



## Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr Revista jurídica hispano-alemana

### informaciones

**Herausgeber/Editor:**

Deutsch-Spanische  
Juristenvereinigung e.V.  
Asociación Hispano-Alemana de  
Juristas

[www.dsjv-ahaj.org](http://www.dsjv-ahaj.org)

**122 Leitartikel / Editorial****Artikel / Artículos**

- 124 **Unterschiede der Regelungstechnik in Código Civil und BGB am Beispiel der Flächenabweichung beim Grundstückskauf**  
Philipp Sahm, LL.M. (EUI Florenz)

- 130 **Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios – Segunda parte**  
José María Miquel

- 158 **Aktuelles Steuerrecht**  
Frank Müller

- 167 **Spanische Gesetzgebung / Jurisprudencia española**

- 172 **Junge Juristen / Jóvenes Juristas**

- 174 **Notizen aus der Vereinigung / Noticias de la Asociación**

- 177 **Stellenmarkt / Bolsa de trabajo**

- 182 **Impressum / Pie de imprenta**

**III/2017**

S. 121 - 182  
33. Jahrgang  
November 2017

# FACHKURS „RECHT UND RECHTSKULTUR IN DEUTSCHLAND“

## KURSDATEN

- ✓ Kursdauer: **7. August - 31. August 2018**
- ✓ Kursumfang: 70 Unterrichtseinheiten Fachkurs  
+ 26 Unterrichtseinheiten Fachsprachkurs
- ✓ Teilnahmegebühren: 730 € + 100 € Anmeldegebühr
- ✓ auf Wunsch Organisation einer Unterkunft
- ✓ Anmeldeschluss: 15. Juni 2018
- ✓ Teilnahmebedingung: Deutschkenntnisse ab C1-Niveau

## KURSINHALTE

- ✓ Öffentliches Recht, Straf- und Zivilrecht unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Kontextes der BRD
- ✓ Praktische Übungen zur juristischen Fachsprache
- ✓ Besuche von Gerichtsverhandlungen
- ✓ Besprechung aktueller Fallbeispiele

## WEITERE INFORMATIONEN

- ✓ Zum Fachkurs und zur Sommeruniversität:  
[www.sommeruni-bayreuth.de](http://www.sommeruni-bayreuth.de)
- ✓ Zu den DAAD-Sommerkursstipendien:  
[www.daad.de](http://www.daad.de)
- ✓ Zur Universität Bayreuth:  
[www.uni-bayreuth.de](http://www.uni-bayreuth.de)



informaciones  
Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr / Revista jurídica hispano-alemana

**Schriftleitung/Redacción:** Dr. Markus Artz  
Koblenzer Strasse 80, D – 56073 Koblenz  
T +49 261 9423173 F +49 261 9423202  
[artz@artzlopez.com](mailto:artz@artzlopez.com); [m.artz@dsjv-ahaj.org](mailto:m.artz@dsjv-ahaj.org)

---

**INHALTSVERZEICHNIS / ÍNDICE****Seite/Pág.**

<b>Leitartikel / Editorial .....</b>	122
--------------------------------------	-----

**Aufsätze / Artículos**

<b>Unterschiede der Regelungstechnik in Código Civil und BGB am Beispiel der Flächenabweichung beim Grundstückskauf</b>	
---	--

Philipp Sahm, LL.M. (EUI Florenz) .....	124
---	-----

<b>Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios – Segunda parte</b>	
---	--

José María Miquel.....	130
------------------------	-----

**Aktuelles Steuerrecht**

Frank Müller .....	158
--------------------	-----

<b>Spanische Gesetzgebung / Jurisprudencia española .....</b>	167
---	-----

<b>Junge Juristen / Jóvenes Juristas .....</b>	172
--	-----

<b>Notizen aus der Vereinigung / Noticias de la Asociación .....</b>	174
--	-----

<b>Stellenmarkt / Bolsa de trabajo.....</b>	177
---	-----

<b>Impressum / Pie de imprenta.....</b>	182
---	-----

## Editorial

Queridos socios y amigos:

Ya estamos en época prenavideña, de reflexión y balance del año.

2017 ha sido un año intenso, con multitud de actividades y elección de nueva Junta Directiva. Hemos tomado buena nota de vuestras peticiones y ruegos en la Asamblea General de Lanzarote. Me refiero a continuación a alguna de ellas.

### Informaciones

En primer lugar, queremos darle un nuevo impulso a nuestra revista INF, facilitando el acceso a través de buscadores de internet a los artículos que escribís y publicáis en nuestra revista. A partir de ahora, los artículos que publiquéis serán accesibles desde Google u otros buscadores. Con ello pretendemos satisfacer vuestra petición de mayor visibilidad de las publicaciones en el mercado y que al propio tiempo sea una herramienta de promoción de la Asociación como el foro de intercambio jurídico hispano-alemán de referencia, despertando el interés de potenciales nuevos socios.

### Cuotas de socio

Con el fin de reforzar la estructura financiera de la asociación y en particular a la vista de que los congresos anuales suelen ser deficitarios y que hace más de 20 años que no se suben las cuotas de socio, se decidió en la última Asamblea general en Lanzarote aumentar las cuota de socio de 100 € a 125 € y de 50 € a 60 €.

### Formato del Congreso anual

Debatimos de manera regular en las reuniones de la Junta Directiva y también en nuestras Asambleas la cuestión del formato del Congreso. Si bien los asistentes se muestran mayoritariamente favorables a mantener la actual estructura, no podemos desconocer que la cifra de asistentes a los Congresos anuales, que no a los minicongresos, está en un proceso de declive. De ahí que hayamos decidido, atendiendo a las numerosas intervenciones en este sentido en la Asamblea de Lanzarote, mantener el formato actual para el Congreso de Leipzig 2018, si bien bajo el prisma de la solidez financiera a futuro de la Asociación, nos replantearemos esta cuestión a la vista de los asistentes y resultados financieros de Leipzig.

Liebe Mitglieder und Freunde,

Wir befinden uns bereits in der Vorweihnachtszeit, Zeit zum Nachdenken und um Jahresbilanz zu ziehen.

2017 war ein intensives Jahr, mit vielen Aktivitäten und der Wahl eines neuen Vorstandes. Wir haben Eure Wünsche und Anregungen anlässlich der Mitgliederversammlung zur Kenntnis genommen. Zu einigen von ihnen nehme ich wie folgt Stellung:

### Informaciones

Zunächst möchten wir unserer Zeitschrift INF einen neuen Impuls geben und die von Euch geschriebenen und veröffentlichten Artikel im Internet zugänglich zu machen. Von nun an sind alle Artikel im Internet mit Google oder anderen Suchprogrammen zu finden. Hiermit möchten wir dem Wunsch nachkommen, die Veröffentlichungen auf dem Markt bekannt zu machen und dies gleichzeitig als Werbung für unsere Vereinigung zu nutzen als „das“ Forum für den deutsch-spanischen juristischen Austausch, um damit das Interesse potentieller neuer Mitglieder zu wecken.

### Mitgliedsbeiträge

Um die finanzielle Struktur der Vereinigung zu stärken und insbesondere im Hinblick auf die in der Regel defizitären Jahrestagungen und die Tatsache, dass seit mehr als 20 Jahren die Mitgliedsbeiträge nicht erhöht wurden, hat die letzte Mitgliederversammlung in Lanzarote beschlossen, die Mitgliedsbeiträge von 100 € auf 125 € bzw. 50 € auf 60 € zu erhöhen.

### Format der Jahrestagungen

Regelmäßig setzen wir uns in den Vorstandssitzungen und auch in Mitgliederversammlungen mit der Frage des Formats unserer Tagungen auseinander. Auch wenn die Teilnehmer mehrheitlich für die Beibehaltung der jetzigen Struktur sind, können wir nicht außer Acht lassen, dass die Teilnehmerzahl an den Jahrestagungen, nicht an den Minikongressen, in den letzten Jahren abgenommen hat. Deshalb haben wir beschlossen, im Hinblick auf die vielen Interventionen in der Mitgliederversammlung in Lanzarote, das jetzige Format für den Kongress Leipzig 2018 beizubehalten, auch wenn wir uns unter dem Prisma der wirtschaftlichen Solidität der Vereinigung für die Zukunft vorbehalten, diese

Angelegenheit nach Leipzig je nach Teilnehmerzahl und finanziellem Ergebnis erneut zu diskutieren.

### Novedades en los grupos de trabajo

Como novedad, este año hemos decidido introducir un tema que va a sustituir a "Actualidad Jurídica" y que va a tratar de cuestiones no jurídicas pero de interés para la profesión. Lo llamamos "Off-Law". El que quiera saber más deberá acudir a Leipzig...creo que os va a gustar la idea.

### Próximos Congresos

Espero veros en Málaga el 3 de marzo en el Minicongreso de primavera, que versará sobre el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, documento de altísimo interés y destacada relevancia para nuestra práctica profesional. El congreso principal de este año tendrá lugar en Leipzig, del 30 de mayo al 3 de junio.

Me despido con mis mejores deseos para unas felices fiestas, momentos de paz y de descanso y en la confianza de que en 2018 sigamos pudiendo compartir buenos momentos.

Cordialmente,

Mónica Weimann Gómez

### Neues zu den Arbeitsgruppen

Als Neuigkeit haben wir dieses Jahr beschlossen, eine Arbeitsgruppe einzuführen, die den „Aktuellen juristischen Überblick“ ersetzen und die keinen juristischen Inhalt haben soll, aber für alle von beruflichem Interesse ist. Wir benennen sie „Off-Law“. Wer mehr wissen möchte, sollte nach Leipzig kommen...ich glaube, die Idee wird allen gefallen.

### Nächste Kongresse

Ich freue mich auf ein Wiedersehen in Málaga am 3. März zum Minikongress im Frühling zu dem Thema der neuen Datenschutzverordnung, die von grösstem Interesse und höchster Bedeutung für unsere berufliche Praxis ist. Der Jahreskongress wird dieses Jahr vom 30. Mai bis 3. Juni in Leipzig stattfinden.

Ich verabschiede mich mit den besten Wünschen für die Feiertage, Frieden und Ruhe und im Vertrauen darauf, dass wir auch in 2018 wieder schöne Zeiten miteinander verbringen können.

Herzliche Grüße

Mónica Weimann Gómez



Presidenta DSJV – AHAJ,  
Abogada  
Gómez-Acebo & Pombo, Madrid  
[mweimann@gap.com](mailto:mweimann@gap.com);  
[www.gap.com](http://www.gap.com)

## Unterschiede der Regelungstechnik in Código Civil und BGB am Beispiel der Flächenabweichung beim Grundstückskauf

Philippe Sahm, LL.M. (EUI Florenz)\*

### **Resumen**

En este artículo se consideran las diferencias metodológicas entre el código civil alemán y el código civil español. Para ello se estudia el régimen legal de las discrepancias de cabida en la compraventa de un inmueble tanto en derecho alemán como en derecho español. Cabe constatar que el Código Civil español parte de un enfoque dirigido al caso concreto mientras que el derecho privado alemán se distingue por un enfoque particular basado en principios abstractos. El estudio trata de captar esta diferencia y pone de relieve como se manifiesta también en la jurisprudencia.

### **1. Einleitung**

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und der spanische Código Civil (CC) sind beide während der europäischen Kodifikationsbewegung im ausgehenden 19. Jahrhundert entstanden. Beide gehören zu kontinental-europäischen Rechtsordnungen, die gemeinsame Wurzeln haben und seit langem in einem juristischen Austausch miteinander verbunden sind. Trotz dieser Gemeinsamkeiten unterscheiden sich beide Gesetzbücher in grundsätzlicher Weise. Zwar kann jeder Rechtsanwender des BGB oder Código Civil sofort einige offensichtliche inhaltliche wie formale Unterschiede aufzählen: In formaler Hinsicht ist der Código Civil weniger umfangreich als das BGB, in materialer Hinsicht fallen unter anderem die oft sehr unterschiedlichen Verjährungsfristen auf. Diese Unterschiede sind jedoch akzidentell und kein Ausdruck einer grundsätzlichen Differenz.

Der Unterschied zwischen BGB und Código Civil liegt jedoch tiefer, da beide von einer jeweils anderen Regelungstechnik geprägt sind. Die unterschiedlichen methodischen Ansätze sind für die juristische Praxis bedeutsamer als die rein oberflächlichen Differenzen, da sie die Denkweise der beiden Privatrechtsordnungen insgesamt kennzeichnen. Während das BGB mit seinen Normen leitende Grundsätze einer Rechtsmaterie aufstellt, orientiert sich der Código Civil eher am Einzelfall, sodass sich die beiden Gesetzbücher hinsichtlich ihrer Abstraktionshöhe unterscheiden. Für den Código Civil ist daher ein Falldenken charakteristisch, während das BGB tendenziell von

einem Prinzipiendenken ausgeht.<sup>1</sup> Die unterschiedlichen Grundausrichtungen zeigen sich etwa daran, dass das BGB gemeinsame Regeln eines Teilrechtsgebiets in einem separaten allgemeinen Teil zusammenfasst, wohingegen der Código Civil vielfach auf die ausführliche Regelung abstrakter Rechtsinstitute (etwa der rechtsgeschäftlichen Vertretung) verzichtet.

Als Fallstudie für diesen unterschiedlichen Ansatz der beiden Privatrechtsordnungen kann die Frage der Flächenabweichung beim Grundstückskauf dienen. Virulent wird eine Flächenabweichung beim Grundstückskauf, wenn der Käufer nachträglich herausfindet, dass das von ihm erworbene Grundstück kleiner ist, als vertraglich vereinbart. Die Frage lautet dann, welche Rechte der Käufer gegen den Verkäufer aus dieser negativen Flächenabweichung herleiten kann. Im Falle einer positiven Flächenabweichung, also wenn das erworbene Grundstück tatsächlich größer ist als vereinbart, kann der Käufer sich einer höheren Kaufpreisforderung durch den Verkäufer ausgesetzt sehen. Eine seltenerne Sonderkonstellation liegt wiederum vor, wenn eine rein durch Landmarken definierte Teilfläche verkauft wird, die noch vermessen werden soll. In der Folge sollen die verschiedenen Regelungen in Bezug auf die Problematik der Flächenabweichung beim Grundstückskauf im deutschen und im spanischen Recht einander vergleichend gegenüber gestellt werden. Das Ziel ist dabei, die Regelungstechnik des BGB und des Código Civil schärfer zu konturieren.

### **2. Die Flächenabweichung im deutschen Kaufrecht**

Im deutschen Recht ist die Frage der Flächenabweichung beim Grundstückskauf nicht explizit geregelt, sondern kann als Sachmangel, als Wegfall der Geschäftsgrundlage und als Anfechtungsgrund behandelt werden.

---

<sup>1</sup> Zu den Prinzipien des BGB im Unterschied zu Optimierungsgeboten und Programmsätzen: *Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?*, JZ 2003, 749, 752.

### a) Sachmängelrecht

Nach deutschem Recht ist die Grundstücksgröße eine Beschaffenheit der Kaufsache gemäß § 434 Abs. 1 BGB. Auch wenn der Begriff der Beschaffenheit an seinen Rändern Unschärfen aufweist,<sup>2</sup> zählt die Grundstücksgröße zur Beschaffenheit der Kaufsache, weil sie eine der Sache unmittelbar physisch anhaftende Eigenschaft bezeichnet.<sup>3</sup> Ob eine Flächenabweichung einen Sachmangel darstellt, hängt zunächst von der Vereinbarung der Kaufvertragsparteien und somit letztlich vom Parteiwillen ab (Vorrang des subjektiven Fehlerbegriffs)<sup>4</sup>. Nach deutschem Recht kommt es daher darauf an, ob die Parteien des Kaufvertrags mit der Grundstücksgröße eine bestimmte Beschaffenheit vereinbart haben oder ob es sich lediglich um eine Beschaffenheitsinformation handelt. Grundsätzliche Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur darüber, dass es für das Zustandekommen einer Beschaffenheitsvereinbarung ausreicht, wenn der Verkäufer Angaben zu den Eigenschaften der Kaufsache macht, auf die der Käufer kausal seinen Kaufentschluss stützt. Dennoch führt nicht jede Sachbeschreibung des Verkäufers vor Vertragsschluss zu einer wirksamen Beschaffenheitsvereinbarung, da sie eine Willenserklärung beider Vertragsparteien voraussetzt.<sup>5</sup> Eine Beschaffenheitsvereinbarung kann prinzipiell auch konkludent und stillschweigend zustande kommen. Im Falle von Immobilienkaufverträgen unterliegen Beschaffensvereinbarungen aber besonderen Anforderungen, da die an sich formfreie Beschaffenheitsvereinbarung in die Vertragsurkunde mitaufgenommen werden muss, wenn ein gesetzliches Formerfordernis besteht.<sup>6</sup> Im Hinblick auf die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist es daher bei Immobilien grundsätzlich erforderlich, dass die Grundstücksgröße in die notarielle Kaufvertragsurkunde aufgenommen wurde. Da aber die bloße Erwähnung der Grundstücksgröße noch keine Beschaffenheitsvereinbarung darstellt, ist die verwendete Formulierung dahingehend auszulegen, ob sie eine Beschaffenheitsvereinbarung konstituiert.<sup>7</sup> Statt einer Beschaffenheitsvereinbarung kann die Erwähnung des Flächeninhalts auch lediglich der Identifikation des verkauften

Grundstückes dienen.<sup>8</sup> Bei der Auslegung kommt es nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB zunächst darauf an, was die Parteien jeweils für sich tatsächlich gemeint hatten und im Falle einer Uneinigkeit auf den Maßstab des objektiven Empfängerhorizonts.<sup>9</sup> Dazu kann das gesamte Verhalten der Parteien "einschließlich aller Nebenumstände, etwaiger Vorbesprechungen sowie des Zwecks der Erklärungen"<sup>10</sup> berücksichtigt werden.<sup>11</sup> Relevante Auslegungsgesichtspunkte sind daher neben der Formulierung und Systematik des Vertrages die Frage, ob die Größe oder andere Eigenschaften des Grundstücks Einfluss auf den Kaufpreis hatten und ob die Flächenangabe den Eindruck besonderer Präzision erweckt. Insofern kann auch eine circa-Angabe ausreichend für eine Beschaffenheitsvereinbarung sein.<sup>12</sup> Die Auslegung kann sogar dann zu einer Relevanz des Flächeninhalts gelangen, wenn seine Angabe ohne "Gewähr für die Größe des Grundstücks" erfolgt.<sup>13</sup>

Generell gilt, dass Beschaffenheitsvereinbarungen demselben Formerfordernis wie der Kaufvertrag selbst unterliegen. Eine Beschaffenheitsvereinbarung außerhalb der Vertragsurkunde leidet daher an einem Formmangel. Den Spielraum für eine Beschaffenheitsvereinbarung außerhalb der Vertragsurkunde, hat der BGH jüngst eingeschränkt. Denn er hat entschieden, dass "eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB führt."<sup>14</sup> Insofern seien Informationen über Eigenschaften der Kaufsache von Vereinbarungen über diese zu unterscheiden. Beschaffensvereinbarungen außerhalb der Kaufvertragsurkunde können aber dennoch eine Rolle spielen, weil die Formnichtigkeit geheilt werden kann. Zwar verstößt eine nicht beurkundete Beschaffenheitsvereinbarung gegen § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, womit nach der Vermutung des § 139 BGB im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Jedoch wird der Formmangel gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB durch den Vollzug des

<sup>2</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, S. 213.

<sup>3</sup> BeckOK-BGB/Faust 43. Edition 2017 § 434 Rn. 19.

<sup>4</sup> MüKo-BGB/Westermann 7. Aufl. 2016 § 434 Rn. 6.

<sup>5</sup> Vgl. statt aller Palandt/Weidenkaff 76. Aufl. 2017 § 434 Rn. 15f; MüKo-BGB/Westermann 7. Aufl. 2016 § 434 Rn. 16f.

<sup>6</sup> MüKo-BGB/Westermann 7. Aufl. 2016 § 434 Rn. 16.

<sup>7</sup> Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. 2012 Rn. 872.

<sup>8</sup> BeckOK-BGB/Gehrlein 43. Edition 2017, § 311b Rn. 21.

<sup>9</sup> BeckOK-BGB/Wendtland 43. Edition 2017, § 157 Rn. 10, 15; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 15. Aufl. 2012 Rn. 872.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 20. 12. 1974 - V ZR 132/73 = NJW 1975, 536.

<sup>11</sup> MüKo-BGB/Busche 7. Aufl. 2015 § 133 Rn. 55.

<sup>12</sup> BGH Urteil vom 27. April 1984, V ZR 137/83, BeckRS 1984, 31074176; OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.05.2000 - 9 U 192/99 jeweils noch zum alten Schuldrecht.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 22. 11. 1985 - V ZR 220/84

<sup>14</sup> BGH Urteil vom 6. November 2015, V ZR 78/14.

Kaufvertrages geheilt, sodass der ursprünglich formnichtigen Beschaffenheitsvereinbarung doch Verbindlichkeit zukommen kann.<sup>15</sup>

Liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung vor und kommt es zu einer negativen Flächenabweichung, kann der Käufer Nacherfüllung verlangen. Scheidet diese aus, stehen dem Käufer nach einer Fristsetzung die Möglichkeit des Rücktritts oder des Schadensersatzes zu. Im Wege des Schadensersatzes kann der Verkäufer den überzahlten Kaufpreis als Minderwert zurückverlangen, ohne dass der gesamte Vertrag rückabgewickelt werden muss (sogenannter "kleiner" Schadensersatz"). Solche Rechtsbehelfe, die zur vollständigen Rückabwicklung des Vertrages führen, sind aber jeweils an eine Erheblichkeitsschwelle geknüpft. Der Käufer kann wegen einer negativen Flächenabweichung nur zurücktreten oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen, wenn diese erheblich ist, § 323 Abs. 5 S. 2 und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB.

### b) Geschäftsgrundlage und Anfechtung

Eine Flächenabweichung beim Grundstückskauf kann allerdings auch den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB bedeuten. Während die Frage des Mängelgewährleistungsrechts ihre praktische Relevanz bei negativen Flächenabweichungen hat, fällt die Geschäftsgrundlage auch dann weg, wenn es sich um eine positive Flächenabweichung handelt. In der Regel dürfte sich der Verkäufer auf sie berufen, wenn er nachträglich feststellt, ein tatsächlich größeres Grundstück verkauft zu haben, und nun einen höheren Kaufpreis verlangt. Er kann zu diesem Zweck gemäß § 313 Abs. 2 BGB die Anpassung des Vertrags verlangen. Die Anwendbarkeit des § 313 Abs. 2 BGB hat der BGH ausdrücklich befürwortet, wenn die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, das verkaufte Grundstück sei so groß wie angegeben.<sup>16</sup> Dabei kommt eine Vertragsanpassung aber erst nach Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle in Frage nämlich dann, wenn dem Verkäufer das Festhalten an dem Vertrag nicht zumutbar ist. Scheidet eine Vertragsanpassung aus, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, § 313 Abs. 3 BGB.

Beide Vertragsparteien können schließlich auch die Anfechtung erklären, wenn sie sich über die Grundstücksgröße geirrt haben. Die Möglichkeit der Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrtums gemäß

§ 119 BGB hat der BGH bislang nicht behandelt. Sie kommt aber ebenfalls in Betracht, da ein Irrtum über die Größe einer Sache einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft betrifft, die regelmäßig entscheidend für die Preisbildung ist.<sup>17</sup> Die Anfechtung löst die Nichtigkeit des Vertrags und damit seine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung aus, sodass eine Anpassung des Kaufpreises unter Aufrechterhaltung des Kaufvertrages im Wege der Anfechtung ausscheidet.

### 3. Flächenabweichung im spanischen Recht

#### a) Legalsystematik

Die Frage der Flächenabweichung beim Grundstückskauf ist in Spanien in den Artikeln 1469 – 1472 CC geregelt. Mittelpunkt des Regelungssystems ist die Unterscheidung zwischen zwei Hauptfällen: Entweder hat die Flächenabweichung keine Auswirkungen auf den Vertrag und die Zahlungspflicht des Käufers oder sie führt zu einer proportionalen Anpassung des Kaufpreises. Die Art. 1469 Abs. 2 und 1470 CC beziehen sich auf Kaufverträge "*a precio por unidad de medida*". Bei diesem Typus des Kaufvertrags beeinflusst die Flächenabweichung die Zahlungspflicht des Käufers, während im Falle des Art. 1471 CC (*compraventa a precio alzado/ cuerpo cierto*) der Flächenabweichung keine Relevanz im Hinblick auf den Kaufpreis zukommt.

Art. 1469 Absatz 2 CC gilt nur für Kaufverträge über Immobilien, die unter Angabe eines Gesamtflächeninhalts und zu einem Preis pro Flächeneinheit erfolgen. Die Vorschrift bestimmt, dass in solchen Fällen der Verkäufer die gesamte im Vertrag bezeichnete Fläche vollständig übergeben muss. Ist dies nicht möglich, hat der Käufer ein Wahlrecht zwischen einer verhältnismäßigen Reduzierung des Kaufpreises und der Auflösung des Vertrages, wobei letztere Möglichkeit nur bei einer Mindestflächenabweichung von einem Zehntel besteht. Übt der Käufer sein Wahlrecht aus und verlangt eine anteilige Reduktion des Kaufpreises, steht ihm ein Anspruch auf Rückerstattung des insoweit überzahlten Kaufpreises zu. Art. 1470 CC trifft Anordnungen für eine Flächenabweichung nach oben und sieht vor, dass der Käufer dann auch für die über die vertragliche Abrede hinausgehende Fläche den entsprechenden Preis zahlen muss. Dies gilt allerdings nur für eine Flächenüberschreitung von bis zu einem Zwanzigstel. Geht die Flächenabweichung darüber hinaus kann der Käufer diese entweder

<sup>15</sup> BGH Urteil vom 6. November 2015, V ZR 78/14; Cziupka/Hilbner DNotZ 2016, 323, 325.

<sup>16</sup> BGH Urteil vom 30. Januar 2004 V ZR 92/03.

<sup>17</sup> Palandt/Ellenberger 76. Aufl. 2017, § 119 BGB Rn. 27; Müko-BGB/Armbriester 7. Aufl. 2015 § 119 Rn. 134; BeckOK-BGB/Wendländer § 119 Rn. 44.

bezahlen oder vom Kaufvertrag zurücktreten. Die Anpassung des Kaufpreises kann folglich zu seiner Erhöhung oder zu seiner Reduktion führen: Hat der Käufer tatsächlich ein kleineres Grundstück als vereinbart erworben, greift Art. 1469 CC und er kann, wenn ihm der Veräußerer die vereinbarte Grundstücksgröße nicht verschaffen kann, den Kaufpreis anteilig reduzieren. Hat er jedoch ein größeres Grundstück als vereinbart erhalten, handelt es sich um einen Fall des Art. 1470 CC und der Kaufpreis erhöht sich proportional.

Art. 1471 hingegen regelt Kaufverträge "*a precio alzado*". In diesen Fällen kommt es auf die Grundstücksgröße nicht an und eine Flächenabweichung, egal ob positiv oder negativ, hat keine Auswirkungen auf die Zahlungspflicht des Käufers. Art. 1471 CC bestimmt in seinem Absatz 1, dass es bei solchen Kaufverträgen zu keiner Anpassung des Kaufpreises kommt, wenn sich nachträglich eine Flächenabweichung herausstellt. Die Anwendung der Vorschriften in der Praxis verlangt also immer nach einer Abgrenzung zwischen Kaufverträgen "*a precio por unidad de medida*" und Kaufverträgen "*a precio alzado*". Dabei handelt es sich um die zentrale Weichenstellung bei der Anwendung der Art. 1469-1472 CC.

### b) Die Abgrenzung zwischen Art. 1469/1470 und Art. 1471 CC

Die gesetzliche Systematik belegt, dass die Anwendungsbereiche der Art. 1469 Abs. 2 und 1471 CC einander ausschließen. Beide Vorschriften regeln daher die Frage einer Flächenabweichung dergestalt, sodass nur entweder die eine oder die andere Norm Anwendung findet.<sup>18</sup> Einigkeit besteht in Rechtsprechung<sup>19</sup> und Literatur<sup>20</sup> auch darüber, dass es sich bei der Abgrenzung letztlich um eine Frage der Auslegung des Kaufvertrags handelt, da die Vorschriften der Art. 1469 ff. CC selbst keine ausreichenden Kriterien zur Unterscheidung der beiden Kaufvertragsarten bieten. Art. 1469 CC gibt lediglich den Anhaltspunkt, dass der Kaufvertrag eine Angabe des Gesamtflächeninhalts enthalten muss. Darüber hinaus muss nach Art. 1469 CC „ein

<sup>18</sup> Urteil vom 2. Februar 1999 Rec. 2360/1994. Vgl. ferner in diesem Sinne: Urteil TS vom 21. Juli 2000 Rec. 2801/1995.

<sup>19</sup> TS Urteil vom 27. Juli 1995 Rec. 3660/1992. In diesem Sinne ferner: Beschluss des TS vom 10. April 2012 Rec. 1028/2011; Urteile des TS vom 21. April 1995 Rec. 1418/1992; vom 6. Februar 1995 rec. 3117/1991; vom 12. Dezember 1991; vom 23. September 1985 551/1985; vom 4. April 1979 124/1979.

<sup>20</sup> Peña López in Bercovitz Rodríguez-Cano (Hg.) Comentarios al Código Civil, Aranzadi 2013 Art. 1469 CC S. 1977; Sánchez González/Mondéjar Peña, Arts. 1469-1472, in: Miguel Pasquau Liaño (Hg.) Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil, Band 3, 2. Aufl. 2009, S. 2994.

Preis gemäß einer Maß- oder Zahleneinheit“ vereinbart worden sein. Dieses Tatbestandsmerkmal ist von dem Fall des Art. 1471 CC abzugrenzen, welcher schon seinem Wortlaut zufolge den entgegengesetzten Fall eines Kaufvertrags zu einem „Festpreis und nicht zu einem Preis gemäß einer Maß- oder Zahleneinheit“ regelt. Abgesehen von dem Umstand, ob im Kaufvertrag der Gesamtflächeninhalt angegeben ist oder nicht, gibt der Gesetzeswortlaut keine Abgrenzungskriterien an die Hand.

