es lo mismo pagar un recibo de cuatro euros que uno de doscientos, en el primer caso dos euros supondría el cincuenta por ciento” no es correcta, pues estando redactada la cláusula de manera clara y comprensible y no existiendo problema alguno para que el consumidor entienda la carga que le supone pagar dos euros por ese servicio, el control de abusividad no puede consistir en un control de la adecuación entre el precio y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.*

*2.- Pero, como la propia Kutxabank reconoce al formular otros argumentos impugnatorios, las razones por las que se declaró la abusividad de la cláusula no se ciñen a esa desproporción entre el precio y el servicio prestado. El argumento principal del juzgado, confirmado en apelación, fue que el ingreso de efectivo en la cuenta de un tercero o el pago en efectivo de recibos normalizados constituyen un servicio de caja que se encuentra ya retribuido por la comisión de mantenimiento de la cuenta en la que se hace el ingreso o se abona el importe del recibo.*

*3.- El recurso no desvirtúa los argumentos de las sentencias de instancia respecto del pago en efectivo de los recibos normalizados, por lo que la declaración de abusividad de tal cláusula debe quedar incólume.*

*4.- Respecto de los ingresos en efectivo hechos por un tercero distinto al titular de la cuenta, Kutxabank admite que constituyen un servicio incluido en el ámbito del servicio de caja por el que el titular de la cuenta paga la comisión de mantenimiento y por el que la entidad financiera no puede cobrar otra comisión adicional “salvo que el ordenante pretenda un servicio añadido al del simple ingreso en la cuenta de un tercero, en cuyo caso la entidad podría cobrarle una comisión comunicándole previamente su existencia e importe”, de acuerdo con los criterios del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España. Pero, alega, lo que retribuye la comisión cuestionada no es el ingreso de efectivo en sí sino la identificación del concepto del ingreso y su inclusión en el justificante que se da al tercero que realiza el ingreso.*

5.- *El argumento de la recurrente no es admisible. El servicio de caja, retribuido por la comisión de mantenimiento de la cuenta corriente bancaria, es un conjunto de prestaciones específicamente bancarias consistentes, básicamente, en la realización de pagos y cobros por cuenta y en interés del cliente. Teniendo en cuenta lo anterior, la expresión del concepto del ingreso es una actuación inherente a la realización del propio ingreso, que constituye un cobro realizado por cuenta del titular de la cuenta bancaria. El desplazamiento patrimonial que supone el pago en efectivo por el tercero y el cobro por el titular de la cuenta ha de responder a una causa, por lo que es consustancial a dicha actuación que además del importe y del origen y destino del dinero, conste el concepto a que responde ese desplazamiento patrimonial.*

6.- *Además, la expresión de la causa de la transmisión patrimonial (“concepto” del ingreso) supone una utilidad no solo para el tercero que realiza el ingreso sino también para el titular de la cuenta corriente que paga la comisión de mantenimiento por el servicio de caja, pues le permite conocer la causa de dicho cobro.*

7.- *También es inherente, en la práctica, al ingreso en efectivo la emisión del justificante escrito para entregarlo a quien lo realiza, en el que constan los datos básicos de tal ingreso (fecha, importe, identificación de la cuenta en que se hace el ingreso y de la persona que lo realiza), y entre tales datos básicos se encuentra el concepto del ingreso, que justifica su causa.*

8.- *En definitiva, la expresión del concepto del ingreso (cobro para el titular de la cuenta) y su inclusión en el justificante escrito emitido por la entidad financiera carecen de una sustantividad propia, distinta de lo que constituye el servicio de caja, que permita que sea considerada como un servicio añadido al ingreso en efectivo en sí. Por consiguiente, estando este servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento que paga el titular de la cuenta, el cobro al tercero que realiza el ingreso de una comisión añadida carece de justificación y es contraria al art. 3.1, párrafo segundo, de la Orden EHA/2899/2011 porque no retribuye ningún servicio efectivo distinto del que ya es objeto de retribución por el cliente en la comisión de mantenimiento de la cuenta”.*