Demnach entscheidet auch im spanischen Recht letztlich eine Auslegung darüber, ob der Flächenabweichung Bedeutung zukommt oder nicht. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, die jeweils auf die vertragliche Vereinbarung verweisen. Darüber hinaus kam es dem Gesetzgeber darauf an, Kaufverträge über ein bestimmtes Grundstück von Kaufverträgen über eine bestimmte Flächengröße zu unterscheiden und damit auf die tatsächlichen Intentionen der Parteien, die durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln sind. Zur Frage, ob die Parteien den Preis gerade in Abhängigkeit der Grundstücksfläche festgelegt haben oder nicht, können dann auch solche Indizien und Angaben der Parteien berücksichtigt werden, die sich nicht in der Kaufvertragsurkunde niedergeschlagen haben. Für die Einordnung eines Kaufvertrages ist auch nach der Rechtsprechung in erster Linie auf den *Parteiwillen* abzustellen.<sup>21</sup> Dabei schließe aber die Bezeichnung eines Kaufs als „*cuerpo cierto*“ zu einem Pauschalpreis jegliche Zweifel am Parteiwillen aus.<sup>22</sup> Außerdem urteilt der Tribunal Supremo, dass es bei der Vertragsauslegung auf eine Konnexität zwischen dem Preis und der Maßeinheit ankomme.<sup>23</sup> Entscheidend sei nicht, ob ein Quadratmeterpreis oder nur eine Flächenangabe mit Gesamtpreis explizit erwähnt werden. Maßgeblich sei vielmehr, ob der Vertrag eine Konnexität zwischen Preis und Maßeinheit vorsehe. Dieses Kriterium könne nachträgliche Beweisschwierigkeiten vermeiden.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Beschluss des TS vom 10. April 2012 Rec. 1028/2011; Urteil des TS vom 4. April 1979 124/1979.

<sup>22</sup> TS Urteil vom 6. Februar 1995, Rec. 3117/1991; Sánchez González/Mondéjar Peña, Arts. 1469-1472, in: Miguel Pasquau Liaño (Hg.) Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil, Band 3, 2. Aufl. 2009, S. 2995.

<sup>23</sup> Urteil TS vom 31. Januar 2001 Rec. 112/1996. So auch Audiencia Provincial Madrid, Urteil 6/2013 vom 26. Februar 2013, das vom TS bestätigt wurde (Nichtzulassung der Revision) und Urteil der Audiencia Provincial Girona vom 18. März 2013, Rec. 56/2013; So auch Caruana Font de Mora, La compraventa de vivienda. Reclamación del comprador ante incumplimientos del vendedor en materia de extensión, calidades y fecha de entrega, El Consultor Inmobiliario Nr. 66, März 2006, S. 3ff.

<sup>24</sup> Urteil TS vom 31. Januar 2001 Rec. 112/1996: "La venta a *cuerpo cierto* requiere que el precio no se haya pactado por unidad de medida, y estipulándose un precio sin referencia a este

### c) Kontroverse in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Tribunal Supremo zur Frage der Flächenabweichung ist jedoch teilweise widersprüchlich, da sie von einer Fokussierung auf den jeweiligen Einzelfall gekennzeichnet ist und dabei die Doktrinbildung vernachlässigt. Insbesondere hat das formale Entscheidungskriterium, ob ein Quadratmeterpreis im Kaufvertrag erwähnt wird oder nicht, unterschiedliche Bewertung erfahren. Hierzu hat die Rechtsprechung zum Teil die Regel aufgestellt, dass, solange kein Preis pro Einheit (etwa ein Quadratmeterpreis) explizit vereinbart wurde, eine Vermutung für einen Festpreiskauf spreche. In solchen Fällen gebe es zwei Indizien für den Parteiwillen: die Angabe einer Gesamtfläche sowie das Fehlen eines Quadratmeterpreises. Die fehlende Bestimmung eines Quadratmeterpreises spreche für die Einordnung des Vertrags als Festpreiskauf, wohingegen die Angabe der Gesamtfläche nahelege, dass es auf die Größe ankommt und ein Kaufpreis in Abhängigkeit von der Flächengröße gemeint sei. Die Rechtsprechung bewertet die Indizien jedoch unterschiedlich und argumentiert, dass das Gesetz die Abwesenheit eines Quadratmeterpreises höher gewichtet als die Angabe der Gesamtfläche. Sie geht davon aus, dass die Angabe der Gesamtfläche nur eine Zusatzinformation ohne besondere Aussagekraft sei. Aus der Angabe der Gesamtfläche könne man nicht schließen, dass der Pauschalpreis für die Parteien nur dann gelte, wenn das Grundstück auch genau die angegebene Größe habe.<sup>25</sup> Diese Vermutung wurde von der Rechtsprechung vielfach

dato, sino de forma alzada, ninguna trascendencia tiene para su calificación como tal venta el que se haga mención de la extensión del objeto comprado. Debe figurar en el contrato la conexión entre precio y unidad de medida para que la venta no se considere que no existe venta a cuerpo cierto [...] exigencia muy fácil de cumplir, que evita interpretaciones dispares con posterioridad a la celebración del contrato sobre la cuestión, con imposibilidad de hecho de probar convincentemente cuál fue en el pasado la voluntad común de los contratantes.”

<sup>25</sup> Urteil TS vom 4. April 1979: „CONSIDERANDO que la venta a cuerpo cierto indudablemente se verifica cuando en el contrato no sólo no es precisado el precio singular por unidad de medida, sino que tampoco son indicadas las dimensiones globales del inmueble; pero también se verifica cuando, aun no habiendo sido indicado un precio singular por unidad de medida, sin embargo es especificada la dimensión total del inmueble, en cuyo último caso, entre los dos índices en contraste, constituido uno por la falta de precio singular por unidad de medida, y el otro por la concreción de las dimensiones globales del inmueble, la Ley dá prevalencia al primero y presume que aquella individualización no había tenido para las partes valor esencial, que sólo constitúa una superabundancia, y no significa que las partes hayan convenido aquel precio global solo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente aquellas dimensiones totales, siendo de estimar que esta es una presunción absoluta, contra la cual ni el comprador ni el vendedor pueden articular prueba contraria.“

bestätigt.<sup>26</sup> Die Kommentarliteratur geht daher vereinzelt davon aus, dass eine allgemein akzeptierte Auslegungsregel bestehe.<sup>27</sup>

Allerdings widerspricht der Tribunal Supremo seiner eigenen Auslegungsregel. Denn er hat auch entschieden, dass aus dem Fehlen eines Preises pro Einheit nicht geschlossen werden könne, dass ein Festpreiskauf gemeint sei. Schließlich könnte bei der Angabe einer Gesamtflächenangabe der Preis pro Einheit durch eine simple mathematische Berechnung festgestellt werden.<sup>28</sup> Das ist mit der Regel, nach der das bloße Fehlen eines Quadratmeterpreises den Vertrag als Fall des Art. 1471 CC kennzeichne, nicht vereinbar. Der Tribunal Supremo setzt sich somit zu seiner eigenen Auslegungsregel in Widerspruch, da sich das ausschließliche Abstellen auf das formale Kriterium einer gewissen Wortwahl als untauglich erweist.

### 4. Inhaltliche Ähnlichkeiten und methodische Differenzen

Wie so häufig kann die Rechtsvergleichung auch diesmal feststellen, dass die Regelungen inhaltlich weitgehend äquivalent sind.<sup>29</sup> In beiden Rechtsordnungen entscheidet der durch Auslegung zu ermittelnde Parteiwille darüber, ob der Flächenabweichung juristische Relevanz zukommt. Ist die Flächenabweichung relevant, hängt die Rechtsfolge von einer Erheblichkeitsschwelle ab, sodass eine Rückabwicklung des Vertrages bei minimalen Abweichungen nicht in Frage kommt.

Die Unterschiede zwischen beiden Privatrechtsordnungen betreffen weniger die inhaltliche Ebene als die Regelungstechnik. Danach wird im BGB ein Fallbereich auf Regeln gebracht, während er im Código Civil am Fall durchdacht

<sup>26</sup> Etwa in den Urteilen des TS vom 12. Dezember 1994 Rec. 3382/1991; 25. Februar 1997 Rec. 1413/1993; 26. Juli 1995 Rec. 3660/1992; 21. Juli 2000 Rec. 2801/1995; 31. Januar 2001 Rec. 112/1996; 5. Mai 2008 Rec. 1620/2001.

<sup>27</sup> Peña López, in Bercovitz Rodríguez-Cano (Hg.) Comentarios al Código Civil, Aranzadi 2013 Art. 1469 CC S. 1977: “En general, la jurisprudencia considera que son cuerpos ciertos las fincas para las que no se señala un precio expreso por unidad de medida, aunque sí se exprese su cabida total”.

<sup>28</sup> Urteil TS vom 3. September 1985; Urteil TS vom 23. September 1985 (Dieses Urteil bezieht sich auf ein weiteres Urteil des Zivilsenats vom 2. März 1982, das allerdings keine solche Aussage enthält.); Urteil TS vom 12. Dezember 1991 922/1991.

<sup>29</sup> “[D]ifferent legal systems, despite the great differences in their historical development and conceptual structure, often produce the same solutions for the same problems of life.” Richard Posner zitiert nach Kötz, Juristenzeitung 2002, 257, 262: vgl. auch Michaels, University of Toronto Law Journal 2009, 197, 198.

wird.<sup>30</sup> Offensichtlich ist der Unterschied zwischen den beiden Zivilrechtsordnungen bereits deshalb, weil der Código Civil die Frage der Flächenabweichung ausdrücklich regelt, während sie im BGB unter allgemeine Rechtsbegriffe subsumiert werden muss. Besonders deutlich wird der Unterschied etwa im Hinblick auf die Frage der Verjährung, die der Código Civil in Art. 1472 spezifisch für die Fälle der Flächenabweichung regelt, während im BGB auf die allgemeinen Verjährungsregeln des Kauf- oder Anfechtungsrechts zurückgegriffen werden muss. Das ist nicht die einzige Konsequenz der je unterschiedlichen Regelungstechnik, sondern der methodische Unterschied macht sich auch bei anderen Aspekten bemerkbar und zeigt sich etwa bei den Erheblichkeitsschwellen. Diese sind im spanischen Recht konkret beziffert, Art. 1469 CC spricht von einer negativen Flächenabweichung von mindestens 10% und Art. 1470 CC von einer positiven Flächenabweichung von über 5%. Dahingegen sind die Formulierungen der Erheblichkeitsschwellen im BGB allgemein gehalten. § 281 und § 323 BGB sprechen von (Un-)Erheblichkeit der Pflichtverletzung und § 313 von (Un-)Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag. Konkret bezifferte Schwellenwerte werden im deutschen Privatrecht erst in der Form dogmatischer Daumenregeln von der Rechtsprechung aufgestellt und erhalten so als Daumenregel Eingang in die Rechtspraxis. Beispielsweise hat der BGH die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung dahingehend konkretisiert, dass "bei einem behebbaren Mangel von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB in der Regel dann nicht mehr auszugehen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als 5 % des Kaufpreises beträgt."<sup>31</sup>

Die konkretere Regelungstechnik des Código Civil führt ferner dazu, dass sich die Rechtsprechung in Spanien wesentlich stärker auf einzelne Formulierungen des Kaufvertrages stützt und etwa eine bestimmte Wortwahl als alleiniges Entscheidungskriterium genügen lässt. Diese Vorgehensweise findet ihre Grundlage in der gesetzlichen Regelung, denn schon Art. 1469 Abs. 2 CC macht die Angabe des Gesamtflächeninhalts zu einem Tatbestandsmerkmal. Eine solch konkrete Anknüpfung an eine bestimmte Wortwahl (wie etwa die Nennung des Quadratmeterpreises) führt aber zu

Schwierigkeiten, weil das Kriterium der Wortwahl zu starr ist und nicht allen Einzelfällen gerecht werden kann. Das passiert jedenfalls immer dann, wenn der Parteiwille sich nur unvollständig im Wortlaut niedergeschlagen hat und die Parteien trotz der (Nicht-)Verwendung eines von der Rechtsprechung identifizierten Signalwortes das Gegenteil beabsichtigten. Die Vielstimmigkeit der Rechtsprechung in Bezug auf das formale Kriterium der Nennung eines Quadratmeterpreises im Kaufvertrag ist ferner deshalb Ausdruck eines einzelfallbezogenen Denkens, weil der Tribunal Supremo in geringerem Maße als deutsche Höchstgerichte allgemeine Doktrinbildung anstrebt. Die aus dogmatischer Sicht mitunter widersprüchliche Rechtsprechung des Tribunal Supremo ist Ausdruck seines besonderen Fokus' auf den Einzelfall, da der Tribunal Supremo die Einzelfallgerechtigkeit höher wertet als die Systematik seiner Rechtsprechung. Die besondere Systematikorientierung der deutschen Rechtsprechung manifestiert sich hingegen in amtlichen Leitsätzen, die in Spanien unüblich sind. Der Tribunal Supremo betreibt daher in geringerem Ausmaß Dogmatik als der BGH.

Die Unterschiede der Regelungstechnik bedeuten nicht, dass das BGB keine konkreten und der Código Civil keine abstrakten Normen enthält. Schließlich kennt auch der Código Civil generalklauselartige Formulierungen und das BGB auch sehr detaillierte, spezifische Normen. Dennoch legt das Beispiel der Flächenabweichung eine je unterschiedliche Tendenz offen, die den beiden Kodifikationen und Privatrechtsordnungen zugrunde liegt. Die unterschiedlichen Prägungen lassen sich daher mit folgenden Gegensatzpaaren näher kennzeichnen: Aufstellung prinzipieller Rechtssätze vs. Regelbeispiele, abstrakte Tatbestandsmerkmale vs. konkretere Normformulierungen, Fokus der Rechtsprechung auf Systembildung vs. Fokus auf Einzelfallgerechtigkeit.



\* Rechtsanwalt bei Beiten Burkhardt, Frankfurt am Main und Mitglied des Spanish Desk, [Philipp.Sahm@bblaw.com](mailto:Philipp.Sahm@bblaw.com)

<sup>30</sup> Die Formulierung stammt von Rückert, in Zimmermann/Rückert (Hg.) Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB Bd. 1 2003, vor § 1 BGB Rn. 84.

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 28.5.2014 – VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229, 3231.

## Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios\*

- Segunda parte -

José María Miquel\*\*

### **3. Naturaleza del control de contenido**

Aunque constantemente se hable de control judicial del contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, en realidad el control de que tratamos es un control de legalidad que incumbe a todo aquel que deba aplicar la ley. La Ley establece un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas diferente del general de la autonomía privada y su sanción es la nulidad de pleno derecho. Es decir, ni los jueces tienen un poder configurador del contenido contractual, ni es necesaria una sentencia para que se produzca la nulidad, porque ésta es de pleno derecho. Lo ha recordado la STJUE de 4 de junio de 2009<sup>1</sup> (caso *Pannon*).

Menos todavía se trata de un poder de decidir en equidad en sentido propio. Si la condición general se encontrara en la enumeración de los artículos 85 a 90 LCU, la sentencia no haría otra cosa que aplicar la ley, subsumiendo la condición general en el supuesto de hecho de la norma y extrayendo la consecuencia jurídica, esto es, la nulidad de pleno derecho, que, como su nombre indica, existe con independencia de la sentencia.

El control de contenido contractual del que tratamos es aplicación de la Ley sin ninguna particularidad, incluso si la norma contiene alguna posibilidad de valoración por emplear conceptos indeterminados. El procedimiento es algo diverso cuando se aplica la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones (art. 82 TRLGDCU), pero continúa siendo aplicación de la Ley, porque la citada fórmula o cláusula general es una disposición de la Ley. Tampoco en este caso el control de contenido es un control judicial, sino legal. La norma existe, aunque su determinación sea diferente cuando se halla mediante la cláusula general legal. Es cierto que a través de ella los jueces y tribunales son protagonistas del hallazgo y desarrollo de soluciones jurídicas nuevas, pero dentro del sistema y siguiendo las pautas valorativas contenidas en la cláusula general legal. No pueden decidir caso por caso como

tengan por conveniente. Deben ajustarse a los principios del sistema, a la finalidad de la cláusula general legal y operar sirviéndose de ella sobre las normas existentes (interpretación, analogía, reducción teleológica) para hallar nuevas formulaciones normativas que están implícitas en la buena fe y en la Ley.

Ahora bien, el control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es exclusivamente un control judicial, si lo designamos así justamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de este tipo. Pero ese control judicial efectuado en abstracto sigue siendo un control legal de validez, porque los Tribunales al ejercer ese control lo hacen exclusivamente en aplicación de la ley.

Los Tribunales además tienen la última palabra en cuanto a la declaración de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta, pero, al tratarse de una nulidad de pleno derecho, la nulidad existe con independencia de la sentencia. Otros funcionarios (notarios, registradores y los competentes para imponer sanciones) dentro de su competencia, es decir, de su función calificadora o sancionadora, pueden y deben apreciar esa nulidad sin que sea obstáculo una improcedente interpretación *a contrario* del art. 84 TR o del art. 258.2 de la Ley Hipotecaria. Obviamente las decisiones de estos funcionarios son recurribles y los Tribunales tienen la última palabra, pero ellos pueden aplicar la ley – obviamente dentro de su competencia y con los efectos propios de ella- sin necesidad de una previa decisión judicial. Por eso, no es en rigor exacto decir que el control de las condiciones generales es un control judicial, a no ser que se diga del control abstracto ejercido al juzgar acciones colectivas en el sentido antes precisado.

Ahora bien, al establecer la redacción anterior del art. 83 que “*el juez que declare la nulidad integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario*”, le otorgaba facultades contrarias a la Directiva, precisamente porque partía

\* Ponencia Inaugural del XXXIII Congreso anual de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas 2017 en Lanzarote

<sup>1</sup> STJUE *Pannon*, de 4 de junio de 2009, C-243/08 (ECLI:EU:C:2009:350).

de una errónea idea sobre la naturaleza del control de contenido, como si fuera un control judicial de equidad y no un control de legalidad que tiene como consecuencia una nulidad declarada por la ley, *ope legis, ipso iure*, o de pleno derecho.

Es importante reconocer el carácter de control de legalidad del control del contenido de las condiciones generales y negar que pueda entenderse como un control judicial de equidad. Hay que precisar que el control es un control de legalidad para rechazar de plano que pueda existir un control de contenido sobre extremos como los precios no sujetos a disposiciones jurídicas. Es decir, para alejar toda duda sobre que los elementos esenciales del contrato en sí mismos no están sujetos a control de contenido por aplicación del art. 82.1, mediante la cláusula general legal de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones.

Igualmente importa afirmar que se trata de un control de legalidad y negar que los tribunales ejerzan un control de equidad, en cuanto no pueden alterar las consecuencias que la ley atribuya a la nulidad, es decir, dado que la nulidad deriva de la ley y es de pleno derecho, los tribunales no pueden hacer otra cosa que declarar la nulidad y extraer las consecuencias propias de la nulidad, sin modificar su efecto *ipso iure*, como ha hecho a mi juicio indebidamente la citada STS de 9 de mayo de 2013, originando un serio problema.

El control de contenido debe distinguirse del control de inclusión y también de la interpretación. El específico control de contenido de condiciones generales y cláusulas predispuestas debe distinguirse de controles generales de contenido (art. 1255 CC), del control de ejercicio de los derechos (art. 7 CC) y, por supuesto, de puntuales limitaciones de la libertad contractual.

#### **4. Ámbito objetivo del control**

El control de contenido de las condiciones generales y de las cláusulas predispuestas, al que se refiere en el art. 82, es un control de validez general aplicable a todos los contratos entre empresarios y consumidores. Este control se extiende a las cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente.

##### **a) Control de contenido y elementos esenciales**

La Ley de condiciones generales, al transponer la Directiva y reformar la LGDCU, dejó fuera el contenido del art. 4.2 de la Directiva conforme al cual el control de contenido no se extiende: “*a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte*

*ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de una manera clara y comprensible”.*

Esta omisión se produjo como consecuencia de una enmienda parlamentaria que, al parecer, no percibió que el control de contenido de las condiciones generales es un *control específico* y que la exclusión de este control propio de la LGDCU no significaba exención o supresión de otros controles, como el de la ley de represión de la usura o cualquier otro establecido por la ley. En cualquier caso, parece claro que la no trasposición de este artículo se debió a un error en la votación.

En la Directiva queda muy claro que el control no se extiende ni a la definición del objeto principal ni a la adecuación entre el precio y su contraprestación. Hoy se puede decir que las dudas que algunos formularon sobre la trascendencia de ese error, están superadas<sup>2</sup>. El control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas no se extiende a las cláusulas relativas a los elementos esenciales si son transparentes. Esta doctrina ha sido consolidada por las SSTS de 18 de junio de 2012<sup>3</sup> y de 9 de mayo de 2013.

El Informe de la Comisión Europea del año 2000 sostuvo que la no transposición de la Directiva en este punto no había producido –en los Estados que no la traspusieron– un control de precios y afirma también que ni el precio, ni las cláusulas que se refieren a la definición del objeto del contrato plantean en sí mismos problemas que deban ser resueltos mediante la aplicación de la legislación sobre cláusulas abusivas.

El texto de la Ley (art. 82) expresa en coherencia con la Directiva que el control se refiere a los derechos y obligaciones de las partes y no al equilibrio de las contraprestaciones, como se podía entender con el antiguo texto del art. 10.1.c de la LCU (“*justo equilibrio de la contraprestaciones*”), si bien el viejo 10.1.c.3, también decía “*desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes*”. Algunos autores y algunas sentencias, sin embargo, siguen

<sup>2</sup> Sobre este tema, *vid.* CÁMARA, Sergio. ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa sobre cláusulas abusivas?. En: *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2013, vol. 5, nº 2, pp. 209-233. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846>. También en (Coord. DÍEZ-PICAZO, Luis). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, Tomo I. pp. 765-806.

<sup>3</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (ROJ STS 5966/2012).

hablando de equilibrio de las prestaciones sin tener en cuenta que ese no es el objeto del control del contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

Los acuerdos sobre elementos esenciales que sean acuerdos negociados individualmente quedan excluidos del control por disposición expresa de la ley (art. 82). Si constan en condiciones generales o en cláusulas predispuestas quedan excluidos de control, porque no hay ninguna norma en la trasposición de la Directiva que lo establezca, y por una interpretación integradora de la TRLGDCU con el art. 4.2 de la Directiva corroborado con el texto del art. 82 que ya no habla de contraprestaciones, sino de derechos y obligaciones. Todo ello también con la ayuda del art. 1.2 del mismo TRLGDCU que proclama el mantenimiento de los principios de la economía de mercado de acuerdo con la Constitución. Esto no impide que por otras normas pueda imponerse en la medida correspondiente un control de los elementos esenciales del contrato. También debe considerarse que es diferente el problema consistente en que el equilibrio de las prestaciones previsto contractualmente quede alterado –por incidencias ulteriores– en un sentido perjudicial para el consumidor por aplicación de una cláusula predispuesta, y de ese modo se vulnere el principio de reciprocidad propio de los contratos sinalagmáticos.

La idea básica para justificar la exención de control no es que el precio haya sido negociado o no, sino que respecto de él debe funcionar la competencia. Su cuantía queda remitida a los mecanismos del mercado y su control, en caso de fallo de la competencia, a otras reglas.

En conclusión, hay que sostener que no hay un control de precios o de la equivalencia objetiva de las prestaciones de las partes. La protección a los consumidores frente a condiciones generales o cláusulas predispuestas no consiste en un control de equilibrio económico de prestaciones, sino jurídico de derechos y obligaciones. La cláusula general del art. 82 no lo establece y, por tanto, no permite a los jueces ni a los funcionarios encargados de aplicar la ley fundar en ella un control de precios o del equilibrio económico del contrato.

El Tribunal Supremo en un recurso sobre el redondeo solamente al alza de los tipos de interés, dudó de que fuera una condición general controlable y formuló una cuestión prejudicial al TJUE. Entre tanto, la LGDCU desde su reforma por la ley de 2006 resolvió la cuestión disponiendo que son abusivas. La STJUE

de 3 de junio de 2012<sup>4</sup> (caso *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Ausbanc*) contestó: “[q]ue los artículos 4, apartado 2, 8 y de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Hay que hacer varias observaciones fundamentales a estas respuestas. La primera es que al TJUE no se le preguntó si la LGDCU establecía un control de los elementos esenciales, sino si lo podría haber establecido. El Derecho español controla elementos esenciales, como en el caso de la Ley de la usura, pero no con las normas de trasposición de la Directiva. La segunda observación es que la pregunta del TS y la respuesta del TJUE al hablar de un “control jurisdiccional” de esas cláusulas en el sentido de un control del equilibrio económico utilizan una expresión delicada en un sistema jurídico como el español. El legislador puede limitar puntualmente mediante ley los precios de acuerdo con la CE (art. 128), pero lo que sería impensable es que delegara en los jueces un control de los precios mediante una fórmula general como la del artículo 82 TRLGDCU que remite a la buena fe y al equilibrio de derechos y obligaciones, y ya no al equilibrio de las prestaciones.

Entiendo, en cuanto al fondo del asunto en el que se formuló la cuestión prejudicial, que la cláusula de redondeo de los intereses al alza es una cláusula que establece un criterio para determinar el precio y que, como tal, estaba ya sometida a control, incluso antes de la reforma de 2006, por lo que la pregunta del TS en rigor era innecesaria. De la misma opinión fueron la Comisión y la recurrida en el procedimiento principal, según se dice en el informe de la Abogada General: “En efecto, ambas partes consideran dudoso que la cláusula de redondeo controvertida se refiera siquiera al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y el servicio. Se remiten a la jurisprudencia de los tribunales españoles y a la opinión jurídica de la Comisión expresada en el informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 según la cual las cláusulas por las

<sup>4</sup> STJUE *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Ausbanc*, de 3 de junio de 2010, C-484/08 (ECLI:EU:C:2010:309).

que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13". En efecto, los criterios para determinar los precios están sometidos a disposiciones jurídicas, como, por ejemplo, el art. 1449 CC, por lo que existen parámetros para su control. Lo que está exento de control es el precio en sí mismo o su equivalencia, salvo los casos puntuales de usura u otros establecidos por la ley, pero no están exentas de control las cláusulas que establezcan criterios para la determinación del precio.

En cualquier caso, la cuestión a resolver por el TS sobre el redondeo al alza de los tipos de interés estaba ya resuelta por la ley en el art. 87.5, que declara abusivas: "las estipulaciones que prevean el redondeo al alza". Esta norma no controla propiamente la magnitud del tipo de interés, sino el criterio para determinarlo y muy justamente se sitúa bajo el rótulo de falta de reciprocidad.

Es necesario insistir en que un control de los criterios para fijar el precio, no es un control de los precios. En el propio TRLGDCU ya se contienen normas que controlan ciertas cláusulas relativas al precio, pero se refieren a la forma de su determinación (art. 85.10) o a precios por suplementos que no se establecen con la debida transparencia (art. 89.5). El art. 89.7 que remite al límite que la Ley de Crédito al Consumo establece en su art. 20.4 para los intereses por descubiertos en cuenta corriente plantea un importante problema que trataré después.

Las verdaderas dificultades en esta materia proceden de la necesidad de distinguir las cláusulas que contienen los elementos esenciales en sí mismos de aquellas que contienen reglas para su determinación.

El art. 4.2 de la Directiva en realidad contiene dos reglas. Una consistente en excluir del control de contenido específico de la Directiva a ciertos contenidos y otra, la que somete a control de transparencia a dichos contenidos. En cualquier caso, es indiscutible que la Directiva no se dicta para controlar los elementos esenciales del contrato, y tanto los problemas que quiere resolver, como los medios que ofrece –cláusula general de la buena fe y lista de cláusulas nulas- son ajenos a un control de los elementos esenciales en sí mismos. Por ello, no cabe una utilización del art. 82 TRLGDCU para controlar los elementos esenciales y esto es realmente lo importante.

De hecho, existen algunos controles de elementos esenciales derivados de reglas especiales como la ley de la usura, viviendas de protección oficial, normas especiales de rescisión por lesión en más de la cuarta

parte (art. 1291 nos. 1º y 2º CC) y por lesión *ultradimidium* (Navarra –muebles e inmuebles-, Cataluña, sólo inmuebles). También el art. 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo establece un control de los intereses por descubiertos en cuenta corriente, y la naturaleza de estos intereses puede ser diversa, bien remuneratorios, bien de demora, según el tiempo que el banco conceda para reponerlo, pero ambos tienen el mismo límite, porque el artículo dice "en ningún caso". El art. 89.7 TR que se remite a este límite puede interpretarse, como se dirá, como una regulación de las condiciones de crédito en contratos con consumidores y no sólo como una regulación redundante de los descubiertos en cuenta corriente.

No obstante, están sujetas a control de contenido las condiciones generales o cláusulas predisueltas relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles (art. 4.2 de la Directiva). La regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales y la censura de las cláusulas sorprendentes, aunque la Ley no la recoja expresamente, pueden contribuir a eliminar condiciones predisueltas que modifiquen o alteren los elementos esenciales tal como al predisponente consta que el cliente se los representó o tal como éste tuvo razones suficientes para representárselos. Como ejemplo notorio, el de las cláusulas suelo.

No cabe duda de que el Derecho español debe ser interpretado también en este punto a la luz del art. 4.2 de la Directiva. Precisamente la STJCE de 10 de mayo de 2001<sup>5</sup> condenó a los Países Bajos por no haber transpuesto el art. 4.2 en cuanto éste precepto otorga protección a los consumidores relativa a la claridad y comprensibilidad de las cláusulas. La citada sentencia apoya la idea de la necesidad de un control de transparencia de los elementos esenciales diferente del existente en las reglas generales de los contratos. Aquí la Directiva impone con claridad el sometimiento de los elementos esenciales a ese control de transparencia. Esto obliga a aplicar a las cláusulas relativas a precio y contraprestación, los requisitos de inclusión y transparencia.

### b) Elementos esenciales y transparencia<sup>6</sup>

La transparencia puede referirse al nacimiento del contrato, esto es, al tiempo de contratar, para que el

<sup>5</sup> STJCE Comisión contra Reino de los Países Bajos, de 10 de mayo de 2001, C-144/99 (ECLI:EU:C:2001:257).

<sup>6</sup> Vid. sobre este tema PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco. *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Madrid: Aranzadi, 2005. También mi comentario al art. 10 bis, en (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Cívitas, 2002.

cliente esté informado de las condiciones contractuales o a la vida ulterior del contrato, para que se cumplan las obligaciones, deberes y cargas, y se ejerzan los derechos y facultades.

La transparencia, al tiempo de contratar, no es importante respecto de las cláusulas contractuales que no regulan los elementos esenciales, porque generalmente estas cláusulas no son factores de decisión de los clientes. En ellas lo que importa es sobre todo el equilibrio de derechos y obligaciones, al margen de que hayan sido conocidas o no. Lo típico y habitual es que los consumidores no las lean. La transparencia respecto de ellas importa para que puedan entenderlas a la hora de cumplir el contrato y resolver las incidencias que ocurran.

Las cláusulas que no se refieren a los elementos esenciales típicamente no son término de comparación para elegir entre las diversas ofertas, porque muchas son de difícil percepción, su aplicación es eventual y son múltiples los supuestos que contemplan. En otras ocasiones, la generalización de una determinada condición general o cláusula predispuesta en un ramo determinado del comercio o de los servicios, impide también que sea factor de elección, porque se presenta en todos o casi todos los contratos y sería impracticable, además de estéril, una búsqueda de una oferta sin la cláusula no deseada.

GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>7</sup> afirma con razón que “la transparencia resulta especialmente importante para las condiciones generales que sirven a la descripción, determinación o posible alteración de los elementos esenciales del contrato, en particular del objeto”.

La transparencia de las condiciones generales o cláusulas predispuestas puede verse desde puntos de vista muy diversos. Si se trata de las condiciones generales o cláusulas predispuestas sometidas a control de contenido, su transparencia no es suficiente para equiparar la adhesión a un verdadero consentimiento contractual y disminuir las exigencias de equilibrio contractual objetivo de derechos y obligaciones. Respecto a ellas, la transparencia cumple solamente una importante función en el desenvolvimiento del contrato, porque a pesar de que sean claras y simples, no se excluye el control de contenido.

La transparencia respecto de los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto. No hay control de equilibrio de las prestaciones, sino control de claridad para que le pueda ser imputado al consumidor el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. La transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia. Los elementos esenciales en cuanto están exentos de control de contenido deben someterse a un control de consentimiento (inclusión, transparencia) y viceversa las demás condiciones generales o cláusulas predispuestas que no están sometidas a controles de consentimiento suficientes – porque como se ha dicho se “imponen” y se consienten en bloque y en blanco-, deben quedar sometidas a especial control de contenido.

En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor. No se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes, pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para al consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente.

Por estas razones, como ya sostuve en 2002 en mi comentario al art. 10 bis de la LGDCU, cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales (art. 4.2 de la Directiva), no está en juego solamente la claridad y comprensibilidad de las palabras (art. 7 LCGC y 80 TRLGDCU), sino el significado y el valor de la oferta en el mercado<sup>8</sup>. A pesar de palabras claras, la cláusula puede provocar valoraciones erróneas sobre el favor que merece una oferta comparada con otras, y viceversa una clave incomprensible para un cliente medio, si ofrece un dato que la hace fácilmente comparable con otras utilizadas para medir el mismo producto, cumplirá su misión de facilitar la elección. Por ejemplo, un

<sup>7</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Madrid: Aranzadi, 2000, p. 187.

<sup>8</sup> MIQUEL, José María (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit., p. 914.

interés fijado de manera no usual, aunque lo sea de manera clara y comprensible, no proporciona un dato que permita compararlo con otras ofertas que lo fijen de manera distinta. Así, la STS de 8 de abril de 1994<sup>9</sup> dijo que “los contratos no permiten deducir cuál es el interés aplicado, no obstante consignarse en varias cláusulas el nominal del 14 por 100”. La referencia TAE, aunque no se sepa exactamente qué comprende y menos cómo se obtiene, debe proporcionar un parámetro único que permita comparar las ofertas de manera sencilla y uniforme. Lo mismo puede decirse en cuanto a los riesgos cubiertos en los distintos seguros. Aquí no se protege una equivalencia entre riesgo y prima, sino el ajuste a un modelo de seguro que se percibe por el cliente. El valor protegido por la exigencia de transparencia es, sobre todo, la facilidad para comparar las ofertas respecto de los elementos contractuales no sometidos a control. Por tanto, se trata de un requisito diferente de los de inclusión cuando afecta a los elementos esenciales, porque va más allá de las exigencias de incorporación<sup>10</sup>. Hoy esta es la doctrina jurisprudencial desde la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo.

La supresión de la regla sancionadora de las cláusulas sorprendentes, que inicialmente se contenía en el Proyecto de Ley de Condiciones Generales, causa algunos problemas, porque esa regla es especialmente adecuada para comprender el control de transparencia. En ocasiones puede afectar a la causa concreta que puede frustrarse. No obstante, es una regla que debe quedar comprendida en la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones. La propuesta de reforma del Derecho de Obligaciones de la Comisión de Codificación contiene la regla sobre las cláusulas sorprendentes. Un ejemplo de cláusula sorprendente es la declarada nula por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vizcaya de 7 de julio de 2008<sup>11</sup>. Según esa condición general, un billete de avión de ida y vuelta si no es utilizado en trayecto de ida, queda sin efecto para el viaje de vuelta.

La protección del adherente puede orientarse hacia su información o hacia a un control heterónomo. Ambos modelos de protección no se excluyen. El modelo de protección mediante la información no es suficiente frente a las condiciones generales o cláusulas predispuestas, incluso se podría decir que en cierta medida es estéril. El modelo de control heterónomo

debe tener límites, porque la libertad contractual tiene también cierto espacio de actuación en los contratos de adhesión. Así el control de contenido intentará obtener una justicia contractual en cuanto a los derechos y obligaciones, rechazando los desequilibrios importantes, pero deberá dejar libre de valoración el objeto, el precio y su equilibrio o relación de equivalencia inicial entre ambos. La información, aunque se refiera a todos los aspectos contractuales, no tendrá la misma trascendencia donde opere el control de contenido que en el ámbito exento de él. Es decir, ambos modelos de protección coinciden en lo relativo a los derechos y obligaciones de las partes, pero no en cuanto a los elementos esenciales.

Así la transparencia es especialmente importante en cuanto a estos elementos esenciales. Estos no se controlan, pero deben ser transparentes. Los contenidos que se controlan están sometidos a claridad y otros requisitos de incorporación, cuya función no es asegurar el consentimiento. El consentimiento de las cláusulas sometidas a control es irrelevante, es decir, poco importa que puedan estimarse consentidas si ese consentimiento no llega a producirse a través de una negociación, pero entonces quedan fuera del control específico.

### c) Elementos esenciales y pactos que les afectan

No cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido. Los criterios para distinguir las cláusulas relativas a los elementos esenciales sometidas a control de las exentas del mismo son difíciles de establecer.

Es un tema muy discutido en la doctrina alemana. Existen diversas fórmulas generales para fundamentar por qué las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación están libres del control de contenido y delimitar así las controlables<sup>12</sup>.

Según Wolf, una cláusula es controlable cuando sin ella el contenido esencial del contrato es determinable en cuanto a su objeto principal y por ello no es imprescindible para que exista un contrato eficaz<sup>13</sup>. Solamente son controlables, según este criterio expresado en el § 307.3 BGB, las que corresponden a disposiciones jurídicas.

Según otra fórmula, están libres de control las condiciones generales que determinen la carga

<sup>9</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 313, de 8 de abril de 1994 (*ROJ STS 2313/1994*).

<sup>10</sup> MIQUEL, José María (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit., p. 915.

<sup>11</sup> SJM núm. 1 de Vizcaya, núm. 384, de 7 de julio de 2008.

<sup>12</sup> Sobre esto, vid. DYLLA-KREBS, Corinna. *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*. Baden-Baden, 1990, p. 118 y ss.

<sup>13</sup> En WOLF, HORN y LINDAcHER. *AGB-Gesetz Kommentar* §8 n.8, p. 303.

económica total que deban soportar las partes en el desarrollo normal del contrato. La primera fórmula responde a la idea de que los elementos esenciales están exentos de control, porque respecto de ellos no existen ni pueden existir parámetros jurídicos adecuados y, por ello, no son controlables, porque no se puede controlarlas (en terminología alemana *man kann nicht*). La segunda fórmula pone el acento en que en una economía de mercado constitucionalmente no se debe controlar esas condiciones generales (*man darf nicht*) y por ello se debe decir que son condiciones generales libres de control.

Otra idea es que las condiciones generales que recaen sobre los elementos esenciales no están sometidas a control por no necesitarlo, ya que el adherente las toma en cuenta y el mercado funciona respecto de ellas (*man braucht nicht*, es decir, no se necesita el control)<sup>14</sup>.

Estos diversos planteamientos, aunque en algunos casos puedan llevar a soluciones diferentes, tienen más sectores de coincidencia que de discrepancia y dan visiones útiles a la hora de juzgar si una condición general está sometida o no al específico control de contenido.

La idea del control de las condiciones generales gracias a las valoraciones del Derecho dispositivo es coherente con la primera idea, porque sólo se puede controlar las condiciones generales cuyo contenido corresponda a normas jurídicas bien formuladas, bien a formular mediante la analogía o desarrollo de los principios.

La idea que propugna que están libres de control las condiciones generales que determinen la carga económica total que deba soportar cada parte, si el contrato se desenvuelve conforme al plan previsto, porque no se las debe controlar en una economía de mercado, es coherente con la exención de control de los elementos esenciales.

Finalmente, sostener que no se controlan los elementos esenciales por no ser necesario, ya que los consumidores dirigen o deben dirigir su atención –es decir, si no la dirigen les es imputable– a los factores que configuran el mercado, es coherente con la exigencia de que la transparencia de los elementos esenciales es decisiva ya que sin ella se desvirtúan esos factores, y con que la transparencia sea una

exigencia añadida y diferente de los requisitos de incorporación.

PAGADOR observa con razón que una serie de normas ponen de manifiesto que “*no todas las cláusulas que guarden alguna relación o afecten de cualquier forma a los essentialia negotii dejan de hallarse incluidos en el ámbito de aplicación de los arts. 10 y 10 bis LCU [hoy 82 a 90 TRLGDCU]. “Lo que sucede, dice, es que sólo dejan de considerarse impuestas en sentido legal aquellas cláusulas que regulan o conciernen sustancialmente –no simplemente afecten de cualquier modo– a los elementos esenciales del contrato”*<sup>15</sup>.

Las reglas 3<sup>a</sup> apartado segundo y 10<sup>a</sup> del art. 85 y la 3<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> del art. 89 se refieren al precio, por lo que es claro que la misma Ley somete a control a algunas cláusulas relativas al precio. Están sometidas a control<sup>16</sup>:

1. Las que permitan al predisponente modificar los elementos esenciales. Esto es especialmente importante en cuanto a la variabilidad de los tipos de interés (art.85.3), fijación del precio con referencia a un día determinado que dependa de su voluntad (art. 85.10).

2. Las que contengan limitaciones o modificaciones de los acuerdos sobre las prestaciones principales, bien sean expresos, bien tácitos, o incluso resultado de una integración conforme a lo que podía razonablemente esperar el adherente. Así en los contratos de seguro, la delimitación del riesgo que no se corresponda con el tipo de seguro o imagen que del mismo se haya podido legítimamente representar el adherente<sup>17</sup>. La Exposición de Motivos de la Directiva se refiere especialmente a la delimitación del riesgo en el contrato de seguro: “*en los casos de*

<sup>15</sup> PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.377 y ss; y obras allí citadas.

<sup>16</sup> Una lista coincidente con la que se contenía en mi comentario al art. 10 bis en MIQUEL, José María (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit., pp. 920-924, es la posterior de CARRASCO PERERA, Ángel. Invalidez e Ineficacia en los Contratos con Consumidores. En: *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Madrid: Aranzadi, 2007, pp. 169 y 170, que omite la cita de mi trabajo. También coincide parcialmente, pero con cita de mi trabajo, la de ANTÓN MEDRANO, Nuria. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En: *Hacia un Código del Consumidor*. Madrid: CGPJ, 2006, p. 353 y ss.

<sup>17</sup> PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales...* op. cit., p. 377 y ss. y obras allí citadas. Vid. ALFARO, Jesús (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit.

<sup>14</sup> En España sigue esta opinión ALFARO, en (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit.. En Derecho alemán, vid. Brandner, *Festschrift Haufß*, citado en DYLLA-KREBS, Corinna. *Schranken der...* op. cit., p. 136.

*contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.*

3. También las cláusulas que contengan suplementos que supongan incrementos de precio por servicios o prestaciones accesorias, financiación, aplazamientos o recargos. Según el art. 89.5 TR, son abusivas las respectivas cláusulas si esos suplementos o recargos no son “susceptibles de ser aceptados o rechazados con la debida claridad o separación”. Aquí, por consiguiente, se trata de un problema de transparencia. Si se establecen con claridad y la debida separación para que sean aceptados o rechazados de modo especial, no estarán sometidas a control las cláusulas que los contengan. Diversas sentencias, especialmente de la Audiencia Provincial de Burgos, han declarado abusivas las cláusulas que imponían el pago de cantidades por alta e inspección en el servicio de suministro de gas, acudiendo a que era necesaria la aprobación administrativa (SAP Burgos (Sección 3<sup>a</sup>) de 23 de marzo de 2000<sup>18</sup> y (Sección 2<sup>a</sup>) de 13 de abril de 2000<sup>19</sup>). También la STS de 3 de noviembre de 2006<sup>20</sup> aplica la regla 14 de la Disposición Adicional de la LGDCU porque entiende que se han limitado los derechos de los consumidores, como consecuencia de haberse determinado una suma global para identificar el coste de dos prestaciones.

4. Gastos de tasación inmobiliaria (SAP Orense de 15 de mayo de 1997 por no haber sido expresamente pactada) y gastos de devolución (SAP Asturias (Sección 7<sup>a</sup>) de 27 de marzo de 2001<sup>21</sup>). Entran en este grupo, las cláusulas relativas a costes por informaciones sobre funcionamiento de aparatos o máquinas, suplementos por urgencia, gastos de presupuestos o proyectos etc.

5. Las cláusulas que establezcan adaptaciones de los precios a nuevas circunstancias en los contratos de larga duración.

6. Las que determinan las condiciones de pago del precio.

<sup>18</sup> SAP Burgos, Sección 3<sup>a</sup>, núm. 191, de 23 de marzo de 2000 (ROJ SAP BU 470/2000).

<sup>19</sup> SAP Burgos, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 241, de 13 de abril de 2000 (ROJ SAP BU 600/2000).

<sup>20</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 1079, de 3 de noviembre de 2006 (ROJ STS 8748/2006).

<sup>21</sup> SAP Asturias, Sección 7<sup>a</sup>, núm. 145, de 27 de marzo de 2001 (ROJ SAP O 1280/2001).

7. Las que regulen el modo y manera de cumplir la contraprestación.

8. Las que autorizan al empresario a realizar bajo determinadas circunstancias ciertos trabajos no acordados sin autorización previa del comitente. Las que reservan al promotor alteraciones en la ejecución de las obras proyectadas (STS de 13 de marzo de 1999).

9. Cláusulas sobre abono del importe de la enseñanza en períodos de vacaciones y cláusulas sobre abono de la mensualidad de estancia en residencia geriátrica, pese al fallecimiento el primer día del mes (SAP Valencia (Sección 4<sup>a</sup>) de 6 de marzo de 2000<sup>22</sup>). La SAP Asturias (Sección 1<sup>a</sup>) de 13 de enero de 2010<sup>23</sup> considera válida la de abonar la quincena de estancia en residencia geriátrica, aunque no se haya utilizado, pues la reputa “una cláusula penal en su función liquidadora de la indemnización de daños y perjuicios, dispensando a la parte de probarlos, que es la más propia (S. del TS de 7-11-06, 17-10-07, 5-12-07 y 14-2-07 entre otras)”. Es discutible que conforme al art. 87.6 in fine (daños efectivamente producidos) en combinación con la prohibición de alterar las reglas de la carga de la prueba (88.2) sea válida una cláusula que dispensa al empresario de la prueba de los daños.

10. Las que se refieren a los intereses moratorios (SAP Baleares de 14 de julio de 1994, y la excelente SAP Murcia (Sección 2<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2000<sup>24</sup>). Los intereses moratorios no son elementos esenciales. Existe una abundante litigiosidad, que se manifiesta en cientos de sentencias sobre estas cláusulas, y soluciones dispares en las Audiencias sobre los tipos admisibles. Debe entenderse que son controlables, porque no son elementos esenciales, pues no corresponden al plan de desenvolvimiento normal del contrato y existe Derecho dispositivo como paradigma para su control (art. 1108 CC). Su carácter indemnizatorio las subsume en los arts. 85.6 y 87.6<sup>25</sup>.

11. Las cláusulas que se refieran a los intereses remuneratorios están controladas por la ley de la usura y naturalmente por los controles de

<sup>22</sup> SAP Valencia, Sección 4<sup>a</sup>, núm. 51, de 6 de marzo de 2000 (ROJ SAP V 1559/2000).

<sup>23</sup> SAP Asturias, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 8, de 13 de enero de 2010 (ROJ SAP O 15/2010).

<sup>24</sup> SAP Murcia, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 32, de 1 de febrero de 2000 (ROJ SAP MU 288/2000).

<sup>25</sup> Me remito al trabajo de María José Reyes. Sobre este tema, también ANTÓN MEDRANO, Nuria. Cláusulas abusivas en los contratos... *op. cit.*, p. 368; con cita de numerosas sentencias.

transparencia. En algunas sentencias se controlan los intereses remuneratorios por medio del art. 20.4 LCC<sup>26</sup>.

12. Sobre pago de impuestos y tasas. Desde la Ley 44/2006 está resuelta esta cuestión por el art. 89.3.c, pero después todavía ha habido sentencias reacias a declarar abusiva la que impone al comprador el pago del impuesto de plus valía (SAP Valencia (Sección 8<sup>a</sup>) de 3 de junio de 2009<sup>27</sup> con cita de otras favorables a su criterio), a pesar de que antes de la citada ley muchas sentencias ya las consideraban abusivas (SAP Palencia de 21 de enero de 1994 y (Sección 1<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 1998<sup>28</sup>, SAP Coruña (Sección 4<sup>a</sup>) de 15 de octubre de 1999<sup>29</sup> entre otras, y muchas más posteriores como SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4<sup>a</sup>) de 3 de marzo de 2009<sup>30</sup> y las que cita). Últimamente es importante STS 23 diciembre 2015. La siguen: SAP Madrid, Secc. 12.<sup>a</sup>, 29 febrero 2016, rec. 306/2015, SAP Valencia, Secc. 9.<sup>a</sup>, 27 abril 2016, rec. 1327/2015, SAP La Rioja , Secc. 1.<sup>a</sup>, 16 junio 2016, rec. 227/2015, SJPI 11 Oviedo, 9 diciembre 2016, Roj: SJPI 588/2016, SAP Zaragoza , Secc. 5.<sup>a</sup>, 5 enero 2017, rec. 384/2016, SAP Asturias , Secc. 5.<sup>a</sup>, 1 febrero 2017, rec. 525/2016, SJPI 2 Barakaldo , 27 marzo 2017, y SAP Pontevedra , Secc. 1.<sup>a</sup>, 28 marzo 2017, rec. 974/2016, y SJPI 1 Bilbao , 29 marzo 2017.

13. Las que ponen a cargo del comprador los intereses del préstamo hipotecario solicitado por el vendedor devengado con anterioridad a la compraventa, así como los gastos de cancelación del préstamo hipotecario concertado por la entidad vendedora para la construcción del inmueble Hoy es aplicable el art. 89.3, pero ya antes la jurisprudencia se había pronunciado por la nulidad (SAP León de 3 de febrero de 1993, de 11 de enero de 2001 y (Sección 2<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2001<sup>31</sup>).

14. Las que establecen el redondeo de los tipos de interés. La sentencia del Juzgado nº 50 de Madrid de

11 de septiembre de 2001 y la SAP Madrid (Sección 11<sup>a</sup>) de 10 de octubre de 2002<sup>32</sup> sobre el redondeo de los tipos en los préstamos hipotecarios, en una acción colectiva, han excluido que se trate de un control sobre los elementos esenciales, porque ese redondeo solamente es necesario eventualmente. Es la misma razón por la que los intereses moratorios se someten a control. La cuestión fue sometida por el Tribunal Supremo como cuestión prejudicial al TJUE, pero fue resuelta por el art. 86.5 TRLGDCU.

15. Las tarifas de un servicio si inducen a error (tarifas distintas para días laborables y para días festivos fijados de manera distinta en cada Comunidad Autónoma) pueden ser un ejemplo importante de control de elementos esenciales por falta de transparencia (SAP Burgos de 5 de enero de 2001). Se había aplicado la tarifa de los días laborables a llamadas efectuadas el 6 de enero y el 19 de marzo, por no ser fiestas nacionales, aunque lo fueran en la comunidad correspondiente.

16. Las que establecen el derecho a la remuneración de un mediador, aunque no hubiera mediado (SAP Tarragona (Sección 1<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2001<sup>33</sup>).

17. La cláusula suelo de los intereses remuneratorios por falta de trasparencia (SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014<sup>34</sup>, y de 24<sup>35</sup> y 25 de marzo de 2015<sup>36</sup>).

18. La duración de un contrato de suministro o de servicios. Sobre este tema se han suscitado muchos conflictos a propósito del contrato de mantenimiento de ascensores.

Hoy, después de la reforma operada por la Ley 4/2006, los arts. 62.3 y 86.6 consideran abusivas “en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de trato sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva”. La Jurisprudencia de las Audiencias es abundante y contradictoria. Merece reflexión que tantas comunidades de propietarios deseen resolver los contratos o desistir de ellos y que hayan encontrado tantas dificultades. Muchas sentencias

<sup>26</sup> Sobre esto, el trabajo de María José Reyes. También ANTÓN MEDRANO, Nuria. Cláusulas abusivas en los contratos... *op. cit.*

<sup>27</sup> SAP Valencia, Sección 8<sup>a</sup>, núm. 300, de 3 de junio de 2009 (*ROJ SAP V 2183/2009*).

<sup>28</sup> SAP Palencia, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 314, de 4 de noviembre de 1998 (*ROJ SAP P 773/1998*).

<sup>29</sup> SAP A Coruña, Sección 4<sup>a</sup>, núm. 357, de 15 de octubre de 1999 (*ROJ SAP C 3062/1999*).

<sup>30</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4<sup>a</sup>, núm. 69, de 2 de marzo de 2009 (*ROJ SAP TF 760/2009*).

<sup>31</sup> SAP León, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 105, de 15 de marzo de 2001 (*ROJ SAP LE 584/2001*).

<sup>32</sup> SAP Madrid, Sección 11<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2002 (*ROJ SAP M 11737/2002*).

<sup>33</sup> SAP Tarragona, Sección 1<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2001 (*ROJ SAP T 208/2001*).

<sup>34</sup> Sentencia del Pleno del TS, núm. 464, de 8 de septiembre de 2014 (*ROJ STS 3903/2014*).

<sup>35</sup> Sentencia del Pleno del TS, núm. 138, de 24 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1279/2015*).

<sup>36</sup> Sentencia del Pleno del TS, núm. 139, de 25 de marzo de 2015 (*ROJ STS 1280/2015*).

incidieron en el error de estimar válidas cláusulas penales que sancionan una duración contractual desmesurada y prórrogas por períodos de tiempo sorpresivamente prolongados, que acertadamente ya la SAP Baleares de 10 de junio de 1991 consideró inadmisibles. Algunas sentencias han sido espectacularmente insensibles ante una vinculación contractual excesivamente prolongada y con elevadas cláusulas penales para caso de desistimiento. Es especialmente desafortunada la SAP Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>) de 9 de abril de 2001<sup>37</sup> que pretendió, igual que la SAP Castellón (Sección 1<sup>a</sup>) de 10 de marzo de 2000<sup>38</sup>, justificar una duración de diez años apelando de forma sorprendente a la prórroga forzosa de la anterior LAU. Estas cláusulas han servido para paliar la falta de competitividad de algunas empresas y ejecutar un reparto del mercado. La importancia de las cláusulas de duración prolongada para la competencia es muy clara, como se puede comprobar en la STS de 28 de abril de 1999<sup>39</sup>, que sanciona a varias compañías por haber acordado adoptar un tipo de contrato para “que sea prácticamente imposible que la Comunidad cambie de empresa”, tal como se decía literalmente en un acta de sus reuniones.

Espectacularmente ajena a la protección de los consumidores son algunas sentencias como por ejemplo SAP Ourense (Sección 1<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2009<sup>40</sup> y otras, que todavía consideraron válida una prórroga automática del contrato por diez años, aferrándose al art. 1255 CC e ignorando los arts. 62.3 y 87.6 TRLGDCU. Otras sentencias, por el contrario, acertadamente se hacen cargo de que estas cláusulas son jaulas que impiden al consumidor acudir a las mejores ofertas y que, por tanto, son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado al restringir la competencia (así, las SSAP Vizcaya (Sección 5<sup>a</sup>) de 26 de julio de 2000<sup>41</sup>, Girona (Sección 1<sup>a</sup>) de 20 de febrero de 2009<sup>42</sup> y Soria (Sección 1<sup>a</sup>) de 28 de octubre de 2009<sup>43</sup>, entre

otras muchas)<sup>44</sup>. Hemos visto en este apartado, sin carácter exhaustivo, qué cláusulas, referidas de alguna manera a los elementos esenciales, están sometidas al control, sin que ello signifique que en todo caso sean abusivas. Podrán serlo o no, pero no están exentas de control para acreditar su validez.

#### d) Concurrencia con otros controles

Naturalmente la exclusión de los elementos esenciales del control de contenido de la LCU, no significa que no estén sometidos a los controles generales del art. 1255 y más concretamente a la Ley de represión de la usura. La ley de usura no resulta afectada ni por la LCU ni por la LCC. Se trata de controles distintos. La usura es un abuso inmoral, especialmente grave cuando explota una situación subjetiva, y que se refiere a elementos esenciales del contrato, mientras que la protección de la LCU no se refiere a ellos. Las SSTS de 18 de junio de 2012<sup>45</sup> y de 2 de diciembre de 2014<sup>46</sup> tratan de esta concurrencia y delimitan sus respectivos ámbitos del control que imponen.

Los intereses moratorios en cuanto representan una indemnización del daño del acreedor merecen un trato especial ante la ley de la usura, según algunas sentencias.

La recién citada STS de 2 de diciembre de 2014 aplica la ley de la usura a un préstamo con un interés remuneratorio de 4% y uno moratorio de 30%, lo declara nulo y también la garantía hipotecaria. También a favor de que se aplique la ley de la usura a los intereses moratorios. La STS de 7 de mayo de 2002<sup>47</sup> indica que: “aunque el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código civil, no escapan a la aplicación de la Ley 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir clase o naturaleza”. Importa la consecuencia jurídica, porque si los intereses se califican de usurarios no se debe ningún interés (art. 3 Ley de la Usura, SAP Madrid (Sección

<sup>37</sup> SAP Cádiz, Sección 5<sup>a</sup>, de 9 de abril de 2001 (ROJ SAP CA 1033/2001).

<sup>38</sup> SAP Castellón, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 90, de 10 de marzo de 2000 (ROJ SAP CS 336/2000).

<sup>39</sup> STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3<sup>a</sup>, de 28 de abril de 1999 (ROJ STS 2860/1999).

<sup>40</sup> SAP Ourense (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 517, de 21 de diciembre de 2009 (ROJ SAP OU 956/2009).

<sup>41</sup> SAP Vizcaya, Sección 5<sup>a</sup>, núm. 726, de 26 de julio de 2000 (ROJ SAP BI 3488/2000).

<sup>42</sup> SAP Girona, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 92, de 20 de febrero de 2009 (ROJ SAP GI 127/2009).

<sup>43</sup> SAP Soria, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 174, de 28 de octubre de 2009 (ROJ SAP SO 259/2009).

<sup>44</sup> Sobre el tema vid. MIQUEL, José María (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* op. cit., p. 924 y ss. Vid. también ANTÓN MEDRANO, Nuria. Cláusulas abusivas en los contratos... op. cit., p. 375-379 con una clasificación de las sentencias que tratan del tema.

<sup>45</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 406, de 18 de junio de 2012 (ROJ STS 5966/2012).

<sup>46</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 677, de 2 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5771/2014).

<sup>47</sup> STS, Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 422, de 7 de mayo de 2002 (ROJ STS 3217/2002).

9<sup>a</sup>) de 7 de febrero de 2005<sup>48</sup>, SAP Barcelona (Sección 17<sup>a</sup>) de 1 de abril de 2000<sup>49</sup>), en cambio, si se califica la cláusula simplemente de abusiva es nula y procede aplicar el interés legal que es el que corresponde a la mora. Esta última cuestión ofrece soluciones dispares en las sentencias de las Audiencias. Últimamente la STS de 22 de abril de 2015<sup>50</sup> ha aplicado una solución distinta: suma dos puntos a los remuneratorios por aplicación del art. 576 de la LEC para determinar el carácter abusivo, y luego en vez de aplicar el art. 1108 CC, aplica los remuneratorios a un supuesto de mora provocado por el vencimiento anticipado. En mi opinión, como expongo después, esta no es la solución que deriva de una recta aplicación del Derecho vigente.

Como ya he apuntado existen numerosas sentencias sobre los elementos esenciales en el contrato de seguro. En este punto debe tenerse presente que si bien la determinación del riesgo es un elemento esencial del contrato, las restricciones o delimitaciones que no correspondan a la naturaleza o imagen del tipo de seguro contratado, deben someterse a control. El control que establece la LCS no resulta afectado por el que establece la LCU<sup>51</sup>.

#### e) La aplicación de la cláusula general legal de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones. La determinación de si una cláusula es abusiva

Las disposiciones legales formuladas como el art. 82.1 son cláusulas generales legales caracterizadas por no describir un concreto supuesto de hecho y por su remisión a principios o conceptos muy generales necesitados de concreción. Son herramientas que el legislador pone a disposición de los aplicadores de la ley para que subsanen con ellas la imposibilidad de previsión legislativa de todos los casos posibles y les imparte una autorización para que los resuelvan por medio de la aplicación y concreción de los principios y conceptos generales. Esta autorización envuelve la de operar sobre las normas existentes utilizando la analogía, la integración normativa, la reducción teológica y los criterios valorativos legales.

El carácter abusivo de una cláusula predisuesta, una vez comprobado que se dan los otros presupuestos de aplicación del control de contenido, depende de su

contradicción con la buena fe y el desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.