9.- La sentencia [367/2022, de 4 de mayo](#) (Rafael Sarazá Jimena), caso Estrella Receivables, sobre usura y tarjeta revolving, confirma la doctrina anterior de la sala, sin matizarla

expresamente -por eso su fundamento de derecho 3.º se encabeza con la rúbrica “reiteración de la doctrina sentada en la sentencia [149/2020, de 4 de marzo](#)”, caso Wizink-.

En esta sede se confirma la conexión entre problemas de control de contenido del contrato (que es el asunto del artículo 1, párrafo primero, de la Ley de 23 de julio de 1908 *sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios* [Gaceta de Madrid, 24 de julio de 1908]) y de control de transparencia (esto es, si el consumidor supo cuáles eran las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula; pero: ¿qué consumidor?, ¿el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz?), como afirma la sentencia, fundamento de derecho 5.º, apartado 1:

*“... el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores”.*

En el caso el contrato se celebró en 2006 con tipo del 24,5 % y “la TAE aplicada por las entidades bancarias a las operaciones de tarjeta de crédito con pago aplazado era frecuentemente superior al 20% y que también era habitual que las tarjetas *revolving* contratadas con grandes entidades bancarias superasen el 23 %, 24 %, 25 % y hasta el 26 % anual” (fundamento de derecho 3.º apartado 6).

El objeto de la controversia era, como expone el fundamento de derecho 2.º, qué término de comparación debe elegirse para fijar cuál es el interés normal del dinero en esta clase de negocios. Cabe recordar que solo los criterios de decisión que el Tribunal establezca respecto al objeto de la controversia constituyen *ratio decidendi* y pueden invocarse -o aceptarse- como doctrina de aquél.

El término de comparación para determinar cuál sea el “interés normal del dinero” será el mercado de crédito más específico en el que quepa incluir el préstamo que se considera: así, si se trata de tarjetas *revolving* no será el mercado de los créditos al consumo en general sino el mercado específico de tarjetas de crédito y *revolving* -véase, entre otras, la estadística del Banco de España- si estuviera desglosado, porque disfruta de características propias (modo de ponderar la solvencia del deudor) que arroja notables diferencias de tipos medios (*v.gr.*, para enero de 2022, *revolving*: 18,33 % ; crédito al consumo, tipo medio ponderado: 6,60 %).

Otro problema será el de qué estadísticas gozan de efectos procesales (son pericias, en suma) y qué hacemos cuando el periodo que se considera no disfruta de estadística

“oficial” (*i.e.*, del Banco de España). Una vez que se constata la diferencia se juzga si es “notablemente superior”: cuánta debe ser la diferencia respecto al promedio -sin desconocer, claro, que el promedio se calcula desde tipos distintos, menores unos, mayores otros-. No disponemos aquí de un régimen legal que fije un porcentaje y queda, entonces, reservado para un juicio de ponderación judicial que concrete los conceptos indeterminados que acoge la ley. Como dijo la sentencia, fundamento de derecho 5.º apartado 3.º:

*“A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés “notablemente superior al normal del dinero” y “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”.*

*Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos”.*

Quizá un problema en esta materia sea decidir si basta con que sea notablemente superior o es preciso, además, que sea “manifiestamente desproporcionado” con las circunstancias: el párrafo primero del art. 1 LU establece la conjunción copulativa que parece exigir su carácter “cumulativo” y no alternativo.