La buena fe en esta función de control de validez hace referencia sobre todo a un control material de la regla contractual por razón del procedimiento empleado y a una consideración de todas las circunstancias que pueden ser relevantes para juzgar el equilibrio contractual, que es la meta del control. No parece necesario especular demasiado, como en la doctrina italiana se ha hecho, sobre si la buena fe y el equilibrio son dos requisitos o uno solo. Si existe equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes no hay cuestión de dualidad respecto de las condiciones generales o cláusulas predisuestas controlables, pero sí cuando se trata de los elementos esenciales, respecto de los que no importa su equilibrio, sino su transparencia. Es contraria a la buena fe la falta de transparencia sobre los elementos esenciales con independencia de su equilibrio, porque este equilibrio no es controlable. Respecto de los elementos esenciales se protege el interés del adherente en su transparencia por ser ellos los que típicamente determinan su elección. La buena fe en el art. 82 TR está en relación con la utilización de un procedimiento contractual consistente en la predisposición y la imposición. Cuando se trata de cláusulas negociadas, la buena fe no es criterio de control de su contenido, porque pesa ante todo la libertad contractual y la buena fe en ese contexto de cláusulas negociadas obliga ante todo a cumplir lo pactado. Ciertamente no sólo lo pactado expresamente. Es decir, la buena fe aparece en el art. 82 como criterio para controlar el contenido establecido por un procedimiento determinado.

Con el control de validez de las condiciones generales o cláusulas predisuestas se persigue que un equilibrio ideal (representado por el Derecho dispositivo/supletorio formulado o a formular) no haya sido roto sin justificación. La cláusula general de la buena fe es la que proporciona el criterio que permite una consideración de todas las circunstancias contractuales que puedan justificar la ruptura con una regla equilibrada e imparcial al estar establecida por la Ley dispositiva o ser derivación de los principios. Punto de partida es tener en cuenta que el principio de la buena fe, y por consiguiente la cláusula general legal que lo invoca, contiene el postulado de protección de la confianza del consumidor y de materialización o realización de la justicia contractual.

La primera tarea debe ser la comparación de los derechos y obligaciones de las partes con los que resulten del Derecho dispositivo. Hay que insistir en esta idea. La existencia de una razón suficiente para

<sup>48</sup> SAP Madrid (Sección 9<sup>a</sup>), núm. 55, de 7 de febrero de 2005 (*ROJ SAP M 1092/2005*).

<sup>49</sup> SAP Barcelona, Sección 17<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2000 (*ROJ SAP B 4170/2000*).

<sup>50</sup> Sentencia del Pleno del TS, núm. 265, de 22 de abril de 2015 (*ROJ STS 1723/2015*).

<sup>51</sup> Véase sobre esto PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales... op. cit.*, p. 366 y ss.

la desviación del Derecho dispositivo debe ser acreditada por el predisponente.

Si el Ordenamiento Jurídico ha tomado una decisión sobre la composición de cierto conflicto de intereses y la ha expresado en una norma –mediante el Derecho dispositivo- existe motivo suficiente para proteger el interés del consumidor frente a una reglamentación contractual divergente impuesta por el predisponente en su interés exclusivo. La tacha de abusiva de una cláusula se debe a que valora los intereses del consumidor de manera distinta a como lo hace el Ordenamiento Jurídico, y en concreto la norma dispositiva. Otra cosa sucede cuando los intereses del consumidor no son valorados normativamente en absoluto por el ordenamiento jurídico, sino que la defensa de sus intereses se le ha confiado a él mismo mediante su participación en el acontecer del mercado, como sucede generalmente respecto de los elementos esenciales.

Entiendo que la contradicción con la buena fe aquí consiste en que una cláusula predisposta se aparte de la regulación legal sin otra razón que el interés exclusivo del predisponente. Debe existir alguna otra razón, aparte del interés del predisponente, para que el Ordenamiento Jurídico otorgue su reconocimiento a una reglamentación impuesta en condiciones generales o predispostas divergente de las valoraciones del Ordenamiento Jurídico favorables al consumidor. El considerando 16 de la Directiva señala que las exigencias de la buena fe imponen una evaluación global de los intereses en juego, y que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta.

Los acuerdos a los que lleguen las partes sobre el contenido contractual, esto es en las cláusulas acordadas, tienen a su favor la voluntad de ambos contratantes manifestada de modo concreto sobre el conflicto de intereses en cuestión.

La adhesión del consumidor a las condiciones generales, se ha dicho, es un consentimiento degradado, pero concretando más, se puede decir, que es un consentimiento típicamente confiado, prestado en blanco de manera legítima, porque así lo exige el tráfico y la eficiencia económica. Por eso el control de contenido se efectúa desde las exigencias de la buena fe que imponen la protección de la confianza legítima, teniendo en cuenta el fenómeno típico de la contratación con condiciones generales. No cabe reprochar nada a quien no lee las condiciones generales, porque su confianza es legítima y no incurre en ninguna negligencia (véase, no obstante, las reflexiones sobre este punto de la

citada STS de 22 de diciembre de 2009). Sería sarcástico que el predisponente le reprochara al adherente no haber descubierto a tiempo los inconvenientes o peligros, a veces, incluso trampas, que él le ha preparado en las cláusulas predispostas. Respecto de cláusulas absolutamente claras puede sostenerse, no obstante, que la voluntad del adherente es insuficiente por sí sola para otorgarles validez, porque la falta de alternativas razonables obliga a que contrate bajo condiciones que no puede evitar<sup>52</sup>. No se trata de una comprobación empírica sobre si en el mercado al tiempo de celebrar el contrato existían otras condiciones generales preferibles, porque una carga semejante no es exigible al consumidor. Solamente se excluye la protección cuando se trate de una cláusula negociada individualmente. El Ordenamiento Jurídico toma sobre sí la tarea de homologar la regla contractual generada por ese procedimiento. Es, pues, desde esta perspectiva desde la que debe contemplarse la aplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones.

La cláusula general de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones, no debe olvidarse, es una disposición de la ley que significa, más que mera remisión a un conjunto de reglas morales o sociales, un instrumento legislativo para el descubrimiento, obtención y formulación de reglas jurídicas inspiradas en los valores del Ordenamiento, operando sobre normas ya formuladas y corrigiendo o completando su formulación, para la consecución de una finalidad de política legislativa definida por la Constitución y por el Derecho europeo, como es la protección de los consumidores. No es simplemente un programa, sino una finalidad cuya realización la ley ordena obtener mediante la aplicación de un precepto tan general que merece la denominación de cláusula general legal.

La cláusula general del art. 82 se refiere a una finalidad de política del Derecho –en este caso un principio constitucional y de la Unión europea- que se ha hecho vinculante por medio de una disposición legal.

Es el respeto a la esencial igualdad de los contratantes lo que debe mantenerse cuando se apela a las exigencias de la buena fe. Ya que su libertad no es la que determina el contenido contractual, debe

<sup>52</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. *Las condiciones generales...* op. cit., p. 64, donde afirma que “un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar”. En el mismo sentido CANARIS, Claus-Wilhem. *Wandlungen des...* op. cit., p. 323.

determinarlo su igualdad. Desde este punto de vista las condiciones generales homologadas son reglas contractuales de modo muy semejante a cómo lo son las reglas del Derecho dispositivo.

La cláusula general de la buena fe permite operar precisamente sobre las reglas de Derecho dispositivo transformándolas en derecho imperativo en el caso concreto para obtener un equilibrio de derechos y obligaciones. La importancia de la labor judicial es clara, porque tiene en sus manos apreciar todas las circunstancias concurrentes en el caso y establecer si, de acuerdo con la cláusula general de la buena fe, las normas de Derecho dispositivo/supletorio para los contratos en general deben considerarse como si fueran imperativas bajo esas circunstancias.

Se podría decir, matizando algo la posición de DE CASTRO que pueden existir razones para que la buena fe exija que esas normas operen como imperativas en ciertas circunstancias. La cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones opera, una reducción teleológica del ámbito en el que una norma tiene carácter dispositivo, de modo que sólo lo tendrá en unas circunstancias y no en otras y opera esa reducción al servicio de una finalidad de política legislativa asumida positivamente por la Ley.

Si el consumidor típicamente confiado ni estudia ni siquiera lee las condiciones generales o cláusulas predispuestas, y eso es lo que razonablemente se le puede exigir en el tráfico, la buena fe impone que el Derecho normal (dispositivo o supletorio) se aplique, es decir, el que sería aplicable sin la cláusula. Al consumidor ni se le pide ni se le puede pedir otra cosa que contrate confiando en el Ordenamiento Jurídico. Sin un verdadero acuerdo libre y sin otras razones, la buena fe puede exigir que las normas dispositivas se apliquen en contra de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. La confianza del consumidor debe ser protegida así. También puede decirse que se protege más que una confianza concreta en la conducta de la otra parte una confianza en que el Ordenamiento Jurídico no le abandonará al arbitrio de la otra parte y que protegerá la abstracta necesidad de que los consumidores contraten sin someterse a reglas arbitrarias, que de hecho no pueden evitar, ni les es exigible que las eviten absteniéndose de contratar, a pesar de haberlas consentido formalmente.

El Derecho dispositivo puede dejar de serlo precisamente por aplicación de la cláusula general de la buena fe contenida en el TRLGDCU, que lo autoriza en ciertas circunstancias de acuerdo con los valores de la buena fe y la protección del consumidor.

La cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82 TR funciona como una regla de preferencia para resolver la colisión entre el principio de autovinculación contractual y el de igualdad de las partes respecto de las reglas jurídicas, para conseguir la finalidad de protección de los consumidores.

La cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones opera por tanto en el marco de un procedimiento contractual determinado (predisposición) y para censurar, en beneficio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

El problema que presenta es naturalmente el de su concreción. En línea de principio obliga a descartar que las condiciones generales o cláusulas predispuestas solamente vinculen por haber sido consentidas. Impone comprobar que la regla contractual predispuesta es conforme con los principios básicos de la regulación aplicable sin ella y que no pone en peligro la finalidad del contrato tal como objetivamente deba ser configurada.

Por consiguiente, es muy importante insistir en que es un error contrastar la regla contractual predispuesta solamente con los límites del art. 1255. Ese no es el problema del control específico que ha de verificarse con la cláusula general legal de los arts. 80 y 82 TRLGDCU, que obviamente presuponen que la condición general o cláusula predispuesta ya ha pasado el control general. Tampoco basta con que las cláusulas contractuales sometidas a control no estén incluidas en las listas de los arts. 85 a 90. El parámetro del control lo proporciona el Derecho que sería aplicable sin la condición general o cláusula predispuesta que haya superado el control del art. 1255 y el de las listas de los arts. 85 a 90. Solamente entonces es necesario y también obligado, aplicar la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones.

La concreción y aplicación del criterio del art. 82 TRLGDCU no es tan difícil. La operación consiste en comparar la regulación legal que se aplicaría si no existiera la cláusula cuestionada con la resultante de esta cláusula. No se comparan los derechos y obligaciones de las partes entre sí, sino los derechos y obligaciones derivados de la ley aplicable y los derivados de la condición general o cláusula predispuesta. La STJUE de 14 de marzo de 2013<sup>53</sup> (caso Aziz) lo explica claramente en su marginal 76: “...el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe

<sup>53</sup> STJUE Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), de 14 de marzo de 2013, C-415/11 (ECLI:EU:C:2013:164).

*interpretarse en el sentido de que el concepto de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”.*

De esta sentencia resulta claramente que no se trata de una simple comparación de los derechos y obligaciones de las partes entre sí. La comparación debe hacerse con la regulación legal. La diferencia entre ambos criterios puede verse en un ejemplo. Una cláusula que establezca lo mismo para ambas partes, por ejemplo la facultad de desistimiento, puede ser abusiva, si ya le correspondía al consumidor y no al predisponente. Una cláusula semejante provocaría un desequilibrio de derechos entre las partes comparado con el de la regulación legal, porque no otorgaría ningún derecho al consumidor, pero sí al predisponente, aunque formalmente los otorgara a los dos. Lo mismo puede decirse de las obligaciones, pero a la inversa.

Del ejemplo resulta que la comparación debe efectuarse entre los derechos y obligaciones que confieren las condiciones generales y los derechos y obligaciones que confiere el Derecho dispositivo. El equilibrio que se busca no consiste en que las partes tengan los mismos derechos y obligaciones, porque las posiciones contractuales son distintas. Se trata de comparar los derechos y obligaciones, según la condición o condiciones, a los derechos y obligaciones que otorga el Derecho dispositivo y ver después si en el resultado de esa comparación hay un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

El parámetro debe ser la regulación legal aplicable sin la cláusula, entendida en sentido amplio de normas jurídicas. Cuando no se disponga de normas formuladas para el contrato en cuestión, deberá tenerse en cuenta la finalidad del contrato, para ponderar desde ella los intereses de las partes.

#### f) Derecho dispositivo como parámetro del control de contenido

Aunque en muchas ocasiones se dice que el Derecho dispositivo es insuficiente y anticuado, hay que tener en cuenta que el Derecho dispositivo/supletorio no está constituido solamente por los preceptos de la Ley, sino también por los usos y por las normas obtenidas por analogía y por las constituidas por derivaciones de la buena fe y demás principios. Es también necesario destacar que los preceptos legales aplicables no son solamente los que directamente contemplan el tipo contractual en cuestión, sino también los que derivan de las reglas generales de las

obligaciones y contratos. Como con razón oportunamente advierte PASQUAU: “[e]n la mayoría de los casos la cláusula es abusiva por separarse de las normas generales de las obligaciones contractuales y no de las particulares de un tipo contractual”<sup>54</sup>.

Por otra parte, el Derecho dispositivo no brota solamente de la Ley dispositiva. También los usos normativos son Derecho dispositivo. Las reglas de la buena fe proporcionan también criterios de integración e imponen numerosos deberes contractuales.

Las normas de integración no son siempre Derecho dispositivo. Si la buena fe impone una determinada consecuencia jurídica posiblemente lo hace en contra de la voluntad de una de las partes y para protección de la confianza de la otra. Esta consecuencia no puede ser evitada en puridad una vez que se da el supuesto de hecho de la norma -de la regla derivada de la buena fe- pero podía haberse evitado que se diera ese supuesto de hecho si se hubiera procedido de otra manera.

Cuando se apela al Derecho dispositivo para controlar las condiciones generales o las cláusulas predispuestas, no hay que entender que cualquier contradicción con el mismo provoque sin más la nulidad de dichas cláusulas. Más bien se trata de que las cláusulas predispuestas no vulneren las ideas básicas de la regulación legal y/o no pongan en peligro la obtención del fin del contrato. El considerando noveno de la Directiva se refiere a la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos. Debe juzgarse con arreglo a las exigencias de la buena fe si la cláusula sometida a control, que contradice al Derecho dispositivo, produce un desequilibrio importante. La norma dispositiva contiene una regla que expresa una valoración imparcial de los intereses de las partes y de ahí su importancia como paradigma para juzgar las condiciones generales o cláusulas predispuestas, pero también contiene, por su propia naturaleza, una previsión sobre la posibilidad de otra reglamentación aconsejada por las circunstancias que las partes valorarán. La norma dispositiva se dicta con conciencia de que no puede abarcar todas las situaciones y de que no puede tener una vigencia incondicional. Corresponde apreciar desde las exigencias de la buena fe si, entre esas circunstancias, ha prevalecido el interés del predisponente de manera que se ha establecido una regla desequilibrada

<sup>54</sup> PASQUAU LIAÑO, Miguel (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo). *Comentarios a la Ley de Condiciones...* op. cit., p. 790.

comparada con la prevista por la norma dispositiva en perjuicio del consumidor, en cuyo caso la condición general o cláusula predispuesta será abusiva.

En ocasiones se ha pretendido distinguir, entre las normas de Derecho dispositivo, unas que atienden a criterios de justicia y otras que se dictan por razones de utilidad. Esta distinción que estuvo presente en las primeras invocaciones del Derecho dispositivo para controlar las condiciones generales, no parece que deba ser mantenida<sup>55</sup>.

Conforme al TRLGDCU, creo que hay que distinguir entre aquellas normas dispositivas que conceden derechos o facultades a los consumidores y las demás normas dispositivas. Esto resulta del texto del art. 86. La apelación al Derecho dispositivo, por tanto, ha de matizarse en algunos casos, pero en otros, no.

Cuando se trata de los derechos de los consumidores, el art. 86 en su inicio, al declarar abusivas las cláusulas que excluyan o limiten los derechos de los consumidores concedidos por normas imperativas o dispositivas, dice en cualquier caso. Tampoco matiza el art. 86.7 cuando declara abusiva cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario. Sobre la interpretación de la antigua regla 14 de la antigua lista, que corresponde al actual 86.7, sostuve en mi comentario citado<sup>56</sup>, frente a otras opiniones, que los derechos a que se refería no eran sólo los que las normas de consumo, casi todas imperativas, concedían al consumidor, sino también las de cualquier otra norma. Ahora, esta opinión se confirma por el párrafo inicial del art. 86. No obstante, también sostuve que esa regla debía templarse con la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones, lo cual puede considerarse ahora contradicho por la frase “en cualquier caso”.

Cuando no se trata de los derechos de los consumidores, entendido este término en sentido amplio de derechos subjetivos, poderes y facultades, sino, al contrario, cuando se trate de obligaciones, cargas o incumbencias de los consumidores, la cuestión debe matizarse, porque entonces el derecho dispositivo no es sin más imperativo para los contenidos predispuestos con consumidores. En cuanto a las obligaciones de los consumidores, también en sentido amplio, el derecho dispositivo es más bien vara de medir la abusividad por aplicación

de la fórmula general del art. 82. Por tanto, esto significa que la discrepancia de una cláusula predispuesta con otras normas dispositivas no determina por sí solo que la cláusula sea abusiva, si no trata de los derechos de los consumidores (derechos subjetivos, poderes y facultades).

Una condición general contraria a la facultad de compensación del consumidor conforme a las normas dispositivas es nula, pero una condición general que atribuya un derecho o facultad al profesional en contra de una norma dispositiva no siempre será abusiva. La norma del art. 86, más allá de su texto, puede servir para confirmar el papel del Derecho dispositivo como parámetro del control de validez de los contenidos predispuestos, pero no parece que deba generalizarse en el sentido de que toda desviación del Derecho dispositivo sea abusiva. El ejemplo lo suministra, a mi juicio, el control de los intereses moratorios. Si el texto del art. 86 se aplicase a toda desviación de las normas dispositivas, y no sólo a las normas que conceden derechos o facultades a los consumidores, los intereses moratorios no podrían exceder del interés legal, pues esta es la norma dispositiva en esta materia (art. 1108 CC). No se trata aquí de una norma que conceda derechos a los consumidores, sino al contrario, de una norma que concede un derecho al profesional en caso de incumplimiento del consumidor. Aun así, el art. 1108, como ya se ha dicho antes, muestra el criterio del legislador para valorar el daño que experimenta el acreedor por el retraso en el cumplimiento de una deuda dineraria, pero no se convierte en una norma imperativa.

#### IV. Los intereses moratorios

Supongamos que se somete a control una condición general relativa a los intereses moratorios. Conforme a esta clara doctrina hay que comparar los establecidos en la condición general con los que resulten de la norma aplicable sin ella. La norma aplicable es el art. 1108 Código civil, pero no hay que aplicarla en lo relativo a su admisión del pacto en contrario, porque estamos comprobando cuál sería la norma sin pacto. Se confunde por ello, entre otras, la SAP Sevilla de 29 de septiembre de 2000<sup>57</sup> que aplica el art. 1108 CC en cuanto este precepto reconoce la eficacia del pacto. Por el contrario, acertadamente la ejemplar SAP Murcia de 1 de febrero de 2000 y la SAP Asturias de 14 de febrero de 2000, entre otras. Precisamente la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones

<sup>55</sup> En este sentido, *vid.* WOLF, HORN y LINDAChER. *AGB-Gesetz Kommentar*, *op. cit.*, § 9,71, p. 354.

<sup>56</sup> *Vid.* MIQUEL, José María (Dirs. DÍEZ-PICAZO, Luis y MENÉNDEZ, Aurelio; y Coord. ALFARO, Jesús). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones...* *op. cit.*, pp. 954-956.

<sup>57</sup> SAP Sevilla, Sección 6<sup>a</sup>, núm. 726, de 29 de septiembre de 2000 (*ROJ SAP SE 4186/2000*).

trata de controlar pactos admisibles en otros contratos según los controles generales. Claro que someterlos a control no significa que siempre sean nulos.

La cuestión debería ser sencilla. Según la norma aplicable sin la cláusula, esto es según el art. 1108, hoy los intereses moratorios son 3,00% –hasta 31 de diciembre 2017-, si los moratorios pactados, por ejemplo, son 12%, la decisión debe ser que la cláusula es abusiva, porque provoca un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor respecto de la norma aplicable sin el pacto. También puede decirse que es contraria a las exigencias de la buena fe, porque ha sido predispuesta e impuesta, sin una negociación individual, en beneficio exclusivo del predisponente mucho más allá de la valoración que del conflicto ha hecho el Ordenamiento Jurídico.

En rigor, hay que distinguir dos operaciones:

1. determinar si los intereses moratorios representan una indemnización desproporcionada, que es de lo que me ocupo a continuación; y
2. una vez apreciada y declarada la nulidad de la cláusula, determinar qué intereses moratorios son aplicables, de lo que me ocupo en el epígrafe V.

Para la primera operación, esto es, para determinar si los intereses moratorios son abusivos se han utilizado diversos criterios. Primero, el del Derecho dispositivo, que es el interés legal (art. 1108); segundo, por analogía, el del Derecho imperativo para una concreta operación con consumidores, que es 2.5 veces el interés legal (20.4 LCC, aplicable a descubiertos en cuenta corriente); y tercero, por analogía, la norma para operaciones entre empresas (7 puntos más el tipo de la última operación del Banco Central europeo (art. 7.2 Ley 3/2004, de 29 diciembre de lucha contra la morosidad)).

Parece plausible y conforme a la doctrina del TJUE, que la comparación deba partir del interés legal, tal como hace el art. 20.4 LCC que toma a éste interés como punto de partida para multiplicarlo por 2.5 y obtener así un interés imperativo en un caso concreto, como sería el interés que devengara un descubierto en cuenta corriente. Si el interés moratorio, en contratos con consumidores, excede del interés del art. 20.4 LCC que es un precepto imperativo, la cláusula de los intereses moratorios establecería una indemnización desproporcionada, y, por tanto, la cláusulas sería contraria a los artículos 85.6 y 87.6 y, por ello, nula de pleno derecho.

No obstante la STS de 22 de abril de 2015 ha decidido que el límite de abusividad se sitúa en dos puntos por encima de los intereses remuneratorios

por aplicación analógica del criterio del art. 576 de la LEC. Esta sentencia afirma que en España, a diferencia de lo que sucede en otros países de la Unión Europea, no existe limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores.

La STS 22 de abril de 2015 ha establecido dos reglas que me parecen mal fundadas.

(i) Son abusivos en préstamos personales intereses moratorios que excedan en dos puntos a los remuneratorios pactados. (ii) Cuando los intereses moratorios son abusivos, se deben los remuneratorios, aunque el prestamista haya dado por vencido anticipadamente el préstamo.

Esta sentencia, que se ocupa de un préstamo personal, establece un criterio que sería favorable para los deudores hipotecarios, porque el tipo de interés moratorio en muchos casos no sería superior al 5%, o incluso menor, pero curiosamente para los préstamos hipotecarios la ley (art. 114 LH reformado) ha establecido el límite de 3 veces el interés legal. El Tribunal Supremo que no está llamado a legislar, sino a decidir conforme a las fuentes del Ordenamiento, ha introducido un criterio, diverso del que resultaría de estas fuentes, pues tal como ha explicado el TJUE, el parámetro de la abusividad es el Derecho aplicable sin la cláusula y la norma dispositiva que determina el interés aplicable a la mora de las deudas de dinero es el art. 1108 CC. Si un interés moratorio se desvía en perjuicio del consumidor de una manera importante del interés legal, es abusivo. Así intereses moratorios que doblen el interés legal deberían considerarse abusivos. Habrá que recordar que tanto el art. 20.4 de la LCC como el art. 576 respecto de la mora procesal, toman como referencia el interés legal, y no como hace la sentencia el interés remuneratorio, a pesar de apoyarse en el art. 576 LEC. El art. 89.7 TR que remite al art. 19 de la LCC admite además una lectura diversa a la habitual, en el sentido de que no vuelve a regular los descubiertos en cuenta corriente, sino que se remite al límite que, para estos, establece el citado artículo<sup>58</sup>. No es una remisión al supuesto de hecho del artículo, sino a su consecuencia jurídica: el límite a los intereses moratorios en condiciones generales o cláusulas predispuestas es dos veces y media el interés legal.

La segunda regla que establece la sentencia tiene su origen en un mal entendido bastante generalizado. Si

<sup>58</sup>No es una remisión al supuesto de hecho del artículo, sino a su consecuencia jurídica: el límite a los intereses moratorios en condiciones generales o cláusulas predispuestas es dos veces y media el interés legal.

la pregunta es si un juez después de apreciar la nulidad de una cláusula, la puede moderar o integrar, la respuesta es claramente no. Otra cosa debe ser si se preguntara si un juez puede aplicar, si se le pide, el derecho que sería aplicable si no existiera la cláusula abusiva. Es decir, el derecho aplicable a un supuesto de hecho, bien por no existir una cláusula, bien por ser nula la existente.

El juez no debe auxiliar al empresario que establece condiciones abusivas, reduciendo éstas a una medida válida, ni aplicar el derecho dispositivo que resultara aplicable sin la cláusula, si el empresario ha fundamentado su pretensión en la cláusula nula, pero si el empresario no ha fundamentado su pretensión en ella, sino en el derecho aplicable sin ella, me parece claro que debe aplicar el derecho que corresponda. Esto equivale al reverso de la apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas a favor del consumidor. Es decir, si el empresario invoca una cláusula abusiva, el juez debe rechazar la pretensión, aunque con otra fundamentación fuera viable. El juez no debe auxiliar al empresario que establece la condición abusiva. Debe aplicarse la llamada teoría de la individualización de la pretensión, en vez de la teoría de la sustanciación.

Es verdad que en otros países europeos se limitan legalmente los intereses moratorios. No se entiende bien la gran diferencia con España en este punto cuando el precio del dinero lo determina el Banco Central europeo. La diferencia con Alemania es escandalosa en los préstamos a consumidores. En Alemania el interés de demora en general en contratos con consumidores importa 5 puntos sobre el interés básico conforme a los §§ 288 y 497 BGB. Este interés básico (*Basiszinssatz*) actualmente está por debajo de cero, esto es, menos 0.88, así el límite imperativo del interés de demora actualmente para contratos con consumidores es 4.12% (5–0.88 = 4.12), y en los préstamos hipotecarios 2.5 puntos – sumados, no multiplicados- a dicho interés básico conforme al § 503 BGB, por tanto, ahora 1.62% es el interés de demora en los préstamos hipotecarios a consumidores.

Sin perjuicio de reconocer que la solución de la STS de 22 de abril de 2015 es buena para los consumidores en los préstamos hipotecarios –aunque no sea la seguida por el art. 114 LH reformado- en los que los intereses remuneratorios son bajos por la competencia existente y el nivel cercano al cero del Euribor; en cambio, cuando se trata de préstamos sin garantía hipotecaria con intereses remuneratorios muy altos, sumarles dos puntos no parece una buena solución, aunque no carezca de cierta lógica. Si los intereses remuneratorios no se controlan, salvo en casos de intereses usurarios, la solución de sumarles

dos puntos puede fomentar todavía una mayor cuantía de los remuneratorios. Por otra parte, el art. 576 LEC –al que la sentencia toma como referencia para la analogía- suma dos puntos al interés legal, pero no al interés remuneratorio, como hace la sentencia, por lo que el tipo de referencia para la LEC es también el del interés legal.

Pero también es importante que la sentencia no tome en cuenta el art. 89. 7 que es el único precepto del TRLGDCU que regula las condiciones de crédito en contratos con consumidores por su remisión al límite que, para los descubiertos en cuenta corriente, contiene el art. 20.4 de la LCC.

En caso de mora, el Derecho dispositivo está contenido en el art. 1108 CC y por tanto, en principio, este es el parámetro que debe tomarse como referencia para comparar los derechos y obligaciones de las partes con los que resultan de la cláusula cuestionada.

Hay que insistir en que los derechos y obligaciones a comparar no son los de las partes entre sí, sino los derechos y obligaciones que resulten del Derecho dispositivo y los derechos y obligaciones que resulten de la cláusula en el mismo supuesto de hecho. Si no hubiera cláusula, el interés moratorio sería el interés legal. El supuesto de hecho de la mora no exige reclamación judicial, por tanto, no estamos en el supuesto de hecho de la norma de la LEC. El parámetro a tener en cuenta para juzgar si un interés moratorio es excesivo es el que deriva de la norma aplicable sin la cláusula, como ha dicho el TJUE. El art. 20.4 LCC y también el art. 89.7 TR, así como el art. 576 LEC, toman como punto de referencia ese parámetro: el interés legal. Por tanto, hay un apoyo normativo claro para tomar al interés legal como referente para comparar lo que tendría que pagar un consumidor por incurrir en mora con la cláusula y sin la cláusula.

Sobre la cuantía de los intereses moratorios en contratos con consumidores, creo que se ha pasado por alto una mejor interpretación del art. 89.7 del TR. Este artículo considera abusivas “[l]a imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el art. 20.4 de la ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo”.

La redacción de este artículo es extraña por varias razones. Primero por la falta de comas. La frase “para los descubiertos en cuenta corriente” debería ir entre comas, pero no es así. Esto sugiere que no está bien colocada. La lectura del artículo colocando esa frase en otro lugar daría una interpretación a mi juicio preferible, así: “La imposición de condiciones

*de crédito que superen los límites que se contienen en el art. 20.4 de la ley 16/ 2011 de 24 de junio, de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente”.*

Según esta lectura, la norma no regula –otra vez– los descubiertos en cuenta corriente, sino los límites de las condiciones de crédito por remisión a lo que, para los descubiertos en cuenta corriente, se establece en la ley de Crédito al Consumo.

En segundo lugar, es muy extraño que la ley general vuelva a regular lo que ya regula la ley especial y, más aún, que no añada nada y no regule otra cosa. Hay que sospechar, por tanto, que el art. 89.7 regula las condiciones de crédito por remisión al límite que, para el supuesto de descubiertos en cuenta corriente, establece la ley de Crédito al Consumo, pero que no vuelve a regular lo que ya está regulado en esta ley.

Esta es la interpretación más razonable. La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en su redacción de 1984 consideraba nulas en su art. 10.4 “[l]as condiciones abusivas de crédito” sin ulterior concreción, pero regulaba las condiciones de crédito en general. Ahora el art. 89.7 TR también regula “la imposición de condiciones de crédito....” y no los descubiertos en cuenta corriente, pero lo hace con remisión a los límites que, para éstos, establece la ley de Crédito al Consumo.

Es decir, hay en el art. 89.7 una remisión a un límite, pero no una redundante regulación de los descubiertos en cuenta corriente. El art. 89.7 pone en relación la ley general y la especial, pero no vuelve a regular lo ya regulado. Esta remisión es una remisión dinámica al contenido que en cada momento tenga el artículo correspondiente de la LCC para mantener el mismo criterio en ambas leyes.

En la doctrina alemana, que ha tratado mucho el tema de las remisiones, porque su BGB está lleno de ellas, se distinguen, además de las remisiones dinámicas y las estáticas, otras dos clases de remisiones. Un tipo es la “*Rechtsfolgenverweisungsnorm*” –norma de remisión a la consecuencia jurídica de otra norma– que es una norma que establece un determinado supuesto de hecho, pero remite a otra norma en cuanto a la consecuencia jurídica de esta, cuyos presupuestos de aplicación no son relevantes. De otro tipo es una “*Rechtsgrundverweisungsnorm*”, que es una norma de remisión que no solo se remite a la consecuencia jurídica de otra norma, sino también a sus presupuestos de aplicación, en cuyo caso para que se aplique la consecuencia jurídica, deben concurrir los presupuestos de aplicación de la norma que remite y los de la norma a los que se efectúa la remisión.

Pues bien, en mi opinión el art. 89.7 debe entenderse como una norma de remisión de la primera clase: norma de remisión a la consecuencia jurídica. Si esta conclusión se acepta, este precepto contiene un límite general para las condiciones de crédito en los contratos con consumidores y no una repetición del art. 20.4 de la LCC. En cualquier caso, creo que las Audiencias que aplicaron este precepto por analogía hallaron la norma apropiada y que este debe ser el límite máximo de los intereses moratorios en contratos con consumidores, mientras el legislador no se decida a regular mejor esta embrollada cuestión. La buena solución, además, no sería multiplicar por 2.5 sino en todo caso sumar. Si aumentase de manera sensible el tipo del interés legal, la multiplicación llevaría a límites excesivamente altos. El legislador ha complicado el problema al tratar de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios. Cuestión en la que solo diré que carece de sentido establecer un límite superior en este tipo de préstamos al fijado para descubiertos en cuenta corriente.

## V. Las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago

En el ámbito general de la autonomía privada no debiera existir duda sobre la validez y eficacia de los pactos de vencimiento anticipado<sup>59</sup>. Sin embargo, la STS 27 de marzo de 1999 se extralimitó al establecer una doctrina contraria a su validez apoyada en los arts. 1129 CC y 127 y 135 LH. Como la doctrina observó, esta sentencia fue más allá de lo necesario para resolver el caso que enjuiciaba<sup>60</sup> y obtuvo una severa crítica<sup>61</sup>. En efecto, los citados preceptos no contradicen la validez de los pactos de vencimiento anticipado, porque no se refieren a ellos ni explícita, ni implícitamente. El art. 1129 CC se refiere a los supuestos legales de vencimiento anticipado, pero no a los supuestos convencionales, ni los excluye implícitamente.

<sup>59</sup>Últimamente, L. Zumaquero, «El carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en materia de préstamos hipotecarios», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor García Amigo*, 2015, II, considera incuestionable la admisibilidad en nuestro Derecho de los pactos de vencimiento anticipado. Respecto de la prevalencia de los pactos resolutorios sobre el régimen del art. 1124 CC, ya Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid 1992, pp. 176 y ss. con jurisprudencia.

<sup>60</sup>Arija Soutullo, «Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», *La Ley*, n.º 2, 2000, pp. 1552-1557.

<sup>61</sup>Manzanares Secades, «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el ámbito de banca corporativa», *La Ley*, n.º 5, 2002, pp. 1823-1839, López Lis, M. Rivera (*RDPat* 4, 2000, pp. 433-443), L. Prats (*RDPat* 3, 1999, pp. 459-477).

Ahora bien, puede tomarse como modelo de contraste en cuanto haya que juzgar lo equilibrado de una condición general o cláusula predispuesta en contratos con consumidores, en cuanto que la existencia de una garantía suficiente es un factor importante para enervar el vencimiento anticipado. Por su parte, los citados preceptos de la ley hipotecaria solo regulan los supuestos de ejecución parcial, pero no impiden una ejecución por el total de la deuda, fundada en un pacto de vencimiento anticipado.

La LEC 2000, por el contrario, admitió en su art. 693.2 la ejecución por el total de la deuda pendiente por falta de pago de alguno de los plazos: “Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiera convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de algunos de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro”. Precepto modificado por la ley 1/2013, que ahora exige para el vencimiento anticipado por falta de pago que al menos se hayan dejado de pagar tres plazos.

Si la Sentencia del TS de 27.3.1999 se excedió al pronunciarse en contra de la validez del pacto en el ámbito general, donde rige la libertad contractual, la LEC de 2000 dio pie para que se entendiera válido sin distinciones y, por tanto, también en el ámbito de los contratos con consumidores, un pacto de vencimiento anticipado por la falta de pago de una sola cuota, lo que evidentemente no era su misión, pues no corresponde a la ley procesal determinar la validez de los pactos contractuales. No tuvo en cuenta las diferentes exigencias de validez en los diferentes sectores del Ordenamiento, concretamente la diferente entre contratos entre empresario y contratos entre empresarios y con consumidores. Ahora bien, al exigirse que el pacto esté inscrito, este defecto –o dificultad– de previsión de una norma especial para los contratos con condiciones generales entre empresarios y consumidores, hubiera podido ser subsanado por el imprescindible control de legalidad de notarios y registradores. Se debería haber interpretado que el precepto se dictaba para el caso de que el pacto fuera válido, según los diferentes supuestos, es decir, se debería interpretar con el añadido “siempre que sea válido” según las normas correspondientes. Con esta interpretación, en contratos con consumidores no se hubiera podido ejecutar por la totalidad por el impago de una sola cuota. Como veremos después, por diversas causas este debido control de legalidad ha encontrado dificultades y trabas injustificadas.

Tanto la STS 27.3.1999 como la LEC en 2000 se pronunciaron sobre el tema sin distinguir y se pasó de la nulidad por ser contrarios a la ley, según la

sentencia, a la admisibilidad de un vencimiento anticipado del total de la deuda por el impago de una sola cuota con el apoyo indebido de la ley procesal (art. 693.2 LEC). El art. 12 LH, reformado en 2007, contribuyó –en su interpretación por la Dirección general de los Registros y del Notariado hasta octubre de 2010– a la desprotección de los deudores hipotecarios frente a los pactos de vencimiento anticipado al reprimir el control de legalidad por parte de los Registradores de la Propiedad.

Como ya se ha expuesto, una de las claves más importantes para comprender el régimen jurídico de las cláusulas abusivas es entender el papel que el Derecho dispositivo cumple en el Derecho de Contratos.

En el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado, la norma dispositiva aplicable, si no existiera la cláusula, es el art. 1129 CC en cuanto a los supuestos que contempla –básicamente disminución de garantías y de la solvencia del deudor– y al criterio que proporciona en el sentido de que la existencia de una garantía suficiente excluye el vencimiento anticipado.

Pero los casos de incumplimiento por falta de pago no encuentran aquí su modelo de referencia, sino que este debe ser hallado en el artículo 1124 CC pues es el que regula la resolución por incumplimiento que presenta si no identidad, sí analogía con el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones. Con arreglo a este criterio, será abusiva una cláusula de vencimiento anticipado si el incumplimiento al que se refiere no es un incumplimiento grave que autorizaría una resolución por incumplimiento.

El art. 1504 CC en cuanto excluye el efecto automático de una condición resolutoria explícita por falta de pago, debe también aplicarse por analogía. La *Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)* establece respecto de la cláusula de vencimiento anticipado en el apartado 73 que “En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del

préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

Esta sentencia, confirma el criterio que ya se había sostenido en nuestra mejor doctrina<sup>62</sup> y desautoriza el de la STS 16.12.2009 que había considerado suficiente, para provocar el vencimiento anticipado, la falta de pago de una sola cuota con invocación de la autonomía de la voluntad. La sentencia del TJUE también desacreditó la interpretación literal del art. 693.2 LEC aplicada a los préstamos a consumidores. El legislador se ha visto obligado a reformar este precepto, pero se ha quedado corto en la protección de los consumidores, porque un incumplimiento de tres cuotas en un préstamo a 20 o 30 años generalmente no representará un incumplimiento grave.

Hubiera sido preferible tomar en cuenta un tanto por ciento respecto del importe total del préstamo<sup>63</sup> y la duración del contrato. Tampoco el legislador ha acertado al no establecer un régimen especial para los préstamos en los que la hipoteca que los garantiza recaiga sobre la vivienda, salvo en cuanto a la posibilidad de liberar el bien por pago de las cantidades adeudadas. El legislador debía haber regulado el vencimiento anticipado desde un punto de vista sustantivo de manera diferenciada para los préstamos hipotecarios a consumidores y no en la LEC, sino en el Código civil o en el TRLGDCU. La ley procesal puede establecer requisitos procesales de admisibilidad de la demanda ejecutiva, sin perjuicio de que el deudor pueda oponer causas de nulidad del título ejecutivo distintas. En cualquier caso, la norma

<sup>62</sup>Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991.

<sup>63</sup>En el Derecho alemán se exige para el vencimiento anticipado en contratos de préstamo a consumidores que las cuotas impagadas sean dos o más sucesivas y superen el 10% del importe total del préstamo, salvo que el préstamo sea superior a tres años en cuyo caso basta el 5%. (§498 BGB). En los préstamos con garantía inmobiliaria, sin embargo, además de dos cuotas sucesivas impagadas en preciso que superen el 2,5% del importe total del préstamo (§ 503 BGB). Tres cuotas impagadas de un préstamo a 30 años por un capital de 300.000 euros al 4% darían por resultado 4296 euros, mientras que en las mismas condiciones según el Derecho alemán haría falta el impago de 7500 euros para dar por vencido el préstamo, aunque la diferencia no es espectacular, sí lo es, como ya hemos visto, en cuanto a los intereses moratorios que se devengan desde el vencimiento anticipado, que según el mismo § 503 son 2 puntos y medio sumados al Basiszinsatz que en la actualidad importa – 0,88, un deudor hipotecario consumidor alemán paga en estos momentos por intereses moratorios 1,62% ( $2,5 - 0,88 = 1,62$ ). El auto del juzgado de primera instancia n.º 1 de Fuenlabrada de 14 de julio de 2014 (La Ley 92186/2014) contiene una erudita exposición de Derecho comparado sobre el vencimiento anticipado,

procesal se debe entender subordinada siempre a que la cláusula sea válida según el Derecho sustantivo aplicable.

El lugar para regular los requisitos de validez del vencimiento anticipado no es la ley de enjuiciamiento civil, sino el Código civil, cuya parca regulación del contrato de préstamo exige una renovación.

Pero el problema no consiste solo en que el deudor tenga que devolver inmediatamente la totalidad de la deuda, sino en qué condiciones deba hacerlo, porque vencido anticipadamente el préstamo incurre en mora del total importe del préstamo y tiene que devolverlo a unos intereses también abusivos. Hay que censurar duramente al legislador que haya establecido unos límites excesivamente generosos en favor de las entidades financieras, al fijar el límite imperativo de estos intereses en tres veces el legal del dinero<sup>64</sup> para los préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual. El legislador ha olvidado que existe un control de validez especial por razón de ser la cláusula una condición general o cláusula predisposta por el empresario. Cuando se trata de contenidos impuestos –condiciones generales o cláusulas predispostas– en contratos entre empresarios y consumidores, además de los límites generales aplicables a todos los contratos, existe otro límite más allá del general. El legislador parece que no se ha enterado de que contenidos válidos en cláusulas negociadas individualmente, pueden no serlo en las cláusulas predispostas por el empresario.

Las consecuencias del vencimiento anticipado en un contrato de préstamo no pueden ser otras que la exigibilidad del importe del préstamo y los intereses vencidos hasta el momento en que el acreedor lo

<sup>64</sup>Art. 114 LH reformado por la Ley 1/2013: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad al 15 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor de la citada Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la fecha indicada, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad.

haga valer, lo notifique al deudor y expire el plazo que le haya dado para el pago de la deuda pendiente. No se debe admitir como válida una cláusula de vencimiento anticipado que pretenda operar automáticamente sin cumplir estos requisitos (argumento *ex analogía* art. 1504 CC).

A partir de aquí el deudor entrara en mora respecto de la cantidad total del préstamo que reste por pagar, es decir, por una cantidad muy diversa de la prevista contractualmente para ese tiempo. El deudor que no ha podido pagar algunas cuotas, y por ello ha incurrido en mora respecto de ellas, por el vencimiento anticipado incurre en mora del resto del préstamo que le queda por pagar. Ya no deberá sólo los intereses moratorios de las cuotas impagadas, sino también los intereses de la cantidad total del préstamo vencido anticipadamente.

Antonio M. Morales, que se ha ocupado del tema recientemente<sup>65</sup>, ha destacado que, aunque no exista vencimiento anticipado o no se haga uso de él, la ejecución parcial no es más favorable para el deudor, porque también perderá la vivienda, si no hace frente a las cuotas impagadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no solo está en juego que el deudor conserve la vivienda, sino también que no quede con una deuda desmesurada que en ocasiones puede calificarse de usuraria.

Hay que observar que, en caso de ejecución parcial, al no vencer anticipadamente el préstamo, se producen consecuencias más favorables al deudor, porque el préstamo mantiene sus plazos y sus tipos de interés, el deudor recibirá el sobrante, después de reintegrado el acreedor por las cuotas impagadas, y mantendrá una deuda a los tipos de interés ordinarios y no de demora.

Si el acreedor se adjudicara la vivienda, en este supuesto, se extinguiría la hipoteca, se produciría una disminución del importe del préstamo, y aunque esta disminución no fuera total, el deudor, al menos, mantendría una deuda personal por el resto con unos tipos de interés muy inferiores a los moratorios. No creo que al acreedor le interesa la vía de la ejecución parcial. Si un tercero se adjudica la vivienda, debe asumir la carga de la hipoteca (arts. 693 LEC y 127 LH), y deberá descontarse el importe de la deuda del precio del remate, por lo que hay más posibilidades de encontrar en la subasta un postor interesado, ya que podrá afrontar la adquisición de la vivienda pagándola en los plazos del préstamo, además de pagar el importe de las cuotas impagadas por el

deudor. El deudor, aunque pierda la vivienda, quedará en una situación más favorable.

En el supuesto en que venza anticipadamente el préstamo, si los intereses moratorios son abusivos tal como suelen serlo, habrá que precisar qué intereses se deberán hasta el pago de la deuda pendiente. Como es sabido, el error de nuestro legislador que facultaba al juez para moderar la cláusula nula –en el art. 83 TR– ha tenido que ser corregido por una nueva redacción del mismo, pero la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 volvió a incurrir en el error de permitir un nuevo cálculo de los intereses, porque en definitiva supone una moderación de la cláusula nula.

Nuestro legislador, en el primitivo artículo 83 TRLGDCU, no entendió que el control de las cláusulas abusivas no es un control judicial de equidad, sino de legalidad, esto es un control que efectúa la ley, y los jueces aplican, y que las llamadas cláusulas abusivas no son otra cosa que cláusulas nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas por disposición de la ley. Las quizás mal llamadas cláusulas abusivas no son otra cosa que cláusulas nulas, porque han sido impuestas y porque contradicen determinadas normas protectoras de los consumidores por razón del procedimiento contractual empleado por el empresario predisponente. No son cláusulas cuya nulidad dependa de una decisión judicial, ni siquiera de una decisión del pleno del Tribunal supremo, son nulas por contrarias a la ley. El Tribunal Supremo no es un órgano legislativo, no puede dictar normas con carácter general. La ley a la que las cláusulas abusivas contradicen también es imperativa en este ámbito, aunque en otro sea dispositiva (art. 86 TR). Esto es algo que algunos y algunas resoluciones de la DGRN todavía parecen no entender.

Cuando se trata de los préstamos hipotecarios y de las cláusulas de vencimiento anticipado u otras, si son nulas, no se podrá emplear el procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque se invoquen otros fundamentos del derecho del ejecutante, porque ha de procederse conforme a los datos que consten en el asiento de inscripción (art. 130 LH) y esos otros fundamentos, no constan<sup>66</sup>.

El acreedor que apoya su pretensión en una cláusula abusiva de vencimiento anticipado carece de título ejecutivo porque la nulidad es de pleno derecho, ha de apreciarse de oficio y la inscripción no convalida los actos nulos. Por consiguiente, aunque espere a que el deudor deje de pagar más de tres cuotas para proceder a la ejecución, carece de título ejecutivo y

<sup>65</sup>«El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Jose María Miquel*, II, 2014, pp. 1957 y ss.

<sup>66</sup>En sentido semejante, Morales, *Estudios*, cit. p. 1987.

deberá acudir al procedimiento declarativo para obtenerlo y poder ejecutar por la totalidad de la deuda pendiente de pago. Es decir, deberá obtener un título ejecutivo judicial, esto es, una sentencia en la que se condene al deudor a pagar anticipadamente.

En este sentido, el auto de la AP de Valencia (Sección 11.<sup>a</sup>) de 15.10.2014<sup>67</sup>:

“Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el T.S.J.U.E cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar su consecuencias sino tenerla por no puesta.

Fundada, pues, la reclamación del Sr Octavio en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por abusivo, se ha de rechazar la demanda planteada con sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria de que se trata, sin perjuicio de que por el actor ejecutante se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable ejecutado”.

<sup>67</sup>La cláusula cuestionada era de este tenor: «No obstante el plazo convenido para la duración del presente contrato, el acreedor podrá declarar vencida la obligación y proceder contra la finca hipotecada y/o simultáneamente contra el deudor si se incumplieran por el mismo cualquiera de las obligaciones contraídas en este documento, y especialmente:... Ante el impago de dos o más cuotas en las cuantías, plazos y fechas estipuladas para ello, en el presente...”.

El auto argumentó: Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de convenir, con el criterio mantenido por la Sección Séptima (S. 16-6-14....) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (S 2-6-14 y Aa 22-4-14, 28-7-14, 24-9-14) que la misma es inaplicable por abusiva, ya que es contraria a los criterios legales anteriormente aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello no sólo porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación del prestatario, sino también del impago de dos de las cuotas, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su voluntad ante el impago dos cuota. Posibilidad ésta que solo se presenta como factible ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el art. 693.2 de la LEC en su redacción por Ley 1/2013, que si bien no es aplicable directamente al caso, sí sirve de pauta legal orientativa.

En cambio en un juicio declarativo, la *Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>) 11 septiembre de 2014, (PROV 2014, 272560)*: “... la nulidad por abusiva de la cláusula contractual no afecta a la pretensión articulada en la demanda porque la entidad financiera no resolvió anticipadamente el contrato ante el impago de una cuota mensual sino que la liquidación del contrato y la notificación del saldo deudor (noviembre del 2010), fecha en la que ha de considerarse que se produce el vencimiento anticipado del contrato, los prestatarios habían dejado de abonar ya casi ocho cuotas de amortización del préstamo, lo que evidentemente representa un incumplimiento grave y esencial justificativo de la resolución contractual, productor de las mismas consecuencias que si de vencimiento anticipado habláramos. Es decir, la nulidad de la cláusula indicada no afecta a la pretensión de condena deducida en la demanda porque la resolución del contrato instada por la entidad financiera está basada en la continuada falta de pago de las cuotas de amortización, y ello, con independencia de aquélla, representa un incumplimiento grave de las obligaciones de la demandada justificativo de la resolución instada por la entidad financiera”.

En este caso no se trataba de un procedimiento de ejecución hipotecaria, sino de un declarativo, en el que al parecer la parte demandante fundaba su reclamación no en la cláusula abusiva de vencimiento anticipado, sino en el incumplimiento del deudor. La cuestión es distinta a la que se presenta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, porque aquí la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado del título ejecutivo, impide la ejecución por las cantidades no vencidas.

Por auto de 8 de febrero de 2017 el Tribunal Supremo plantea una cuestión prejudicial y pregunta al TJUE: ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para –una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria– poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?

Se puede observar que existe un problema muy grave para que el Tribunal Supremo ahora formule esta pregunta, porque el Tribunal Supremo en sentencias

de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 sostuvo ya la doctrina que ahora cuestiona.

En efecto, algunos jueces, que discrepan de estas dos sentencias del Supremo, han presentado sendas cuestiones prejudiciales al TJUE. El Supremo en el auto citado más que plantear una duda, defiende su doctrina frente a las cuestiones planteadas por los jueces. En las sentencias citadas del Supremo, además existe un voto particular del magistrado Orduña, que sostiene, a mi juicio con razón, que tal doctrina conculta el art. 24 de la Constitución española. En efecto, la continuación de un procedimiento de ejecución, si la cláusula del título ejecutivo –en la que se fundamenta la ejecución– es nula, priva al deudor de la tutela judicial efectiva y es, por tanto, contraria al artículo 24 de la CE, además de contradecir el Derecho de la Unión europea. También contradice la LEC, porque no se puede ejecutar sin un título ejecutivo válido. Si la cláusula de vencimiento anticipado es nula, se puede ejecutar, pero obviamente solo por la cantidad vencida. Para que se produzca el vencimiento anticipado, el acreedor tendrá que obtener una sentencia en un declarativo en el que se dirima si ha habido un incumplimiento del deudor suficiente para provocarlo.

Los graves problemas a los que el Tribunal Supremo ha intentado indebidamente poner remedio con estas sentencias, no hubieran surgido si no se hubiera introducido en 2007 una norma profundamente perturbadora del sistema hipotecario español, como es el artículo 12.2 LH. La interpretación que hizo la DGRN hasta octubre de 2010 ha dado como resultado la caótica situación actual.

El párrafo dos del artículo 12 LH modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario dispone:

“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

Este precepto es el resultado de una influencia de diversos grupos de presión entre los cuales figuraban las entidades financieras<sup>68</sup>. Es un precepto nefasto

con el que algunos de los citados grupos de presión intentaron eliminar el control de legalidad que incumbe a los registradores de la propiedad sobre la inscripción de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, con la coartada de unificar la diversidad de criterios. El choque de diversos puntos de vista dio por resultado un pequeño galimatías<sup>69</sup>.

Esta norma ha tenido malas consecuencias, pues la ejecución hipotecaria directa se produce en virtud de un título ejecutivo extrajudicial, la escritura pública, y los datos que consten en la inscripción registral (art. 130 LH<sup>70</sup>). El privilegio citado en favor de esas entidades financieras, que consiste en cercenar las facultades calificadoras que al registrador corresponden en virtud del art. 18 LH<sup>71</sup>, ha perjudicado notablemente a los deudores hipotecarios<sup>72</sup>.

---

inscribibles los pactos de vencimiento anticipado cuando el prestamista es una entidad financiera (en A. Carrasco y otros, *Tratado de los derechos de garantía*, II, 3.<sup>a</sup>, 1059), ignoro en que se funda. Lo que ha tratado el art. 12 LH es de favorecer a las entidades financieras eliminando el control de legalidad de los registradores. No se debe olvidar el art. 18 LH que establece el control de legalidad que le incumbe al registrador de la propiedad. El art. 18 LH es el principio general, el art. 12 LH es un intento de que accedan al Registro de la Propiedad contenidos inadmisibles o no, pero en todo caso cercenando las facultades calificadoras del registrador.

El art. 12 LH no puede entenderse más que por la presión de los Bancos descontentos por el control preventivo de legalidad de sus préstamos que efectuaban los registradores. Jurídicamente es un auténtico esperpento, que ha propiciado inscripciones de cláusulas abusivas en perjuicio de los deudores hipotecarios. En la comisión que se constituyó en el Ministerio de Justicia en 2005 estaba representada la Asociación Hipotecaria Española, integrada por las entidades financieras a las que alude el precepto, pero por ninguna asociación de consumidores. La propuesta que salió de esta comisión, que finalmente fue modificada, imponía a los registradores inscribir las condiciones del préstamo tal como aparecieran en la escritura.

<sup>68</sup>Celestino Pardo y Nicolás Nogueroles, «Las causas de vencimiento anticipado», *Diario la Ley*, n.º 7293, 17 noviembre 2009, comienzan su exposición parodiándolo.

<sup>70</sup>Art. 130 LH: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

<sup>71</sup>Art. 18 LH: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

<sup>72</sup>Díaz Fraile, J.M., «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013», en *La Ley Unión Europea*, n.º 5, junio 2013: «Esta ausencia forzada de calificación registral de las cláusulas financieras no produjo aparentemente ningún efecto inmediato en la seguridad del tráfico, pero se reveló como un grave error en el momento en que comienzan a dispararse las ejecuciones hipotecarias». Naturalmente, fue un

---

<sup>68</sup>Es un privilegio de las entidades financieras, no una norma general sobre el control de legalidad de los préstamos hipotecarios. E. Cordero señala, que, según la DGRN, solo son

Hasta la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz, no se hecho tan patente, pública y notoria la indefensión en que se encontraban los deudores en la ejecución hipotecaria ante cláusulas abusivas.

Las innumerables y dramáticas ejecuciones de hipotecas sobre viviendas y la citada sentencia del TJUE han avisado y alarmado a la opinión pública sobre la existencia de abusos de las entidades financieras, que no provocaban antes tanta atención, pero el error cometido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario, no ha sido subsanado todavía, como es de rigor. Solamente desde la RDGRN de 1 de octubre de 2010 se ha intentado paliar el despropósito cometido.

Es inexplicable que se olvidara que la ejecución hipotecaria directa se produce en virtud de un título ejecutivo extrajudicial, y que no hay hipoteca sin escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Como se ha dicho, con razón, lo limitado “de la oposición a la ejecución de títulos no judiciales está relacionado con el grado de fehaciencia del documento que acredita la procedencia del despacho de la ejecución y con el control de legalidad del fedatario sobre su forma de otorgamiento y su contenido. La combinación de ambos factores – fehaciencia y control de legalidad– es lo que condiciona, en última instancia, las posibilidades de defensa del deudor frente a la ejecución despachada contra él con base en el documento presentado por el acreedor”<sup>73</sup>.

No obstante, hay que decir que el problema ciertamente es anterior a la ley de 2007, pues ésta consagró legalmente una doctrina que ya había adoptado la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>74</sup>, claramente formulada en su desdichada resolución de 19.4.2006, que negó tan categórica como erróneamente el control de legalidad a los registradores en esta materia, sin tener en cuenta que las leyes de defensa de los consumidores merecen el mismo respeto que cualquier otra norma, y lo hizo con palmario desprecio de las normas y principios del Derecho de la Unión europea, de la LGDCU y de la Constitución española (art. 51). Lo expresó así:

“Segunda, debe destacarse que los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas, que vedarían su acceso al registro a

grave error que ya no ha podido pasar desapercibido para la generalidad de los expertos”.

<sup>73</sup>Sánchez López, B./Díez-Picazo Giménez, I., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por Menéndez y Díez-Picazo y coordinados por Alfaro, 2002, p. 505.

<sup>74</sup>Antes de la Directiva de 1993, la Dirección General de los Registros y del Notariado ya mantuvo un criterio restrictivo respecto del control registral de las condiciones generales.

juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de defensa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación” –Leyes 26/1984, de 19 de julio, y Ley 7/1998, de 13 de abril.

Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad.

Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el Registrador por las razones que a continuación se señalan.

En mi comentario al art. 84 TR-LGDCU y en otros trabajos anteriores<sup>75</sup>, ya argumenté lo erróneo de esta doctrina, que ha favorecido la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas. El texto de la Directiva no puede ser más claro: las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor (art. 6). Lo que significa que no es precisa una sentencia que declare la nulidad, como ha dicho la STJUE de 4 de junio de 2009, caso Pannon, C 243/08: “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. La LGDCU 1984 en su art. 10.4 ya decía que las cláusulas, condiciones y estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas y lo mismo el art. 10 bis.2 de la redacción de 1998. Lo repite el art. 83 TR-LGDCU.

Si una cláusula contractual es nula de pleno derecho y se tiene por no puesta, no debe ingresar en el Registro de la propiedad.

Lo grave de la doctrina de esta resolución, y de las que la siguieron en el mismo sentido<sup>76</sup>, es que ignora:

- que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho con las consecuencias de este tipo de

<sup>75</sup>Miquel, J.M., «Comentario al art. 84 TR-LGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (dir.), Madrid 2011, pp. 768-788. También en «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Jesús Delgado Echeverría (coord.), 2007, pp. 193-223.

<sup>76</sup>Especialmente censurable es la resolución de 24 de julio 2008, que repite errónea e imprudentemente que el control de legalidad que incumbe al Registrador es «un claro entrometimiento en el ámbito del control judicial, pues el Registrador no puede hacer ese tipo de pronunciamientos, que sólo competen a un Juez».

ineficacia y 2. que las normas de protección de los consumidores son también de estricta observancia.

La resolución ignoró también de manera sorprendente la función calificadora del registrador. Con razón, dijo hace mucho tiempo De Castro: “La nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes *significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación*” (*Derecho Civil de España*, 1949, I, p. 539). El mismo De Castro repitió años después la misma idea: “la inefficacia del negocio nulo se produce ipso iure, por sí misma y sin necesidad de la intervención judicial” (*El negocio jurídico*, 1971, p. 475). Si estas ideas elementales y esenciales se tuvieran en cuenta, se evitarían muchos errores. Pero desgraciadamente se sigue diciendo por muchos y al máximo nivel institucional que los funcionarios no pueden apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas, pues solo los jueces pueden declarar su nulidad. El error consiste en que la nulidad de pleno derecho no necesita declaración judicial y en que los funcionarios también aplican la ley y el Derecho (art. 103.1 CE). Afortunadamente la Dirección general rectificó desde el 1.10.2010 la nefasta doctrina de la resolución de 19.4.2006 y de las que la siguieron, como la resolución de 24 de julio de 2008.