Dice así el fundamento de derecho 3.º, bajo la rúbrica, como ya hemos dicho, de “reiteración de la doctrina sentada en la sentencia 149/2020, de 4 de marzo”:

*“1.- En la sentencia [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno, caso Sygma], invocada por la recurrente, la cuestión planteada en el recurso no consistía en determinar cuál era el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del “interés normal del dinero” en el caso de las tarjetas revolving. Lo que en el recurso resuelto por aquella sentencia se cuestionaba era la decisión de la Audiencia Provincial de considerar como “no excesivo” un interés que superaba ampliamente (en prácticamente el doble) el índice fijado en la instancia, y no discutido en el recurso, como significativo del “interés normal del dinero” y denegar por tal razón el carácter usurario del contrato de tarjeta revolving. Por el contrario, la cuestión planteada en este recurso, que consiste en determinar cuál*

*debe ser el término comparativo que ha de utilizarse como indicativo del “interés normal del dinero” en el caso de las tarjetas revolving, ha sido resuelta en la sentencia del pleno de esta sala 149/2020, de 4 de marzo. No existen razones para apartarse de la doctrina sentada en esa sentencia, que reproduciremos en lo fundamental.*

*2.- En la citada sentencia 149/2020, de 4 de marzo, afirmamos que para determinar la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y decidir si el contrato es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y que, si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede con la de tarjetas de crédito y revolving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.*

*3.- También declaramos en aquella sentencia que, a estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y revolving, que se encuentra en un apartado específico.*

*4.- En el presente caso, la cuestión controvertida objeto del recurso de casación se ciñe a determinar cuál es el interés de referencia que debe tomarse como “interés normal del dinero”. La Audiencia Provincial ha utilizado el interés específico de las tarjetas de crédito y revolving y la recurrente considera que debió utilizar el interés de los créditos al consumo en general.*

*5.- Al igual que declaramos en la anterior sentencia 149/2020, de 4 de marzo, el índice que debe ser tomado como referencia es el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No puede aceptarse la tesis de la recurrente de que el interés de referencia que debe emplearse para decidir si el interés del contrato cuestionado es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso” es el general de los*



*créditos al consumo y no el más específico de las tarjetas de crédito y revolving que es utilizado en la sentencia recurrida.”*

**10.-** En el caso de la sentencia [494/2022, de 22 de junio](#) (Francisco Javier Arroyo Fiestas) se debate esencialmente si los subadquirentes del comprador pueden ejercer las acciones “contractuales” que competan a este frente al promotor (en el caso por las calidades prometidas en la memoria objeto de publicidad, en concreto, puertas de paso y frentes de armario), esto es, si están activamente legitimados para ello y en virtud de qué título o razón. Cuestión que expresamente rechaza tanto la instancia como la apelación, pero que el Tribunal acepta: le cabe a los subadquirentes ejercer los remedios contractuales que ostentaran sus transferentes.

Así, en el motivo único de casación los subadquirentes denuncian la “*infracción de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil en relación con el artículo 1257 de dicho texto por aplicación del principio de relatividad de los contratos, sin aplicar la excepción que según la jurisprudencia invocada permite a los segundos adquirentes reclamar por el incumplimiento de las calidades comprometidas frente al promotor con quien no suscribieron la compraventa directamente, vulnerando la jurisprudencia que lo interpreta (SSTS [597/1997, de 30 de junio](#) [José Almagro Nosete] y [269/2011, de 11 de abril](#) [Juan Antonio Xiol Ríos])”*. En el fundamento de derecho 3.º que refiere a la legitimación de los subadquirentes reproduce el contenido de las dos sentencias invocadas por los recurrentes. Así:

“*Esta Sala declaró en sentencia [597/1997, de 30 de junio](#):*

*“El tercero y último de los motivos a considerar, entiende infringido el artículo 1257 del Código civil en relación con el 1907 del Código civil. Mas del hecho de haberse producido la adquisición de la propiedad, por medio de propietarios intermedios que no son directamente el causante, no se infiere que los nuevos adquirentes pierdan legitimación para reclamar. Los Sres. Elvira y Basilio, al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. “No es tercero civil, a quien alcance la doctrina*

de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del Código civil, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto inter vivos (Sentencias de 5 de octubre de 1975, 3 de octubre de 1979 [[303/1979, de 3 de octubre](#), Jaime de Castro] y de 20 de febrero de 1981 [[66/1981, de 20 de febrero](#), Antonio Sánchez Jáuregui]) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje” (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1981 [[403/1981, de 2 de noviembre](#), Antonio Sánchez Jáuregui]). Es reiterada la jurisprudencia que, por tanto, se manifiesta en el sentido de que “los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante”, así entre otros, sentencias de 12 de noviembre de 1960, 27 de junio de 1961, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965, 25 de abril de 1975 y 3 de octubre de 1979 [[303/1979, de 3 de octubre](#), Jaime de Castro]. “Por virtud de la regla *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido” (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1977). En igual sentido y entre otras, la sentencia de 5 de mayo de 1961, declaró que “el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 del Código civil con carácter general, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario”. En conclusión parece el motivo”.

Igualmente en sentencia [269/2011, de 11 de abril](#):

“A) El artículo 1257 del Código civil establece como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (SSTS de 23 de julio de 1999 [[668/1999, de 23 de julio](#), Pedro González Poveda], [9 de septiembre de 1996](#) [Ignacio Sierra]). Por ello si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos la autonomía existe.

“B) No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada. En tal sentido, las sentencias de esta Sala que aplican la teoría de la relatividad de los contratos se refieren a obligaciones propter rem [por razón de la cosa] constituidas en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa; así en las obligaciones asumidas por el promotor o vendedor de viviendas frente a segundos o sucesivos adquirentes por defectos constructivos, al ser doctrina jurisprudencial que dicho precepto no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas (SSTS 5 de diciembre de 1996 [[1021/1996, de 5 de diciembre](#), Eduardo Fernández-Cid], 29 de septiembre de 1997 [[817/1997, de 29 de septiembre](#), Francisco Hernández Gil] y 29 de diciembre de 1998 [[893/1998, de 29 de diciembre](#), Ignacio Sierra])”.

De esta doctrina jurisprudencial se deduce con claridad en interpretación del art. 1257 del C. Civil, que los recurrentes (como segundos adquirentes de las viviendas) están legitimados para reclamar en este procedimiento, en defensa de sus derechos, adquiridos derivativamente en base a la compraventa de los anteriores titulares, que nunca renunciaron a sus derechos.

Es más, la propia parte recurrida reconoce en su oposición al recurso (folio 5) la legitimación de los segundos adquirentes, pero la limita a los derechos inherentes a la propiedad, entendiendo que en el presente caso solo se reclama por una condición accesorio, a saber, una mejora de la calidad de parte de las puertas de la vivienda, por lo que entiende que en este supuesto no sería aplicable el principio de relatividad de los contratos.

Esta Sala debe declarar que la acción ejercitada tendente a reclamar por la diferencia de calidades en puertas y frentes de armario tiene trascendencia sustancial en aras a preservar la integridad del bien, en cuanto las vendedoras incumplieron manifiestamente el compromiso adquirido en virtud de la Memoria de Calidades, documento que integra con carácter esencial la compraventa, de tal manera que los arts. 3 y 4 del RD 515/1988, de 21 de abril, exigen que se respete lo ofertado publicitariamente y que tenga a disposición de los compradores la referencia a los materiales empleados.

En igual sentido la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Protección de Consumidores, sustituida por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

*No se trata de un pacto contractual secundario, sino una referencia normativamente obligada que se ha de incluir en el contrato, mediante el anexo de la Memoria de Calidades, por lo que no puede calificarse como hace la recurrida de una mera condición accesorio, dado que forma parte del núcleo o contenido esencial de los compromisos adquiridos. En conclusión, los recurrentes tienen legitimación activa para reclamar, aun cuando fuesen segundos adquirentes (arts. 1101, 1124 y 1257 CC)”.*