Ya antes de esta rectificación, la ley 29.3.2009 en su artículo 18 había desautorizado afortunadamente de manera general tanto la citada doctrina de la DGRN como la de la STS de 20.5.2008 (sala 3<sup>a</sup>). Dispone este precepto en su primera parte:

“1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su *deber genérico de control de legalidad* de los actos y negocios que autorizan, los Notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

No obstante, este artículo en su número 2, b, 3.<sup>º</sup> se remite al desafortunado art. 84 TR:

“El Notario advertirá...: 3º. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y

otras Leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto”.

Esta remisión al art. 84 TR parece poco adecuada, pues no puede entenderse que el control de legalidad que el mismo artículo 18 de esta Ley 2/2009 reconoce a Notarios y Registradores desaparezca o se limite por el art. 84 TR cuando se trata de la protección de consumidores. Como se ha observado, además el art. 1 de la propia ley impone la aplicación de la norma más favorable a los consumidores.

En mi opinión, esta Ley, a pesar de esa específica remisión al art. 84 TR y “a otras Leyes complementarias” desautoriza claramente la interpretación de los artículos 10.6 LGDCU (hoy 84 TR) y 258.2 LH efectuada por la DGRN (especialmente por la R. 19.4.2006 y otras que la siguen) y alguna doctrina, que parte de la errónea idea de que una nulidad de pleno derecho, como es la establecida por los artículos 8 LCGC y 83.1 TR, sólo puede ser apreciada por los jueces y queda fuera del control de legalidad de los Registradores. Esta ley, como hemos visto, también desautoriza la errónea doctrina de la STS 28.5.2008 (sala 3<sup>a</sup>) sobre el control notarial de legalidad. Sin embargo, la STS de la sala tercera de 7 de marzo de 2016 ha insistido en la misma doctrina y ha anulado los apartados 3 y 4 del art. 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de los servicios bancarios. Esta sentencia ha descartado que el art. 18 de la ley citada 2/2009 preste cobertura al control de legalidad notarial de los préstamos hipotecarios en los que el prestamista sea una entidad bancaria, aunque ese control proceda para los demás acreedores.

Especialmente lúcida fue la SAP Tarragona 2011 que revocó la citada resolución de 24 de julio de 2008. Con razón afirmó esta sentencia: “resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la L.H. no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”. Consideró también que para el acceso al Registro de “cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador”.

La STS 13.09.2013 (RJ 2013, 7856) casó esta sentencia por falta de legitimación de la registradora para recurrir la resolución de la Dirección General,

pero a pesar de reconocer que el tenor literal del artículo apoyaba la decisión de la resolución impugnada, empleó un conjunto de fuertes argumentos en favor de la competencia de la registradora para calificar el pacto de vencimiento anticipado<sup>77</sup>:

“Sin embargo, es lo cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único a ella referido. Así, la *Ley 2/2009, de 31 de marzo (RCL 2009, 697)*, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de los notarios y registradores, que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en la propia Ley. Así también los apartados 1 de los *artículos 552 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)*, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución.

En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al referido elemento sistemático de interpretación.

Finalmente, no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos “apud acta”, las cuales se imponen de una manera inmediata; entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su

colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos.

Sucede que ésta es la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos”. La DGRN, que como ya se ha dicho rectificó a partir de octubre de 2010, afortunadamente ha consolidado su doctrina. La RDGRN de 3 de febrero de 2015 reconoce claramente la importancia del control de legalidad de notarios y registradores en esta materia: “Una conclusión que, por lo demás, se refuerza si nos atenemos a la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios. No hay que olvidar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, en efecto, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, comprende a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– tal y como puso de manifiesto la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, la disposición de instrumentos, esto es, “medios adecuados y eficaces” para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

Se acepta, por tanto, finalmente por la DGRN la buena doctrina defendida desde 1949 por F. De Castro relativa al control de legalidad que incumbe a notarios y registradores.

En cuanto a la cuestión consistente en determinar qué cláusulas de vencimiento son inscribibles, el problema del control registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios es anterior a la ley de 2007, ya el notario De Prada en 1989 en el marco de una polémica con el registrador García García, sostenía

<sup>77</sup>«I. En un sistema registral de desenvolvimiento técnico, como es el español, en el que los asientos producen efectos sustantivos –en unos casos, constitutivos, en otros, legitimadores del titular inscrito y, de darse ciertas circunstancias, del tercero que adquirió confiado en el contenido del registro–, además de importantes efectos propiamente registrales –la inscripción cancela las contradictorias y cierra el acceso a los títulos que lo sean con el derecho publicado, salvo consentimiento del titular o decisión judicial– y en el que, una vez practicados, los asientos quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todas sus consecuencias mientras no se declare la inexactitud –artículo 1 de la Ley Hipotecaria–, resulta esencial el principio de legalidad, en cuanto excluyente de la posibilidad de registrar títulos que no sean perfectos y válidos, material y formalmente”.

que en todos los supuestos en que el pacto sea válido deberá ser inscribible.

Esta opinión no distingue entre los efectos obligacionales y los jurídicos reales, no tiene en cuenta que el Registro de la Propiedad es una institución que contempla los intereses de terceros y que la hipoteca sujeta los bienes sobre los que se impone cualquiera que sea su poseedor (art. 104 LH). La transmisión de la finca hipotecada sujetará al adquirente a la responsabilidad que la hipoteca garantiza, pero no le constituye en deudor, a no ser que el acreedor consienta la asunción de la deuda. Por la aparición de un tercer poseedor, se produce una disociación entre la deuda y la responsabilidad hipotecaria, porque de la obligación personal responde el deudor con todo su patrimonio, mientras que la responsabilidad real que pesa sobre la finca por la hipoteca, recae sobre el tercer poseedor.

En este ámbito nos encontramos ya en la esfera de los derechos reales y, por tanto, fuera del propio del derecho de obligaciones, que despliega sus efectos inter partes (art. 1257 CC) y en el que impera la libertad contractual. En el terreno de los derechos reales hace su aparición el interés de los terceros, que es coincidente con el interés público en la circulación de los bienes. La autonomía privada se ve limitada por estas razones.

Cuando entramos en el ámbito de la publicidad registral, esto es el ámbito de la inscripción del pacto en el Registro de la propiedad, la cuestión pasa a ser un problema de terceros, especialmente de los adquirentes ulteriores de la finca hipotecada, esto es de los terceros poseedores. Aquí ya no basta que el pacto sea válido y que no sea abusivo, aquí se trata de inscribir o no inscribir pactos en relación con su trascendencia jurídico real. Están en juego ahora cuestiones diversas de la autonomía privada y de la protección de los consumidores, ahora lo que está en juego son los valores de la protección del tráfico inmobiliario, la libre circulación de los inmuebles. La idea central que nos puede guiar en este tema, no es desde luego el art. 12 LH. La idea central debe partir de si la causa del vencimiento anticipado está dentro la esfera de responsabilidad y correlativo control del tercero o no.

La discusión no debe ser si las causas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario tienen o no trascendencia real, porque es obvio que la tienen si determinan la posibilidad de ejecución de la hipoteca, que es un derecho real que sigue a la cosa cualquiera que sea su poseedor (art. 104LH)<sup>78</sup>. Por tanto, el

problema es qué pactos de vencimiento anticipado deben afectar al tercer poseedor y por tanto ser inscribibles y qué pactos no deben afectar al tercer poseedor y por ello quedar fuera del Registro.

Aquí lo que hay que decidir es frente a qué vencimientos anticipados del préstamo debe quedar a salvo el tercer poseedor. Formulado de otra manera que pactos deben tener trascendencia real y qué pactos no la deben tener. Lo que está en juego es la protección de la circulación de los inmuebles sin impedimentos. Debe partirse de que, a pesar de doctrina del *numerus apertus* de los derechos reales, que dicho sea de paso es muy discutible, la autonomía privada regula intereses de las partes (art. 1257 CC) y tiene sus fronteras en la esfera jurídica de las mismas, de manera que para establecer una reglamentación que alcance a terceros debe tener una causa valorada positivamente por el Ordenamiento. Tampoco debe olvidarse que el tercero poseedor es tal, porque no ha asumido la obligación, es decir es tercero en tanto no es deudor personal.

El problema consiste en que el tercero debe poder adquirir una finca sin más responsabilidades que las derivadas de la obligación, que habrá asumido internamente con el deudor, y de la conservación de la finca hipotecada, de tal manera que la hipoteca no pueda ser ejecutada por hechos que ni se refieran a la finca hipotecada, ni a la obligación garantizada, es decir, por hechos ajenos a su ámbito de control y responsabilidad. De esta manera, se debe negar la inscripción a los pactos de vencimiento anticipado que se refieran a la solvencia o conducta del deudor. Estos pactos solamente pueden hacerse valer inter partes. El tercer poseedor no es deudor. Tampoco pueden desencadenar el vencimiento anticipado las causas que no disminuyan la garantía que ofrece la finca hipotecada. Sí, las que se refieran al cumplimiento de obligaciones que el tercer poseedor pueda cumplir, que aunque no las haya asumido frente al acreedor, si las habrá asumido regularmente frente al deudor. También, aunque no las hubiera asumido frente a éste, por no haber descontado el importe de la hipoteca, (art. 118 LH) siempre está en la esfera de su control pagarlas y evitar la ejecución. La idea básica debe ser que aquellas causas de vencimiento que se refieran al incumplimiento de la

2009, sobre la trascendencia real de las causas de vencimiento anticipado dicen: «es indiscutible que el vencimiento anticipado, por una de las causas previstas en la hipoteca, debe precipitar la ejecución hipotecaria con todos los privilegios de que goza la acción real (reiperecutoriedad y prelación, por un lado, y por otro, prohibición de tercerías, de acumulación y de suspensión por muerte del deudor o del tercer poseedor). No cabe, por tanto, duda de que las causas de vencimiento anticipado, mientras no se diga lo contrario, tendrán inevitablemente, si llegan a inscribirse, eficacia real».

<sup>78</sup>Celestino Pardo y Nicolás Nogueroles, «Las causas de vencimiento anticipado», *Diario la Ley*, n.º 7293, 17 noviembre

obligación garantizada y a la finca hipotecada pueden tener trascendencia real porque están dentro de la esfera de responsabilidad y control del tercer poseedor.

El artículo 12 LH es contradictorio en cuanto pretende excluir de calificación a las cláusulas de vencimiento anticipado al mismo tiempo que ha de reconocer que el registrador debe calificar las de trascendencia real, cuando las de vencimiento anticipado tienen trascendencia real si se inscriben. Para evitar la calificación, a alguien se le debió ocurrir, pues que no inscriban, que se hagan constar en el asiento de inscripción a efectos de mera noticia...pero con la vista puesta en el art. 130 LH: “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”. Se trata de un subterfugio curioso: no se inscriben, pero se hacen constar, pero ello basta para cumplir con el art. 130 LH, con lo que puede ejecutarse la hipoteca en caso de vencimiento anticipado contra todo tercero, pero como *no tienen trascendencia real* no se califican. Los promotores de este desgraciado artículo creo que son de dos tipos: unos que no se enteraban o no se querían enterar de las nefastas consecuencias que tendría y otros muy conscientes del beneficio inmediato que obtendrían con la ausencia de control de legalidad, pero absolutamente imprudentes, porque no contaron con la existencia del Derecho europeo. Las entidades financieras que promovieron este artículo tiraron piedras contra su propio tejado, que es el de la seguridad jurídica.

Canals Brage en un artículo escrito poco antes de la reforma del artículo 12 LH en 2007 con el título “El incierto porvenir de la hipoteca en España”<sup>79</sup> apuntaba proféticamente que el nuevo art. 12 LH debería tener razonablemente su repercusión en las causas de oposición del deudor en el proceso ejecutivo. La profecía se ha cumplido, pero gracias al TJUE que obligó a introducir como nueva causa de oposición el carácter abusivo de las cláusulas del título ejecutivo inscritas. El incierto porvenir de la hipoteca se pronosticó ya en 2007, pero obviamente no por la jurisprudencia del TJUE, sino por el desgraciado art. 12.2 LH. Este esperpento solo tiene una solución, su derogación.



\*\* Catedrático emérito de Derecho Civil de la UAM

<sup>79</sup>«El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)», Diario La Ley, n.º 6691, Año XXVIII, 12 de abril de 2007.

## Aktuelles Steuerrecht

Frank Müller\*

### I. Wiedereinführung der Mehrwertsteuer im EU – Warenverkehr

Mit Pressemitteilung vom 4.10.2017 informiert die EU-Kommission über ihren Legislativvorschlag für ein neues und endgültiges Mehrwertsteuersystem in der EU, das sie nun den Mitgliedstaaten im Rat zur Zustimmung vorlegt. Der aktuell von der Mehrwertsteuer befreite Handel zwischen Unternehmen der EU verleite manche skrupellose Unternehmer die Mehrwertsteuer einzuziehen und dann zu verschwinden, ohne diese ordentlich an den Staat abzuführen. Daher soll es zur Wiedereinführung der Mehrwertsteuer im EU-Warenverkehr zwischen Unternehmen kommen.

Die Kommission teilt mit, die Mehrwertsteuer sei eine bedeutende und wachsende Quelle öffentlicher Einnahmen in der EU, die sich 2015 auf über 1 Billion EUR beliefen, was 7 % des BIP der EU entspreche. Von diesem Betrag seien im Jahr 2014 159.5 Mrd. Euro an Umsatzsteuereinnahmen, zu einem erheblichen Teil durch Steuerbetrug, verloren gegangen. Die kurzfristig angelegten Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Betrugs seien angelaufen, aktuelle Zahlen zeigten jedoch, dass tiefer greifende Reformen erforderlich sind.

Der zuständige Kommissar erklärte, dies sei nicht hinnehmbar und das derzeitige System beklagenswert schlecht geeignet, um gegen Probleme wie Umsatzsteuerbetrug und Fehlkalkulationen vorzugehen. Die Mitgliedstaaten müssten sich nun rasch auf ein endgültiges, betrugssicheres EU-MwSt.-System einigen.

Trotz vieler Reformen führt die Kommission aus, habe das 1993 in Kraft getretene und lediglich als Übergangsregelung gedachte Mehrwertsteuersystem nicht mit den Herausforderungen unserer heutigen globalisierten, digitalen und mobilen Wirtschaft Schritt halten können. Es sei zu fragmentiert, zu kompliziert für die wachsende Zahl von Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig sind, sowie anfällig für Betrug.

Den Mitgliedstaaten fehlten infolge dessen Einnahmen, die für Schulen, Straßen und Gesundheitsversorgung verwendet werden könnten. Von dem og. Fehlbetrag falle ca. ein Drittel auf grenzüberschreitenden Mehrwertsteuerbetrug, welcher für die Finanzierung krimineller

Organisationen, einschließlich des Terrorismus, verwendet werden könnten.

Die Kommission schlägt daher vor, das derzeitige Mehrwertsteuersystem grundlegend zu verändern, indem der Verkauf von Waren von einem EU-Land in ein anderes in gleicher Weise besteuert werden soll wie Verkäufe innerhalb desselben Mitgliedstaats. Damit werde ein neues und endgültiges MwSt.-System für die EU geschaffen. Dadurch solle der Betrug um ca. 80 % verringert werden können.

Dank einer einzurichtenden zentralen Anlaufstelle werde es für grenzüberschreitend tätige Unternehmen einfacher ihren mehrwertsteuerlichen Pflichten nachzukommen. Unternehmer könnten in einem einzigen Online-Portal in ihrer eigenen Sprache und nach den gleichen Regeln und administrativen Mustern wie in ihrem Heimatland Erklärungen abgeben und Zahlungen durchführen. Die Mitgliedstaaten leiten einander dann die Mehrwertsteuer weiter, wie dies bei elektronischen Dienstleistungen bereits der Fall sei.

Zudem schlägt die Kommission vor, zum „Bestimmungslandprinzip“ überzugehen, wobei der endgültige Betrag der Mehrwertsteuer stets an den Mitgliedstaat des Endverbrauchers entrichtet wird und dem in diesem Mitgliedstaat geltenden Satz entspricht. Bei elektronischen Dienstleistungen gilt dieser Grundsatz bereits.

Der Vorschlag sieht darüber hinaus eine Vereinfachung der Vorschriften für die Rechnungsstellung vor, sodass die Verkäufer auch beim grenzüberschreitenden Handel Rechnungen gemäß den Vorschriften ihres eigenen Landes erstellen können. Die Unternehmen müssen künftig keine Liste von grenzüberschreitenden Transaktionen für ihre Finanzbehörde (die sogenannte „Zusammenfassende Meldung“- ZM ) mehr erstellen.

Ferner führt der Vorschlag der Kommission den Begriff des „zertifizierten Steuerpflichtigen“ für vertrauenswürdige Unternehmen ein, die damit von einfacheren und zeitsparenden Vorschriften profitieren könnten.

## II. Aktuelles Steuern Spanien

### 1. Neues Steuerformular Körperschaftsteuererklärung – Information über verbundene Operationen und Steueroasen

Am 31.08.2017 wurde im spanischen Staatsanzeiger (Boletín Oficial del Estado, BOE) eine Ministerialverordnung veröffentlicht, die das Steuerformular 232 über eine informative Erklärung von verbundenen Transaktionen und von Operationen und Situationen im Zusammenhang mit Ländern oder Gebieten, welche als Steueroasen eingestuft wurden, verabschiedete (Orden Ministerial OM HFP/816/2017).

Gemäß dieser Ministerialverordnung, sind Informationen die bisher im Rahmen des Formulars 200 der Körperschaftsteuererklärung zu übermitteln waren, nunmehr mit einem neuen Modell 232 zu erklären.

Die erste Frist zur Abgabe dieses Formulars beträgt 10 Monate ab dem Folgemonat der Frist zur Übermittlung der Information und läuft mithin im November 2017 ab.

In vor dem 1. Januar 2016 begonnenen Steuerperioden, enthielt das Formular zur Abgabe der Körperschaftsteuererklärung (Modell 200) inhaltlich Informationstabellen von Personen oder verbundenen Unternehmen und Informationen im Zusammenhang mit Transaktionen und Situationen, die sich auf Länder oder Gebiete beziehen, welche als Steueroasen qualifiziert wurden.

Für die Steuerperioden, welche ab dem 1. Januar 2016 beginnen, sind nun mit Modell 232 folgende Informationen zu übermitteln:

#### a) Verpflichtet sind:

aa) In Bezug auf die Information über die Geschäfte mit Personen oder verbundenen Unternehmen sind die Körperschaftsteuerpflichtigen, welche die folgenden Geschäfte mit Personen oder verbundenen Unternehmen durchführen:

- mit der gleichen Person oder dem gleichen verbundenen Unternehmen, sofern der Betrag der Gegenleistung der Gesamtheit der Transaktionen der Steuerperiode über 250.000 € entsprechend dem Marktwert, überschreitet.

- Spezifische Operationen, sofern der Gesamtbetrag von jeder Transaktion dieses Typs in der Steuerperiode 100.000 € übersteigt.

bb) Bezuglich der Informationen über die Transaktionen und Situationen in Verbindung mit Ländern oder Gebieten, welche als Steueroasen eingestuft sind, Steuerpflichtige die Transaktionen verwirklichen oder über Werte in den genannten Ländern und Gebieten verfügen, unbeschadet Höhe.

b) Die Frist der Vorlage der Erklärung läuft im Laufe des Folgemonats der zehn der Steuerperiode nachfolgenden Monate, auf welche sich die zu liefernde Information bezieht, ab. Wenn also die Steuerperiode mit dem Kalenderjahr zusammenfällt ist der Zeitraum November.

c) In Bezug auf den Inhalt wird eine detaillierte Aufstellung der anzugebenden Information detailliert festgelegt, wobei je nach Art der Operation zu differenzieren ist:

Mit Personen oder verbundenen Unternehmen; mit Personen oder verbundenen Unternehmen im Falle der Anwendung der Verminderung von Erträgen aus bestimmten immateriellen Vermögenswerten; und bzgl. Ländern oder Gebieten, welche als Steueroasen eingestuft sind.

Im Zusammenhang mit den Personen oder verbundenen Unternehmen wird bestimmt, dass im Einzelnen anzugebenden Information die Eingangs- oder Zahlungsvorgänge separat ausgefüllt werden müssen, ohne dass diese untereinander verrechnet werden können, auch wenn sie dem selben Konzept entspringen. Ebenso sind in unterschiedlichen Zeilen Transaktionen gleicher Art, welcher mit der gleichen Person oder Körperschaft durchgeführt wurden anzugeben wenn, enthalten sein, wobei jedoch verschiedene Bewertungsmethoden zu verwendet werden.

### 2. Plusvalia Spanien – Verfassungsgericht fordert realen Wertzuwachs

Mit Urteil vom 11.05.2017 entschied das spanische Verfassungsgericht zur Unzulässigkeit der Erhebung so genannter Wertzuwachssteuer auf Basis von Katasterwerten unter Außerachtlassung tatsächlich real fehlender Wertzuwächse von Immobilien. Damit gilt nun auf dem gesamten spanischen Staatsgebiet der Ansatz von gemeindlicher oder städtischer Wertzuwachssteuer (Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, in Spanien Plusvalía Municipal genannt) in Fällen, in denen im Rahmen einer Immobilienübertragung kein Gewinn erzielt wird als rechtswidrig.

Dabei sind nicht nur künftige Übertragungsakte betroffen, sondern zumindest auch nicht verjährt Fälle aus der Vergangenheit, für welche nunmehr

ggf. Rückforderungsanträge gestellt werden können. Voraussetzung einer Erstattung beglichener gemeindlicher Zuwachssteuer ist mithin, dass im Rahmen der Übertragung tatsächlich kein Zuwachs des Wertes der Immobilie entstanden ist.

Besteuert werden in Spanien grds. Wertzuwächse, mithin Gewinne die als Unterschied zwischen dem Wert zum Erwerbszeitpunkt und dem der Übertragung erzielt wurden. Die Übertragung kann dabei im Wege des Verkaufs, der Auflösung von Miteigentum, der Schenkung oder auch der Erbschaft einer Immobilie erfolgen.

Der vorliegende Artikel erläutert die Voraussetzungen des Entstehens der Plusvalía Spanien und die Folgen des Urteils des Verfassungsgerichts.

Der Wertzuwachs wird in Spanien grds. zweifach der Besteuerung unterworfen und zwar einerseits mit der hier behandelten Gemeindesteuer, andererseits mit der staatlichen Wertzuwachssteuer, die vom Finanzamt als Einkommen besteuert und im Rahmen einer Einkommenssteuererklärung mittels Selbstveranlagung (sog. Autoliquidación) innerhalb der gesetzlichen Frist nicht nur zu erklären, sondern auch gleichzeitig zu begleichen ist. Anders als bspw. in Deutschland kommt es also in Spanien insoweit nicht nach Veranlagung zu einem Einkommenssteuerbescheid, aufgrund dessen erst Zahlungspflicht entsteht. Die staatliche Wertzuwachs- oder auch Einkommensteuer, die unbeschränkt wie auch beschränkt Steuerpflichtige, also in Spanien nicht ansässige, so genannte nicht residente Personen auf den Gewinn nach Übertragung zu zahlen haben, ist von dem Urteil des Verfassungsgerichts nicht betroffen.

Gegenstand der Besteuerung im Rahmen des Ansatzes von Plusvalía ist allerdings nicht der Wertzuwachs der gesamten Immobilie, sondern vielmehr nur des Grundstückes oder Grundstücksteils auf dem ein Haus, bzw. der Grundstücksanteil der einem Appartement, einer Wohnung oder einer Garage zugerechnet wird, belegen ist. Zwar ist die Steuer auf den Wertzuwachs grds. bei jedem einzelnen Übertragungsvorgang vom Übertragenden, d.h. regelmäßig dem Verkäufer zu tragen und wird daher üblicher Weise im Rahmen der Beurkundung eines Immobilienkaufs unmittelbar vom Kaufpreis einbehalten und an die Gemeinde abgeführt. Dies kann allerdings auch seitens der Parteien auf andere Weise geregelt werden, wobei für den Erwerber aber zu beachten ist, dass jedenfalls bei nicht ansässigen Veräußerern für diese Steuer die Immobilie selbst haftet, mithin die Kosten beim Käufer verbleiben.

Die Höhe der gemeindlichen oder städtischen Wertzuwachssteuer ist nicht einheitlich geregelt, sondern wird von jeder Gemeinde in ihrer Satzung eigenständig festgelegt, so dass die Hebesätze zwischen verschiedenen Städten ganz erheblich variieren können. Ausgangspunkt der Berechnung des Hebesatzes ist nicht etwa der Verkehrs- oder Marktwert eines Grundstücks, sondern der i.d.R. an den Markt nicht angepasste Katasterwert, der sich in der jährlichen Grundsteuerfestsetzung (Impuesto sobre Bienes Inmuebles, IBI) widerspiegelt und auf dessen Basis ein Prozentsatz pro Jahr der Eigentumsdauer angesetzt und damit die Plusvalía errechnet wird. Allerdings ist auch dies nicht einheitlich für jede Übertragungsart geregelt, denn bspw. im Rahmen von Erbschaften werden teilweise hohe Prozentsätze von der Steuer befreit (so genannte bonificación potestativa, im Unterschied zum obligatorischen Ansatz) und es können auch weitere Umstände zu berücksichtigen sein, so bspw. lebenslanger Nießbrauch an einer ehelichen Wohnung etc..

Das Verfassungsgericht bestätigt nun mit Urteil 57/2017 in der vom Verwaltungsgericht 22 von Madrid betriebenen Sache 409-2016 die seit Langem vielerseits reklamierte Rechtswidrigkeit der Veranlagung der Plusvalía in Übertragungsfällen bei denen es zu keinem Gewinn oder sogar zum Verlust kommt sowie des Umfangs der Befugnisse der Gemeinden zur Überprüfung der Werte. Es begründet dies mit der Verletzung des in Art. 31.1 der spanischen Verfassung verankerten Prinzips der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, da die bisherige Vorgehen der Gemeinden nicht an einen realen Wertzuwachs sondern an die bloße Eigentumseigenschaft für einen bestimmten Zeitraum anknüpfe, unbeschadet dessen, ob es tatsächlich zu einem Wertzuwachs gekommen war. Mithin fehle es in Fällen fehlenden Wertzuwachses oder sogar Wertverlusts an der Angemessenheit der Leistung. In diesen Fällen bestimmt das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit und damit Nichtigkeit der Artikel 107. 1, und 2 sowie 110. 4 der Durchführungsverordnung über örtliche Abgaben iVm. kgl. Rechtsdekrete 2/2004 vom 5. März (TRLRHL). Es bestätigte damit inhaltlich 2 Urteile der foralen Territorien Guipúzcoa und Álava vom 16.02. und 1.03.2017.

Keine Ausführungen erfolgen zum Procedere in künftigen oder in nicht verjährten Fällen der letzten 4 Jahre, in denen ein Rückerstattungsanspruch überzahlter gemeindlicher Wertzuwachssteuer in Betracht kommt. Ebenso bleiben Fälle ungeklärt, in denen die Steuer einen möglichen Gewinn

konsumiert oder zumindest im Verhältnis zum erzielten Gewinn unverhältnismäßig erscheint.

Erste Urteile wie die des Verwaltungsgerichts von Cartagena in den Rechtsmittelverfahren 220/2016 und 376/2016 vom 30.05. und 1.06.2017 erklären demgemäß die veranlagten Wertzuwachssteuern als rechtswidrig und verurteilen die jeweiligen Gemeinden zur Rückerstattung der beglichenen Beträge nebst Zinsen.

### **III. Einspruch und vorläufige Aussetzung des Vollzugs bei Steuerforderungen des spanischen Finanzamts - Steuerbescheid Spanien ?**

1. Vergeblich wird der Rechtssuchende unter den Begriffen „Widerspruch oder Einspruch Steuerbescheid Spanien“ erwartungsgemäße Informationen finden. Denn dem spanischen Steuerrecht ist das System des Steuerbescheids nach vorheriger Veranlagung im deutschen Sinne nicht bekannt. Weder kommt es in Spanien grds. zu einer Aufforderung zur Abgabe einer Steuererklärung nach einer Veranlagung, noch gibt es begrifflich „den Steuerbescheid Spanien“. In Deutschland werden im Rahmen der Normen der Abgabenordnung von der Finanzbehörde die Tatsachen ermittelt, aus denen sich eine Besteuerung ergibt. Sodann wird im Festsetzungsverfahren die konkrete Steuerschuld auf der Grundlage dieser Tatsachen bestimmt und daraufhin ggf. ein Steuerbescheid erlassen. In Spanien hingegen hat sich jedweder, beschränkt oder unbeschränkt Steuerpflichtige selbständig über seine Steuerpflichten zu informieren, diese zu berechnen oder errechnen zu lassen und fristgemäß im Rahmen einer Selbstveranlagung und –versteuerung, der so genannten „Autoliquidacion“ seine Steuererklärung abzugeben und ohne Steuerbescheid, also einem Verwaltungsakt in dem Steuerart, Zeitraum und Betrag, Zahlungsfrist sowie der Rechtsbehelf bezeichnet sind, auch zu entrichten. Eine Aufforderung seitens des spanischen Finanzamtes erfolgt grds. mithin erst dann, wenn das Steuersubjekt seinen Pflichten nicht oder nach Ansicht der Behörde in nicht ausreichender Höhe nachkommt. Ansonsten bleibt dem Steuerpflichtigen nur abzuwarten, ob das Finanzamt nach seiner Selbstveranlagung innerhalb der Verjährungsfrist reagiert.

Unbeschadet dessen besteht natürlich die Möglichkeit Entscheidungen des spanischen Finanzamts entgegen zu treten, um zu versuchen diese aufzuheben oder abzuändern. Dabei stellt sich regelmäßig die Frage der Aussetzung bis zur endgültigen Entscheidung über die Forderung des Finanzamts.

Da jedwedem Verwaltungsakt grds. dessen Durchsetzung im spanischen Verwaltungsverfahren inhärent ist, wird durch bloßen Einspruch die Vollziehung weder automatisch aufgehoben noch ausgesetzt. Folgt allerdings aus einem Einspruchsverfahren die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, hat nicht nur eine Rückzahlung der Steuerforderung sondern gleichzeitig auch die Leistung von Schadensersatz zu erfolgen.

### **2. Aussetzung des Steuerverwaltungsakts**

Die vorläufige Aussetzung versteht sich in Spanien als eine im Allgemeinen durch Sicherheitsleistung bis zur endgültigen Entscheidung gewährten Aufschub des Vollzuges eines angefochtenen Verwaltungsaktes.

Der unmittelbare Vollzug des angefochtenen Verwaltungsakts wird grds. dann auf Antrag ausgesetzt, wenn die gesetzlich vorgesehenen Sicherheitsleistungen erfolgen oder, ganz ausnahmsweise, u. U. sogar ohne Sicherheit, wenn die Vollziehung schwere oder nicht reparable Schäden verursachen könnte, der Verwaltungsakt auf materiellen Fehlern oder falschen Sachverhalten bzw. falschen Berechnungen beruht, oder der Einspruch sich nicht gegen Steuerforderungen als solche richtet (Artículo 233 Ley 58/2003, General Tributaria y los concordantes artículo 40, 41 y 42 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre).

Auch in Deutschland wird nach § 361 AO Abs. 1 durch Einlegung des Einspruchs die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts nicht automatisch gehemmt, so dass Steuerzahlungen grds. weiterhin zu leisten sind. Gemäß Abs. 2 kann die Finanzbehörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat die Vollziehung aber ganz oder teilweise aussetzen. Dies soll auf Antrag erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bestehen oder wenn die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Ebenso kann auch im deutschen Recht das Finanzamt dabei die Aussetzung oder Aufhebung der Vollziehung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen (§ 361 Abs. 2 Satz 5 AO; § 69 Abs. 2 Satz 3 FGO). Diese Entscheidung ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen und hat mithin mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu stehen. Nach deutscher Rechtsprechung ist dies geboten, wenn die wirtschaftliche Lage des Steuerpflichtigen die Steuerforderung als gefährdet

erscheinen lässt. Regelmäßig ist auch in Deutschland die Anordnung einer Sicherheitsleistung z. B. dann gerechtfertigt, wenn der Steuerbescheid nach erfolglosem Rechtsbehelf im Ausland vollstreckt werden müsste (BFH-Urteil vom 27.8.1970, V R 102/67, BStBl 1971 II S. 1). Dies gilt auch, wenn in einem Mitgliedstaat der EU zu vollstrecken wäre, es sei denn, mit diesem Staat besteht ein Abkommen, welches eine Vollstreckung unter gleichen Bedingungen wie im Inland gewährleistet (BFH-Beschluss vom 3.2.1977, V B 6/76, BStBl II S. 351). Eine Sicherheitsleistung ist in Deutschland dann unzumutbar, wenn die Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts so bedeutsam sind, dass mit großer Wahrscheinlichkeit seine Aufhebung zu erwarten ist (BFH-Beschluss vom 22.12.1969, V B 115/69, BStBl 1970 II S. 127).

Im Falle der Ablehnung des Antrags auf Aussetzung der Vollziehung kann in Deutschland das Finanzgericht gem. § 69 FGO angerufen werden (§ 361 Abs. 5 AO).

In Spanien kommen folgende Möglichkeiten im Rahmen eines Widerspruchs gegen eine Forderung des Finanzamts in Betracht:

#### **a. Automatische Aussetzung des Vollzuges**

Eine automatische Aussetzung des angefochtenen Verwaltungsaktes erfolgt auf Antrag des Einspruchsführers und nur bei Leistung von Sicherheiten in Höhe der Steuerforderung, Zinsen der Aussetzung und Zuschläge.

Im Falle eines Widerspruchs gegen eine Sanktion der Steuerbehörde entfällt hingegen die Sicherheitsleistung automatisch.

Die Sicherheitsleistung besteht zwingend entweder in

- aa) Hinterlegung in Geld oder öffentlichen Schuldverschreibungen
- bb) Bürgschaft eines Bankinstitutes oder eines Warenkreditversicherers
- cc) persönlicher und gesamtschuldnerischer Sicherheit anderer Steuerpflichtiger mit gemäß den Steuergesetzen bekannter Solvenz.

Der Antrag auf Aussetzung des Vollzuges hat dabei zwingend das die Sicherheitsleistung garantierende Dokument zu enthalten.

Bei Steuerverwaltungsakten entscheidet unmittelbar das für die Steuerbeitreibung zuständige Finanzamt.

Im Falle ausreichender Garantie gilt die Aussetzung als mit dem Datum des Antrags angeordnet und ist dementsprechend dem Einspruchsführer mitzuteilen. Gegen die Ablehnung einer Sicherheitsleistung besteht die Möglichkeit der Beschwerde im Verwaltungsverfahren. Gegen die Entscheidung über diese Beschwerde gibt es keinen Rechtsbehelf.

Zu beachten ist, dass im Text der Sicherheitsleistung diese nicht nur das Verwaltungsverfahren, sondern auch ein mögliches Verwaltungsgerichtsverfahren umfasst.

#### **b. Aussetzung mit Leistung anderer Garantien**

Falls der durch einen Verwaltungsakt Betroffene die zur automatischen Aussetzung notwendigen, bewerteten Garantien nicht beibringen kann, besteht die Möglichkeit der Anordnung der vorläufigen Aussetzung durch das die Steuerforderung beitreibende Finanzamt in Fällen, in denen andere als ausreichend angesehene Garantien erbracht werden.

Voraussetzung dieser subsidiären Alternative ist ausschließlich, dass der Betroffene nicht in der Lage ist die zur automatischen Aussetzung erforderliche Sicherheitsleistung beizubringen.

Der Antrag mit den dies begründenden Unterlagen unterbricht, sofern die Frist zur freiwilligen Zahlung noch nicht abgelaufen ist, vorläufig das Beitrreibungsverfahren. Nach Ablauf dieser Frist, d.h., sofern die Steuerforderung bereits im Vollzugsverfahren befindlich ist, hat der Antrag keine Unterbrechung der Vollziehung des Verwaltungsakts zur Folge. Im Falle späterer Antragsgewährung werden die vollzogenen Maßnahmen ggf. aufgehoben.

Die den Vollzug aussetzende Entscheidung legt die erforderliche Sicherheitsleistung und die diesbezügliche Frist fest.

Gegen die Ablehnung einer Sicherheitsleistung besteht die Möglichkeit der Beschwerde im Verwaltungsverfahren. Gegen die Entscheidung über diese Beschwerde gibt es keinen Rechtsbehelf.

Die Sicherheit ist binnen einer Frist von 2 Monaten nach behördlicher Gewährung zu erbringen und hängt von der Bewilligung durch die die Sicherheitsleistung bestimmende Behörde ab.

Sollte die Frist von 2 Monaten fruchtlos ablaufen, sind die Folgen

aa) im Falle, dass die Aussetzung in den Zeitraum der freiwilligen Zahlung fällt:

Am auf den Folgetag des Fristablaufs zur Formalisierung der Sicherheitsleistung wird der Vollzug des Verwaltungsaktes mit den entsprechenden Säumnisfolgen in Gang gesetzt und es werden Zinsen für den Zeitraum ab Beendigung der eingeräumten Frist freiwilliger Zahlung des vorläufig ausgesetzten Verwaltungsaktes und des Fristablaufs der Erledigung der Formalisierung der Garantie angesetzt.

bb) Im Falle, dass die Aussetzung in den Zeitraum der Vollziehung fällt, wird das Mahnverfahren in Gang gesetzt bzw. fortgeführt.

Die ordnungsgemäß formalisierten, durch das Finanzamt akzeptierten und ggf. in die entsprechenden öffentlichen Register eingetragenen Garantien unterfallen der Überwachung einer für die Abwicklung mit den Gerichten eingerichteten Stelle des Verwaltungsbezirks.

### **c. Aussetzung ohne Leistung einer Garantie**

Zuständig zur Entscheidung über eine partielle oder vollständige Befreiung zur Beibringung von Garantien in Zusammenhang mit Einspruchsverfahren in Fällen von Steuerforderungen welche vom Steuerpflichtigen mit Schäden schwieriger oder unmöglich der Wiederherstellung des früheren Zustandes begründet werden, ist die übergeordnete Finanzbehörde (Tribunal Económico-Administrativo), welche ebenso über Aussetzungsanträge aufgrund von Rechenfehlern, materiellen Fehlern oder falschen Sachverhalten entscheidet. Auch wenn die Bezeichnung „Tribunal“ dies vermuten lässt, so handelt es sich hierbei nicht um ein Justiz- sondern um ein Verwaltungsorgan.

Der Steuerpflichtige hat in diesen Fällen dokumentarisch zu begründen, welcher Natur, Charakter und Ausmaß der argumentierte Schaden ist, den der Vollzug des Verwaltungsaktes zur Folge hätte.

Im Falle nur partieller Befreiung von Sicherheiten sind diese detailliert in aktualisierter, von entsprechend autorisierten Unternehmen oder Sachverständigen vorgenommenen Bewertungen vorzulegen. Aussetzungsanträge aufgrund von Rechenfehlern, materiellen Fehlern oder falschen Sachverhalten sind entsprechend zu begründen.

Soweit der Zeitpunkt der Antragstellung in den Zeitraum der freiwilligen Zahlung der Steuerforderung fällt ist, es bis zur Entscheidung des

„Tribunal Económico-Administrativo“ über die Zulassung der Aussetzung dem Finanzamt untersagt, das Verfahren weiter zu betreiben. Im anderen Fall können die Finanzbehörden weiter vorgehen und bspw. vorläufige Pfändungsmaßnahmen vornehmen, die ggf. nach späterer Zulassung des Gerichts aufgehoben werden können.

Das „Tribunal Económico-Administrativo“ hat in seiner Entscheidung ausdrücklich der Zulassung der Aussetzung unter Angabe des Zeitpunkts des Eintritts statzugeben oder diese abzulehnen. Bei teilweiser Befreiung hat es die beizubringenden Garantien zu bestimmen. Die Entscheidungen sind beiden Parteien zuzustellen.

Gegen eine ablehnende Entscheidung und Feststellung der Nickerfüllung der Beibringung ausreichender Garantien besteht die Möglichkeit der Beschwerde. Bei deren Stattgabe werden sämtliche Verwaltungshandlungen nach dem Aussetzungsantrag aufgehoben.

Zu beachten ist natürlich, dass die obigen Ausführungen zum spanischen Recht grds. für spanische Steuerpflichtige gelten. Mithin sind im Gesetz genannte Sicherheiten an spanischem Recht orientiert und spanische Formalien einzuhalten. Wenn es auch ausländischen Steuerpflichtigen grds. erlaubt ist Sicherheiten bspw. ausländischer Banken beizubringen, so ist zu beachten, dass die Texte in solchen Garantien den spanischen Voraussetzungen unterliegen und von einem beeideten Übersetzer ins Spanische übersetzt sein müssen. Wo das Gesetz bspw. die Möglichkeit eröffnet Garantien mittels Bürgschaften anderer Steuerpflichtiger mit bekannter Solvenz beizubringen, so sind dies regelmäßig und zwecknotwendig in Spanien Steuerpflichtige. Die Begründung anderer Garantien, wie bspw. mittels Immobiliarsicherheiten ist regelmäßig alleine schon wegen des Zeitablaufs und der verbundenen Kosten kaum möglich. Auch solche Sicherheiten müssten natürlich den spanischen Voraussetzungen entsprechen.

Ohne Beibringung von Sicherheiten ergreift das spanische Finanzamt in derartigen Fällen seine Möglichkeiten zur Beitreibung der Steuerforderung. Dies geht natürlich in erster Linie auf die Pfändung von in Spanien belegenen Konten, Gehältern und Immobilien.

Allerdings kann das spanische Finanzamt sein Vorgehen auch auf das Ausland ausweiten. Rechtsgrundlage für Ersuchen spanischer Finanzämter an bspw. deutsche Behörden ist die Richtlinie 2010/24/EU des Rates vom 16. März 2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von

Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen und das EU-Beitreibungsgesetz vom 07.12.2011.

Zu beachten ist dabei, dass Rechtsmittel in Bezug auf die Forderung, den ursprünglichen Vollstreckungstitel für die Vollstreckung im ersuchenden Staat und den einheitlichen Vollstreckungstitel für die Vollstreckung in Deutschland nicht dort, sondern gem. Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2010/24/EU des Rates vom 16. März 2010, § 13 Abs. 2 EG-Beitreibungsgesetz bei der ersuchenden ausländischen Behörde nach deren dortigen Recht einzulegen sind. Dieses EU-Regelwerk besteht aus 31 Artikeln, die sich detailliert mit der Erteilung steuerlicher Auskünfte, der Amtshilfe bei der Zustellung von Dokumenten wie auch mit der Steuerbeitreibung und Sicherungsmaßnahmen befassen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nach der Rechtsprechung des BGH nur dann in Betracht, wenn im Rahmen einer Vollstreckung einer ausländischen Steuerforderung eine solche gegen die öffentliche Ordnung des ersuchten EU-Mitgliedstaates, hier konkret Deutschland, verstieße. Dies ist nach Ansicht des Bundesfinanzhofes allerdings nur dann anzunehmen, wenn die Vollstreckung in einem nicht hinnehmbaren Gegensatz zu grundlegenden Prinzipien der deutschen Rechtsordnung stünde (BFH, Urteil vom 03.11.2011 – VII R 21/10, BStBl. II 2011, 401). Soweit Bedenken gegen die Steuerfestsetzung als solche bestehen, seien diese ausschließlich bei der Festsetzungsstelle mit den hierfür zugelassenen Rechtsbefehlen als solche geltend zu machen.

Argumente gegen die Forderung, Einspruch, Stundungsersuchen oder Anträge auf Berichtigung können also grds. nur an die zuständige spanische Steuerbehörde gerichtet werden.

### **3. Rechtsmittel Verwaltungsverfahren Spanien**

Grds. besteht theoretisch die Möglichkeit des Vorgehens im Wege des „recurso de reposición“, also einer Art Wiedereinsetzung, oder der „reclamación económico-administrativa“, die allerdings keine „wirtschaftlich administrative Klage“ ist. Einzulegen ist der Rechtsbehelf beim zuständigen Tribunal Económico-Administrativo. Insoweit gibt es unterschiedliche Kompetenzen, so die des Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) mit Sitz in Madrid zum einen und die Tribunales Económico-Administrativos Regionales (TEAR) mit Sitz in einer der 17 Autonomen Regionen Spaniens. Daneben haben untergeordnete Kompetenzen so genannte „Tribunales Económico-

Administrativos Locales“ oder die „Salas Desconcentradas“, „Dependencias Provinciales“ und „Dependencias Locales“. Die jeweilige Zuständigkeit hängt zum einen von der Art des Verwaltungsaktes, zum anderen vom Gegenstandswert ab.

Im ersten Fall der Wiedereinsetzung wird die Sache erneut an die entscheidende Behörde herangetragen und regelmäßig neuer oder nicht berücksichtiger Vortrag ausgeführt. Im zweiten Fall geht die Akte zur Entscheidung an eine der den Verwaltungsakt erlassende Stelle übergeordnete Behörde zur Überprüfung. Häufig wird trotz an sich fehlenden neuen oder unberücksichtigtem Vortrag der Wiedereinsetzungsantrag gestellt, um Zeit zu gewinnen. Denn erst wenn hierüber entschieden ist, kommt es dann im zweiten Schritt zur Überprüfung seitens der übergeordneten Behörde. Aufwand und Kosten dieser Art des Vorgehens sind allerdings entsprechend höher.

Eine Klage erfolgt dann erst vor dem Verwaltungsgericht (Juzgado Contencioso-Administrativo) mittels „recurso contencioso administrativo“ nach ablehnender Entscheidung durch die über die Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Verwaltungsakts beschließende Finanzbehörde.

Die Verfahrensdauer dieser Schritte kann ggf. 4 – 5 Jahre betragen.

Die weiteren Kosten bei nicht erfolgender Zahlung – und nicht vorgelegter Sicherheit – sind erheblich. Denn die Steuerforderung erhöht sich um weitere 20% (recargo de apremio) zzgl. – derzeit – 3,75% Zinsen/Jahr. Bei nicht erbrachter Sicherheitsleistung kann die Behörde wie bereits ausgeführt versuchen zu pfänden und zu vollstrecken. Die Vermeidung der Zahlung oder deren Hinauszögern ohne Sicherheitsleistung ist mithin folgenschwer und kostenintensiv.

### **4. Fristen**

Zu beachten sind im Rahmen von Steuerverwaltungsakten 2 Fristen, nämlich zum einen die Frist zur Sicherheitsleistung als solche und zum anderen, die zur Einlegung eines Rechtsbehelfs selbst.

### **IV. Aktuelles Sozialversicherung Spanien – Selbständige**

Mit Datum vom 24.10.2017 wurde das Gesetz 6/2017 zur Eilreform der Selbständigen Tätigen (Ley 6/2017 de

Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo) verabschiedet.

Dieses Gesetz hat zum Ziel neue, die unternehmerische Tätigkeit unterstützende Maßnahmen zu entwickeln, administrative Lasten im Rahmen der Seguridad Social (Sozialversicherung Spanien) zu reduzieren, die soziale Absicherung und die Kompatibilität von Arbeit und Familie der Selbständigen zu verbessern und die sozialen Vorteile an die der angestellten Arbeitnehmer anzunähern.

Ebenso wurden neue steuerliche Abzugsmöglichkeiten im Rahmen der Einkommensteuererklärung geschaffen.

Die wesentlichen, mit dem Reformgesetz getroffenen Maßnahmen sind die folgenden:

### **1. Maßnahmen zur Reduzierung administrativer Lasten im Rahmen der Sozialversicherung**

Während es bislang möglich war im Laufe eines Jahres 2 Mal die Beitragssätze an die tatsächliche Einkunfts situation anzupassen, ist dies nunmehr bis zu 4 Mal mit Wirkung zum nächsten 1. des Folgequartals möglich.

Im Laufe eines Jahres besteht bis zu 3 Mal die Möglichkeit sich (mit Wirkung zum ersten eines Monats) an- bzw. (mit Wirkung zum Monatsletzten) abzumelden, um nur Beiträge für die tatsächlich gearbeiteten Tage zu zahlen.

Während verspätete Beitragszahlungen bislang mit 20 % Zuschlag bestraft wurden, reduziert sich dieser Satz nun auf 10 %, sofern der Beitrag im Folgemonat entrichtet wird.

Die Sozialversicherung erstattet nunmehr ohne vorherigen Antrag, automatisch 50% des Beitragsüberschusses in Fällen von mehreren Beitragszahlungen aufgrund verschiedener, selbständiger Tätigkeiten.

### **2. Maßnahmen zur Entwicklung neuer, unternehmerischer Tätigkeit**

Die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge für Selbständige in Spanien beträgt grds. 29,80% aus einer frei vom Selbständigen wählbaren Bemessungsgrundlage zwischen dem derzeitigen Mindestbeitrag ab Juli 2017 von 919,80 Euro (sogen. base mínima de cotización) und dem gedeckelten Höchstbeitrag von 3.642,00 Euro (sogen. base máxima de cotización). Entsprechend errechneten sich für den Selbständigen Mindestbeiträge iHv 267,03

Euro (ab Juli 2017 275,00 Euro), die im Rahmen der Einkommensteuer abzugsfähig sind. Der Satz von 29,8 % gilt für die Selbständigen mit Deckung im Falle vorübergehender Arbeitsunfähigkeit (so gen. incapacidad temporal (IT)). Diese ist verpflichtend, sofern keine Mehrfachbeitragszahlung aufgrund verschiedener selbständiger Tätigkeit (so gen. Pluriactividad) erfolgt; in diesen Fällen beträgt der Beitragssatz 26,50%.

Neu angemeldete Selbständige können sich nunmehr während der ersten 12 Monate (bislang 6) zu einem Basistarif von 50 Euro versichern („flatrate“ - so genannte „tarifa plana“).

Die Selbständigen, die freiwillig höhere Beiträge als die der Mindestbeitragsquote leisten, können eine Verringerung von 80% auf die so genannten „contingencias comunes“, mithin der Basisdeckung für Krankheit, Mutterschutz, Arbeitsunfähigkeit, etc.. Der zu reduzierende Beitragsteil wird aus der Anwendung des Mindestbeitragssatzes errechnet.

Nach Ablauf des ersten Jahres und bis zum Ablauf der nächsten 12 Monate wird eine Vergünstigung von 50% des Sozialversicherungsbeitrages in den ersten 6 Monaten und von 30 % in den restlichen 6 Monaten angewandt.

Unter 30 Jahre alte Männer und unter 35 Jahre alte Frauen können die Vergünstigung 12 Monate länger nutzen (insgesamt 36 Monate).

Dieser „tarifa plana“ ist für die Selbständigen möglich, die in den letzten 24 Monaten zuvor nicht als selbständig in der Sozialversicherung angemeldet waren.

Die Anstellung von Ehepartnern, Eltern oder Kindern und Verwandten bis 2. Grades mit unbefristetem Vertrag durch den Selbständigen wird während der ersten 12 Monate der Vertragslaufzeit zu 100 % beitragsbefreit, sofern in den letzten 12 Monaten zuvor keine Vertragsauflösung erfolgte und der Vertrag für 6 Monate aufrechterhalten wird.

### **3. Maßnahmen zur Verbesserung des sozialen Schutzes**

Als Arbeitsunfall wird der Vorfall anerkannt, der als mittelbare oder unmittelbare Folge der selbständigen Tätigkeit entsteht, inklusive der An- und Abfahrt.

Erstmals ist es möglich selbständig zu arbeiten und 100 % Renteneinkünfte aus der Sozialversicherung zu erhalten, sofern der Selbständige mindestens einen Angestellten hat. Im anderen Falle erhält er 50 % der Rente.

Es wird ein Basistarif von 50 Euro für die Frauen geschaffen, die nach Mutterschutz, Adoption oder sonstiger Sorge die Selbständigkeit wieder aufnehmen, alternativ eine Vergünstigung von 80% auf den Beitragsteil für „contingencias comunes“.

Es wird eine Vergünstigung von 100 % des Beitrages für Frauen während Mutterzeiten, Adoption oder sonstiger Sorge, so im Falle der Pflege von Minderjährigen unter 12 Jahren oder sonst abhängigen Personen, festgelegt, sofern diese mindestens einen Monat überschreitet und ohne dass der Selbständige durch einen anderen in dieser Zeit ersetzt werden muss.

#### **4. Maßnahmen Steuern**

Mit der Gesetzesänderung erfolgen Änderungen des Einkommenssteuergesetzes (LIRPF) für Selbständige in Spanien. So kann im Falle, dass der Selbständige von seinem Wohnsitz aus tätig ist, er nunmehr bis 30% der Kosten der öffentlichen Versorger (Gas, Wasser, Strom, Telefon und Internet) auf Basis des Verhältnisses von Wohnraum zu Arbeitsraum steuerlich absetzen.

Unter der Voraussetzung der Nutzung elektronischer Zahlungsmittel anstelle von Bargeld sind Verpflegungs- und Hotelkosten in der gleichen Höhe absetzbar, wie die der Spesen und Diäten von Angestellten.

#### **5. Schein-Selbständige Spanien**

Gemäß der Vereinigung UATAE (Unión de Autónomos – Vereinigung Selbständige Spanien) verursacht die falsche Anmeldung von Selbständigen in Spanien der Sozialversicherung Fehlbeträge in Höhe von 562,3 Millionen Euro/Jahr. Diese Summe

errechnete der Verein aufgrund neuester Zahlen des spanischen nationalen Instituts für Statistik (INE – Instituto Nacional de Estadística) und gab im November bekannt, dass er von einer Zahl von 210.000 Scheinselbständigen in Spanien ausgeht. Grund für diesen Sozialversicherungsbetrug sei die Suche der Unternehmen nach Reduzierung der Anstellungskosten nach Eintritt der Wirtschaftskrise. Den Betrag von 562,3 Millionen Euro errechnet die Vereinigung von Selbständigen in Spanien aufgrund des statistischen mittleren Jahresgehaltes von 16.498,47 Euro, den entsprechenden Sozialversicherungsbeiträgen und dem Regelmindestbeitrag für Selbständige. Dabei geht die Vereinigung von Selbständigen in Spanien von einem tatsächlich noch höheren Schaden aus, infolge dessen, dass viele Selbständige nicht den Regelmindestbeitrag, sondern nur ein knappes Fünftel dieses Betrages, nämlich die „flatrate“ von 50,00 Euro nutzten. Insbesondere junge Menschen würden im Rahmen ihrer ersten Anstellungen von den Unternehmen gezwungen, sich im System der Selbständigen (Regimen Especial de Trabajadores Autónomos – RETA) anstelle in der allgemeinen Sozialversicherung im sogenannten „Régimen General“ und somit als Scheinselbständige anzumelden.



\* Rechtsanwalt, Abogado, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Barcelona  
[ra@abogadomueller.net](mailto:ra@abogadomueller.net)

## Spanische Rechtsprechung / Jurisprudencia española

zusammengestellt / Seleccionada por

Tina Neskovic\*

### I. Katalonien

#### A. Tribunal Constitucional, Urteil 114/2017 vom 17. Oktober 2017

**Das spanische Verfassungsgericht erklärt das katalanische Gesetz über das Referendum zur Selbstbestimmung für verfassungswidrig und mithin nichtig.**

Das spanische Verfassungsgericht hat das katalanische Gesetz 19/2017 vom 6. September, mit dem der gesetzliche Rahmen für das Unabhängigkeitsreferendum der autonomen Gemeinschaft vorgegeben wurde, für verfassungswidrig und mithin nichtig befunden.

Das Gesetz verletzt nach Ansicht des Gerichts die ausschließliche Zuständigkeit des spanischen Staats in Bezug auf Volksbefragungen und Referenden und verletzt verschiedene verfassungsrechtliche Grundsätze, wie den Verfassungsvorrang, die nationale Hoheitsgewalt und die unteilbare nationale Einheit Spaniens. Zudem sei bei Verabschiedung des Gesetzes das Gesetzgebungsverfahren des katalanischen Parlaments mehrfach und auf verschiedene Art missachtet worden, was dazu führte, dass die Willensbildung des Parlaments, Rechte der Minderheiten, sowie das Grundrecht der Bürger, durch gewählte Vertreter an Angelegenheiten des öffentlichen Lebens beteiligt zu werden, beeinträchtigt worden sei.

Das Verfassungsgericht zitiert die Erklärung der UN-Generalversammlung, in der das Selbstbestimmungsrecht der Völker auf Fälle der Unterwerfung von Völkern unter fremde Unterjochung, Herrschaft und Ausbeutung beschränkt ist. Darüber hinaus ist jeder Versuch, die nationale Einheit und die territoriale Integrität eines Landes ganz oder teilweise zu zerstören, mit den Zielen und Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen unvereinbar.

Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass das fragliche katalanische Gesetz aus Zuständigkeitsgründen, aber auch inhaltlich und aus Verfahrensgründen verfassungswidrig und mithin nichtig ist.

Während der Urteilsspruch sicherlich nicht überrascht, ist doch hervorzuheben, dass weder die katalanische Regierung, noch das Parlament der besagten autonomen Gemeinschaft im Prozess Stellung genommen haben.

#### B. Tribunal Constitucional, Entscheidung 4334/2017 vom 31. Oktober 2017

**Das spanische Verfassungsgericht setzt vorläufig die katalanische Unabhängigkeitserklärung aus.**

Auch wenn die Entscheidung in der Hauptsache noch aussteht, so setzt das spanische Verfassungsgericht zwei Beschlüsse des katalanischen Parlaments vom 27. Oktober 2017, welche die Unabhängigkeitserklärung der autonomen Gemeinschaft darstellen, vorläufig aus.

Wie auch schon in anderen Entscheidungen mit Bezug auf die Unabhängigkeit Kataloniens weist das Gericht die beteiligten Amtsträger, insbesondere die Präsidentin des katalanischen Parlaments, namentlich ausdrücklich auf die strafrechtlichen Folgen einer möglichen Zu widerhandlung gegen diese Entscheidung hin.

Es ist zu erwarten, dass die Entscheidung in der Hauptsache die besagten Entscheidungen – und mithin die Unabhängigkeitserklärung Kataloniens – für verfassungswidrig erklären wird.

### II. Sozialrecht

#### Vereinbarkeit der vollständigen Invalidität in Spanien mit der deutschen Rente, TSJ Galicia, Urteil 1548/2017 vom 16. März 2017

Der bloße Erhalt einer Rente in Deutschland darf nicht dazu führen, dass die in Spanien bezogene Vollinvaliditätsrente gekürzt wird.

Im dem Urteil zugrunde liegenden Falle war die Vollinvaliditätsrente aufgrund Erwerbsunfähigkeit des Betroffenen gemäß den spanischen Gesetzen um 20% erhöht worden, als er 55 Jahre alt wurde. Die spanische Sozialversicherung kürzte den entsprechenden Betrag jedoch, als ihm von deutscher Seite aus eine Rente gewährt wurde.

Die Erhöhung der Vollinvaliditätsrente um 20% beruht laut dem Gesetz auf der Tatsache, dass der betroffene Arbeitnehmer aufgrund seines Alters (oder anderer im Gesetz genannter Umstände) nur schwerlich eine andere als seine gewöhnliche Arbeitstätigkeit finden werde. Aus eben diesem Grunde kann festgestellt werden, dass der Erhalt des Zuschlags mit der Ausübung einer selbstständigen oder abhängigen Arbeit unvereinbar ist.

Diesbezüglich wird in Art. 6 des Dekrets 1646/1972, vom 23. Juni ausdrücklich festgehalten, dass der 20%ige Zuschlag ab dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer 55 Jahre alt ist, dann nicht zu zahlen ist, wenn und solange dieser einer Arbeit nachgeht. Denn, wie bereits dargestellt, soll der Zuschlag die Schwierigkeiten bei der Arbeitssuche der betroffenen Arbeitnehmer aufgrund ihres fortgeschrittenen Alters und den in Spanien gegebenen Arbeitsmarktbedingungen ausgleichen.

Dagegen ging der Betroffene im vorliegenden Fall keiner Arbeit nach, sondern bezog lediglich eine Rente aus Deutschland. Dabei kann nach Ansicht des TSJ Galicia, bedingt durch die Unterschiede in den jeweiligen Renten- und Sozialsystemen, nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die in Deutschland bezogene Rente einer spanischen Rente aufgrund Versetzung in den Ruhestand entspricht. Ebenso wenig ist sie jedenfalls der Ausübung einer Arbeitstätigkeit gleich zu setzen, so dass auch eine Streichung aufgrund des o.g. Art. 6 nicht in Frage kommt.

Da es also an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage fehlt, kann das Recht des Betroffenen nicht allein wegen des Bezugs einer Rente in Deutschland gekürzt werden.

Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere auch Art. 53.3 a) der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, welcher besagt: „*der zuständige Träger berücksichtigt die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Leistungen oder erzielten Einkünfte nur dann, wenn die für ihn geltenden Rechtsvorschriften die Berücksichtigung von im Ausland erworbenen Leistungen oder erzielten Einkünften vorsehen*“. Die spanische Gesetzgebung sieht eine Kürzung oder Unvereinbarkeit des Zuschlags wegen einer im Ausland gewährten Leistung aber, wie dargestellt, gerade nicht vor. Somit war die Kürzung rechtswidrig.

### **III. Strafrecht**

#### **A. Abschiebung eines deutschen Staatsangehörigen nach Absitzen seiner Haftstrafe in Spanien, Anordnung der Spanischen Regierungsvertretung in Madrid vom 18. Mai 2017**

**Der wegen Stalkings verurteilte Deutsche, Arndt Meyer, wird nach Absitzen seiner Gefängnisstrafe in Spanien nach Deutschland abgeschoben.**

Der deutsche Staatsbürger, Arndt Meyer, schoss am 7. Juni 2009 mit einer Armbrust auf die spanische Schauspielerin Sara Casanovas. Im Jahr 2010 wurde er aufgrund dieses Sachverhalts zu einer 8-jährigen Gefängnisstrafe wegen Stalkings verurteilt. Ende Mai 2017 endete diese.

Nachdem jedoch in der Zelle des mit einer Persönlichkeitsstörung diagnostizierten Häftlings Fotos von Schauspielerinnen mit entsprechenden Kommentaren gefunden wurden, beschloss die spanische Regierung für die Zeit nach seiner Haftentlassung seine Abschiebung nach Deutschland anzutreten. Die Regierung ging in ihrer Anordnung davon aus, dass er auch nach acht Jahren Haft noch als gefährlich einzustufen und die „Expressabschiebung“ gerechtfertigt sei.

Es handelt sich dabei um eine in Bezug auf EU-Bürger sicherlich seltene und außergewöhnliche Maßnahme. Die Anordnung der Regierung verbietet ihm zudem die erneute Einreise nach Spanien für einen Zeitraum von 5 Jahren.

#### **B. Urheberrechtsverletzung, Mein Kampf, Urteil Nr. 171/2017 des Juzgado de lo Penal Nr. 16 von Barcelona**

**Ein spanischer Staatsangehöriger wird wegen einer Straftat der Urheberrechtsverletzung zu 6 Monaten Gefängnisstrafe und der Leistung von Schadenersatz in Höhe von 67.637,5 € an den Freistaat Bayern verurteilt, weil er Exemplare des Buchs „Mein Kampf“ verlegte und verkaufte.**

Der Verurteilte, mit Hochschulabschluss in Geschichte und Deutscher Philologie, ist Inhaber einer Buchhandlung und eines Verlags, mittels dessen er von 1997 bis 2010 das Buch „M.K. – Mi Lucha“ verlegte, verkaufte und vertrieb. Insgesamt verkaufte er 4.375 Exemplare und erzielte damit einen Gewinn in Höhe von 67.637,5 €

Dabei sei ihm bewusst gewesen, dass der Freistaat Bayern die Rechte an besagtem Werk inne hatte. Der Verurteilte selbst gab jedoch an, dass er davon ausging, das Buch frei verlegen zu dürfen und ihm auch von einem Rechtsanwalt aus Madrid bestätigt worden sei, dass die Rechte des Freistaats Bayern den Vertrieb des Buches durch ihn nicht hinderten. Er sei insbesondere dadurch in dieser Auffassung bestätigt worden, dass er zu keiner Zeit von Deutschland, Bayern oder dem deutschen Konsulat aufgefordert worden war, den Vertrieb des besagten Buches einzustellen.

Dagegen musste ihm spätestens ab dem 28. September 2009 bewusste gewesen sein, dass die Rechte am Buch allein dem Freistaat Bayern zustanden, da ihm dies im Rahmen seiner Vernehmung durch die Polizei so mitgeteilt wurde. Nichtsdestotrotz verlegte und vertrieb er auch bei einer Durchsuchung seiner Buchhandlung am 18. Januar 2011 nach wie vor das in Frage stehende Werk. Nicht zuletzt aus diesem Grunde wird seiner anfänglichen Aussage keine Beweiskraft zugestanden, obwohl diese von seinem Recht, die Unwahrheit zu sagen, gedeckt war.

Dem ist hinzuzufügen, dass der eifrige Verleger bereits vorher aufgrund der Rechtfertigung des von den Nationalsozialisten begangenen Völkermords aus seiner Perspektive des Historikers verurteilt worden war.

Die Verurteilung erfolgt unter Berufung auf das Gesetz „Ley de Propiedad Intelectual 1/1996“, welches auf den Sachverhalt anwendbar ist, da es zum Zeitpunkt der Tatbegehung in Kraft war. Besagtes Gesetz legte fest, dass die Urheberrechte nach dem Tod des Autors für einen Zeitraum von 80 Jahren auf dessen Erben übergehen. Besagter Zeitraum war im vorliegenden Fall noch nicht abgelaufen, da seit dem Selbstmord Hitlers am 30. April 1945 weniger als 80 Jahre vergangen waren. Das Urteil erwähnt dabei auch ausdrücklich die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886 und das Welturheberrechtsabkommen von Genf vom 6. November 1952. Letzteres bestimmt ausdrücklich: „*Die veröffentlichten Werke der Angehörigen eines vertragschliessenden Staates sowie die zuerst in dem Gebiet eines solchen Staates veröffentlichten Werke geniessen in jedem anderen vertragschliessenden Staat den gleichen Schutz, den dieser andere Staat den zuerst in seinem eigenen Gebiet veröffentlichten Werken seiner Staatsangehörigen gewährt.*“

Die Rechte des Freistaats Bayern an Adolf Hitlers Buch „Mein Kampf“ unterfallen somit dem Schutz des spanischen Urheberrechtsgesetzes 1/1996. Aus

diesem Grunde wurde das Verfahren auch dann fortgeführt, als sich das deutsche Konsulat bereits daraus zurückgezogen hatte, da die in Deutschland geltende Schutzfrist von 70 Jahren am 30. April 2015 bereits abgelaufen war.

Dies beeinflusst indessen nicht die Strafbarkeit in Spanien, welche, wie bereits gesagt, unter Anwendung des Urheberrechtsgesetzes 1/1996 nach wie vor fortbestand. Zu dem selben Ergebnis würde man im Übrigen auch unter Anwendung der deutschen Gesetzgebung kommen, da sich der Sachverhalt auch vor Ablauf der 70-jährigen Frist zugetragen hatte.

Sowohl die Buchhandlung als auch der Verlag haften neben dem Verurteilten zivilrechtlich für den Schadenersatz von 67.637,5 € gegenüber dem Freistaat Bayern.

#### IV. Unionsrecht

##### A. Wettbewerbsrecht, EuGH, Urteil in der Rechtssache C-74/16, vom 27. Juni 2017

##### Steuerbefreiungen der katholischen Kirche in Spanien können verbotene staatliche Beihilfen darstellen.

Im vorliegenden Fall wurde dem EuGH die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob eine Steuerbefreiung einer Religionsgemeinschaft eine verbotene staatliche Beihilfe darstellen kann, wenn diese insbesondere auch Tätigkeiten umfasst, die keinen strikt religiösen Zweck haben.

Der Gerichtshof kommt zu dem Schluss, dass eine Steuerbefreiung dann eine verbotene staatliche Beihilfe darstellen kann, wenn und soweit sie, wie im vorliegenden Fall, Bereiche oder Tätigkeiten der Religionsgemeinschaft betrifft, die wirtschaftlicher Art sind.

Der EuGH geht davon aus, dass die Befreiung von der in Frage stehenden Gemeindesteuer zumindest zwei der vier Voraussetzungen für die Einstufung als verbotene staatliche Beihilfe erfüllt: 1. Sie verschaffe der Kongregation, welche die Schule, deren Räumlichkeiten Gegenstand des Rechtsstreits sind, betreibt, einen selektiven wirtschaftlichen Vorteil und 2. führe sie zu einer Verringerung der Einnahmen der Gemeinde, so dass es sich dabei um den Einsatz staatlicher Mittel handele.

Hinsichtlich der anderen beiden Voraussetzungen (Auswirkungen des wirtschaftlichen Vorteils auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und Vorliegen

einer Wettbewerbsverzerrung) stellt der Gerichtshof fest, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Befreiung dazu führe, die Erbringung der Leistungen der religiösen Kongregation im Vergleich zu Einrichtungen, die auf dem gleichen Markt tätig sind, attraktiver zu gestalten. Das Unionsrecht bestimmt jedoch, dass Beihilfen, welche die Schwelle von 200.000 Euro innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen und den Wettbewerb nicht verfälschen oder zu verfälschen drohen, so dass solche Maßnahmen vom unionsrechtlichen Begriff der staatlichen Beihilfen ausgenommen sind. Das nationale Gericht habe daher zu prüfen, ob dieser Schwellenwert im vorliegenden Fall erreicht werde. Dabei seien nur diejenigen Vorteile zu berücksichtigen, die die religiöse Kongregation aus ihren etwaigen wirtschaftlichen Tätigkeiten ziehe.

Sollte das nationale Gericht demnach feststellen, dass eine staatliche Beihilfe vorliegt, müsste diese der Kommission mitgeteilt werden und dürfte nicht ohne deren Zustimmung durchgeführt werden.

## **B. Dienstleistungsfreiheit, EuGH, Urteil in der Rechtssache C-591/15, vom 13. Juni 2017**

### **Spanien, Gibraltar und das Vereinigte Königreich vor dem Brexit – Der unionsrechtliche Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit gilt nicht zwischen Gibraltar und dem Vereinigten Königreich**

Der vorlegende High Court of Justice wollte vom Gerichtshof wissen, ob Gibraltar und das Vereinigte Königreich für die Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs als Teile eines einzigen Mitgliedstaats anzusehen seien oder ob Gibraltar in diesem Bereich aus unionsrechtlicher Sicht den Status eines gegenüber dem Vereinigten Königreich gesonderten Gebiets habe, so dass die Dienstleistungen zwischen beiden als Handel zwischen zwei Mitgliedstaaten zu behandeln seien.

Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass die Verträge auch auf europäische Hoheitsgebiete Anwendung finden, deren auswärtige Beziehungen einer der EU-Mitgliedstaaten wahrnimmt. Gibraltar ist ein solches europäisches Hoheitsgebiet, dessen auswärtige Beziehungen ein Mitgliedstaat, das Vereinigte Königreich, wahrnimmt, so dass das Unionsrecht grundsätzlich gilt.

Zwar sind laut Beitrittsakte von 1972 in bestimmten Bereichen des Unionsrechts die Unionsrechtsakte auf Gibraltar nicht anwendbar, jedoch ist der freie Dienstleistungsverkehr davon nicht betroffen, so dass Art. 56 AEUV auf Gibraltar Anwendung findet.

Anschließend verweist der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung, wonach die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen, keine Anwendung finden.

Die Erbringung von Dienstleistungen durch in Gibraltar niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer an in Großbritannien ansässige Personen stellt, unionsrechtlich gesehen, einen rein innerstaatlichen Sachverhalt dar, welcher nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausgeht.

Der Gerichtshof bestätigt somit einerseits, dass Gibraltar nicht zum Vereinigten Königreich gehört. Andererseits macht er aber auch deutlich, dass dieser Umstand für die Feststellung, ob zwei Hoheitsgebiete für die Zwecke der Anwendung der Bestimmungen über die Grundfreiheiten einem einzigen Mitgliedstaat gleichzustellen sind, nicht ausschlaggebend ist.

Demnach gäbe es keinen Grund, die Beziehungen zwischen Gibraltar und Großbritannien für die Zwecke des Art. 56 AEUV als den Beziehungen zwischen zwei Mitgliedstaaten gleichartig anzusehen. Alles andere würde bedeuten, die im Unionsrecht anerkannten geschichtlichen Verbindungen zwischen diesem Hoheitsgebiet und dem besagten Mitgliedstaat zu leugnen. Insbesondere hat das Vereinigte Königreich die aus den Verträgen fließenden Verpflichtungen gegenüber den anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Anwendung und Umsetzung des Unionsrechts im Hoheitsgebiet von Gibraltar übernommen.

Nicht zuletzt mit Blick auf die Brexit-Verhandlungen scheint sich der EuGH mit diesem Urteil in der immer wiederkehrenden Frage um die Zugehörigkeit der knapp sieben Quadratkilometer großen Halbinsel und die Hoheitsansprüche der Spanier fürs Erste auf die Seite Großbritanniens gestellt zu haben.

## **V. Internationales Schiedsrecht**

### **Investitionsstreit über Energieförderung in Spanien, ICSID Case No. ARB/13/36, Schiedsspruch vom 4. Mai 2017**

**Das bei der Weltbank angesiedelte Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten hat Spanien zur Zahlung von 128 Millionen Euro Schadensersatz an einen luxemburgischen Investor verurteilt.**

Grund für die Verurteilung war die rückwirkende Kappung staatlich garantierter Ökostromsubventionen in Form von Einspeisevergütungen für erneuerbare Energien in den Jahren 2010 bis 2014.

Brisant ist die Entscheidung insbesondere deshalb, weil spanische Investoren, innerhalb derselben Fallkonstellation, vor den nationalen Gerichten unterlagen. Der Schiedsspruch wird von den unterlegenen, nationalen Unternehmen sicherlich mit ungläubigem Staunen aufgenommen worden sein. Nicht zuletzt deshalb, weil ihnen als nationalen Unternehmen der Weg zum Internationalen Schiedsgericht verwehrt bleibt.

Der häufig ins Feld geführte Vorwurf, Investitionsschutzklauseln würden unter Umgehung der unabhängigen, staatlichen Gerichte demokratischer Länder, hier Spaniens, zu einer Paralleljustiz für ausländische Konzerne führen, wird anhand dieses Beispiels jedenfalls bekräftigt.

## VI. Menschenrechte

### EGMR, Urteil in der Rechtssache 8675/15 vom 3.10.2017

**Durch spanische Polizisten vorgenommene „heiße“ Rückführungen, bei denen Flüchtlinge ohne Feststellung ihrer Personalien von der Exklave Melilla nach Marokko abgeschoben werden, verstößen gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.**

Nach Auffassung des Gerichts ist die Konvention anwendbar, da Spanien an den Grenzzäunen die faktische Kontrolle ausgeübt habe – unabhängig davon, ob die Flüchtlinge bereits spanisches Staatsgebiet erreicht hätten oder nicht.

Dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte liegt folgender Fall zugrunde: im August 2014 waren die Beschwerdeführer zusammen mit ca. 70 weiteren Menschen über den Grenzzaun der spanischen Exklave Melilla geklettert. Auf spanischer Seite angekommen wurden sie festgenommen und von der spanischen Polizei unmittelbar nach Marokko zurückgeführt. Nach den vom EGMR durchgeföhrten Ermittlungen waren ihre Identitäten nicht überprüft worden. Ihnen sei ebenso wenig die Möglichkeit gewährt worden, ihre persönlichen Umstände zu erklären und sie verfügten weder über anwaltlichen Beistand, noch stand ihnen ein Übersetzer zur Seite.

Das dargestellte Vorgehen ist nach Meinung des EGMR eine unzulässige Kollektivabschiebung. Mit diesem Vorgehen verstößt die spanische Regierung gegen das Verbot der Kollektivausweisung nach Art. 4 des Vierten Zusatzprotokolls, sowie das Rechts auf effektive Rechtsmittel (Art 13. EMRK). Der EGMR verurteilte den spanischen Staat zur Zahlung einer Entschädigung von 5.000 Euro an jeden einzelnen der beiden Beschwerdeführer.



\*Abogada, Bilbao  
t.neskovic@gmail.com

## Junge Juristen / Jóvenes Juristas

### **Einführung in das spanische Recht an der Universität Bayreuth – ein Erfahrungsbericht über den Sommerkurs 2017**

Jörg Steinheimer\*

*Eingebettet in die Sommeruniversität, fand vom 7. bis zum 18. August 2017 auf dem Campus der Universität Bayreuth eine Neuauflage der „Einführung in das spanische Recht“ statt. Dieser Sommerkurs wird vom Lehrstuhl Prof. Dr. Stefan Leible veranstaltet und von dessen wissenschaftlicher Mitarbeiterin Dr. Rosa Miquel Sala organisiert.*

Um das Ergebnis gleich vorweg zu nehmen: die Bezeichnung „Einführung in das spanische Recht“ ist zu bescheiden. Denn eine solche könnte auch für eine eintägige Veranstaltung vergeben werden. Tatsächlich verbirgt sich hinter der „Einführung“ mit symbolisch niedriger Kursgebühr ein solider Grundkurs, der einen hervorragenden Überblick über das spanische Recht, seine Besonderheiten und seine Institutionen bietet. Auch und gerade der Praktiker kann diesen Kurs mit großem Gewinn besuchen, nicht zuletzt wegen der guten Kontaktmöglichkeiten zu Lehrern und Praktikern des spanischen Rechts. Dass es auch die Möglichkeit zu einer Abschlussklausur und 4 ECTS gibt, ist ein schöner Nebeneffekt.

Dem Zufall geschuldet, fanden wir Teilnehmer uns als eine recht repräsentative Juristen-Mischung zusammen: eine Studierende, eine Lehrstuhlinhaberin für Strafrecht, eine Richterin und ein Anwalt. Für diverse Veranstaltungen schauten noch Studierende des in Bayreuth in Kooperation mit der Universidad Pablo de Olavide de Sevilla angebotenen *doble grado* vorbei (vgl. hierzu INF II/2017, S. 107).

Als Kleingruppe hatten wir das Privileg, dass uns in einem traumhaften Betreuungsverhältnis in kurzweiligen zwei Wochen das gesamte Panorama des spanischen Rechts nebst einem kleinen Abstecher in das Rechtsspanische dargeboten wurde: *civil, constitucional, mercantil* und Annexgebiete, *familia y sucesiones, procesal, internacional privado e interregional, administrativo* und *penal*. Ein Abend in der kultigen Gaststätte „Liebesbier“, zu dem sich auch ein paar Studierende trauten, fehlte auch nicht.

Besonders gut gefallen haben uns die Darstellungen von Dr. Carmen Fernández Canales aus Santander zum Familien- und Erbrecht, der objektive Blick des

aus Kuba stammenden Verfassungsrechtlers Dr. Antonio-Filiu Franco Pérez aus Oviedo auf die spanische Verfassungswirklichkeit, die Erörterung der „clausula suelo“ mit der entspannten Ex-Richterin, Anwältin und Deusto-Hochschullehrerin Dr. Marisa Gracia Vidal aus Bilbao und der Einstieg mit der (nebenbeigemerkt, in Pausen fließend hervorragendes Deutsch sprechenden!) Strafrechtsprofessorin Dr. Patricia Esquinas Valverde aus Granada in das spanische Strafrecht, das dem deutschen dogmatisch doch recht nahe steht.

„Sehr empfehlenswert, ein großes Lob an die Veranstalter und das Konzept! Und vor allem: dieser Sommerkurs ist nicht nur etwas für Studierende, sondern definitiv auch etwas für Praktiker. Wir wünschen dem Sommerkurs mehr Bekanntheit und mehr Teilnehmer!“ meinen Alina Pennartz, Prof. Dr. Katharina Beckemper, Britta Schwemmer und Jörg Steinheimer.



Rechtsanwalt  
LIEB. Rechtsanwälte  
Nürnberg  
[Joerg.Steinheimer@lieb-online.com](mailto:Joerg.Steinheimer@lieb-online.com)  
[www.lieb-online.com](http://www.lieb-online.com)

## Curso de Verano “Introducción al Derecho español” 2017 en la Universidad de Bayreuth

Philipp Renninger\*

Del 7 al 18 de agosto de 2017 se reunieron en la Universidad de Bayreuth seis profesores de Derecho de diversas Universidades españolas y varios alumnos interesados en aprender de ellos. En su entero y cabal juicio, todos ellos renunciaron al debido veraneo para participar en el Curso de verano “Introducción al Derecho español”, lo que se recompensó tanto a nivel lingüístico como académico y profesional.

### **1. La universidad y el curso**

Cabe destacar el enfoque académico de la Universidad de Bayreuth respecto al Derecho español: tienen convenios ERASMUS con diez universidades españolas. En cada semestre se pueden cursar tanto una formación adicional en español jurídico como clases de Derecho español y desde el año 2014 se ofrece un doble grado – Grado en Derecho y Bachelor of Laws – en colaboración con la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Por último, cada año se organiza el mencionado Curso de verano, de modo que personas ajena a esta Universidad altofrancona también pueden disfrutar de este enfoque ibérico.

El curso fue beneficioso para todo tipo de participantes. Por un lado, como todas las clases se desarrollaron en español, los alumnos pudieron mejorar significativamente su competencia lingüística, particularmente en lo relativo a la terminología jurídica y al español oficial y administrativo. No obstante, en el curso también se destacó que existen grandes diferencias entre el ordenamiento jurídico español y alemán. Entre ellas se encuentran la existencia de un Derecho interregional, los presupuestos de objeto y causa en el Derecho de obligaciones, la transmisión de la propiedad y otros aspectos del negocio dispositivo, el enfoque del Derecho administrativo que no se basa en la parte especial, y muchas más.

### **2. Informaciones prácticas<sup>1</sup>**

El programa docente –probado y establecido desde hace varios años– empieza por el Derecho constitucional como base del ordenamiento jurídico español. Se centra en el Derecho privado y sus distintas ramas, incluyendo el Derecho procesal, de familia y sucesiones, internacional privado e interregional, sumando así un 60 por ciento del contenido total cursado. El curso termina con el estudio del Derecho administrativo y el Derecho penal.

Los profesores, procedentes de distintas prestigiosas universidades de la Península, impartieron las clases de manera muy activa y participativa. La mayoría de ellos había también estudiado o investigado en universidades alemanas, lo que les permitía llevar a cabo una comparación profunda con el Derecho alemán y un entendimiento de las dudas específicas de los (futuros) juristas alemanes. Los docentes quedaron a disposición de los estudiantes para las preguntas que quisiesen realizarles en lo relativo al derecho material o a la vida jurídica en España, tanto durante como después del curso (incluso en la cafetería o en el comedor). Además, facilitaron abundante material complementario para utilizarlo a lo largo del curso y también a posteriori, desde glosarios hasta textos de manuales y tratados.

Tras haber cursado el programa, a los participantes se les entregó un certificado de asistencia. Además, aquellos que lo deseaban pudieron participar en un examen final opcional; si se aprobaba dicha prueba se otorgaba además un certificado académico convalidable por cuatro créditos ECTS.

El Curso de verano se realiza en el marco de la “Sommeruniversität”, un programa de la Universidad Bayreuth destinado a alumnos internacionales. Existe la posibilidad de conocer a estos jóvenes de todo el mundo y de participar en las actividades deportivas y culturales ofrecidas, que incluyen también excursiones a Bamberg y Dresde. Ya en la intimidad, se les dio a los colaboradores y participantes del curso la oportunidad de descubrir la cultura altofrancona y a la vez conocerse mejor entre ellos mediante una degustación nocturna de cerveza bávara

---

\* Estudiante, Universidad Alberto-Ludoviciana de Friburgo de Brisgovia; El autor desea expresar su más sincera gratitud a Marta Zomeño Pérez (Universidad de Leipzig) por las correcciones lingüísticas.

---

<sup>1</sup> Para tener más informaciones prácticas véanse los informes sobre los Cursos de verano de los años 2013 y 2015 en las correspondientes publicaciones de “Informaciones”.

y una cena final. Por último, cabe destacar que al mismo tiempo se celebraban los famosos festivales wagnerianos con entradas en taquilla muy asequibles, de lo que se supo aprovechar el autor del artículo.

### 3. Conclusión

Si todas las clases de Derecho impartidas por profesores españoles cuentan con un nivel tan elevado, no debería desaprovecharse la oportunidad de estudiar en la Península. Y si todas las clases de

Derecho en Bayreuth tienen una calidad tan alta, es una lástima no estudiar en la capital altofrancona.

Por último, es necesario destacar y agradecer la maravillosa organización por parte de la Dr. Rosa Miquel Sala, la cual queda exonerada de su responsabilidad sobre el tiempo frío y lluvioso en Bayreuth por fuerza mayor, pues el curso se parecía más a un Curso de invierno “Introducción al Derecho siberiano” (o, como poco, al Derecho foral vasco). Y mucho más para una persona que viene de la “Andalucía alemana”, Friburgo de Brisgovia, como el autor del artículo.

### Notizen aus der Vereinigung / Noticias de la Asociación

El 11 de noviembre tuvo lugar el mini-congreso de Múnich. El congreso estuvo especialmente dirigido a abogados mercantilistas y trató sobre la responsabilidad de los administradores por su gestión previa a la insolvencia. Las ponencias, a cargo de los Doctores en Derecho D. Fernando Marín de la Bárcena y D. Christoph Herbst, tuvieron un altísimo nivel jurídico y fueron realmente prácticas y amenas, en opinión de todos los asistentes.

El congreso anual 2018 tendrá lugar en Leipzig, del 30 de mayo al 3 de junio.

Se están organizando grupos de trabajo sobre temas muy interesantes, como derecho del deporte, sistemas de comunicaciones electrónicas con la administración de justicia, pactos de socios o el régimen de responsabilidad en negocios inmobiliarios. Como novedad, se está organizado una ponencia menos jurídica, pero que creemos que puede ser muy interesante para todos nosotros: un profesor de IESE hará una presentación sobre procesos de “toma de decisiones”.

Durante estos últimos meses han tenido lugar varias reuniones de la junta directiva, en las que aparte de organizarse los distintos congresos, se han tomado diversas decisiones relativas a la gestión diaria de la asociación. Cabe mencionar que se va a implementar un sistema de comunicación telemático de modo que, además del tradicional tríptico, cada socio reciba una invitación vía email a los congresos, así como un calendario de los siguientes eventos. De este modo se facilitarán los registros vía internet, así como que podamos reenviar las invitaciones y calendario a nuestros contactos.

Am 11. November fand der Minikongress in München statt. Der Kongress richtete sich vor allem an Handelsrechter und handelte von der Haftung der Geschäftsführer in der Krise und Insolvenz des Unternehmens. Die Vorträge, von höchstem juristischem Niveau, wurden von den Dres. Fernando Marín de la Bárcena und Christoph Herbst gehalten und waren nach Meinung aller Anwesenden praxisbezogen und verständlich.

Der Jahrestkongress 2018 wird vom 30. Mai bis 3. Juni in Leipzig stattfinden.

In Vorbereitung befinden sich sehr interessante Arbeitsgruppen zu Themen wie Sportrecht, elektronischer Rechtsverkehr, Gesellschaftervereinbarungen und Gewährleistungsrecht bei Immobilientransaktionen. Neu eingeführt wird eine „weniger juristische“ Arbeitsgruppe, von der wir glauben, dass sie reges Interesse finden wird und dieses Mal das Thema „Treffen von Entscheidungen“ behandeln wird. Als Referenten konnten hierfür einen spanischen Professor des IESE gewinnen.

In diesen letzten Monaten haben mehrere Vorstandssitzungen stattgefunden, bei denen neben der Organisation verschiedener Kongresse auch andere Entscheidungen hinsichtlich des Tagesgeschäfts getroffen wurden. Hervorzuheben ist, dass ein telematisches Kommunikationssystem eingeführt werden soll, mit dem neben dem traditionellen Programm, die Mitglieder eine Kongresseinladung sowie einen Veranstaltungskalender per Email erhalten sollen. Auf diese Weise werden die Anmeldungen per Internet erleichtert, und wir können Einladungen

Otra decisión ha sido abrir la puerta a que empresas puedan patrocinar nuestros congresos. En tal sentido, no dudéis en remitir los datos de cualquier posible patrocinador a nuestro Secretario General, Lutz Carlos Moratinos Meissner.

También cabe mencionar que en adelante los artículos de nuestra revista Informaciones serán accesibles a través de nuestra página web. Con ello se pretende por un lado incentivar a los autores a publicar y por otro, dar publicidad a la asociación.

El mini congreso de primavera tendrá lugar en Málaga, el día 3 de marzo de 2018, y versará sobre el nuevo Reglamento Europeo de protección de datos de carácter personal. Es ésta una norma que afectará a todas las empresas europeas de todos los sectores y que, dada su aplicación directa sin necesidad de transposición, es de gran relevancia para cualquier despacho de abogados.

Esperando encontraros en Málaga, recibid un cordial saludo,

Víctor Fabregat

und Veranstaltungskalender an unsere Kontakte weiterleiten.

Ferner wurde entschieden, dass unsere Kongresse von Firmen gesponsert werden können. In diesem Sinne freuen wir uns, wenn Vorschläge für eventuelle Sponsoren an unseren Generalsekretär Lutz Carlos Moratinos Meissner herangetragen werden.

Erwähnenswert ist auch, dass alle Artikel unserer Zeitschrift „informaciones“ ab 2015 in unsere Homepage gestellt wurden. Hiermit möchten wir einerseits die Autoren dazu anregen, Artikel zu veröffentlichen und andererseits die Vereinigung bekannt machen.

Der Minikongress im Frühling wird am 3. März 2018 in Málaga stattfinden zu dem Thema der neuen EU-Datenschutz-Grundverordnung. Diese Verordnung betrifft europäische Unternehmen aller Bereiche und ist auf Grund ihrer direkten Anwendbarkeit ohne Notwendigkeit einer Umsetzung für jede Kanzlei von großer Bedeutung ist.

Wir freuen uns auf ein Wiedersehen in Málaga. Bis dahin, herzliche Grüße

Víctor Fabregat



Vocal DSJV-AHAJ  
Abogado  
Fabregat Peralles Sales Abogados,  
Barcelona  
v.fabregat@fabregat-peralles-sales.com  
www.fabregat-peralles-sales.com

### **Rechtsvergleichende Dissertationen zur AGB-Kontrolle, insbesondere in Spanien**

An der Forschungsstelle für Verbraucherrecht der Universität Bayreuth sollen durch rechtsvergleichende Promotionen Rechtsfragen der AGB-Kontrolle näher erschlossen werden. Im Mittelpunkt des Interesses steht eine Auseinandersetzung mit der AGB-Kontrolle in Spanien und Deutschland unter Berücksichtigung der hierzu einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben.

Vorschläge für Vergleiche mit anderen Rechtsordnungen sind willkommen. Betreut werden die Arbeiten durch Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Lehrstuhl Verbraucherrecht. Interessenten werden gebeten, ihre Unterlagen beim Lehrstuhl für Verbraucherrecht ([ls-schmidt-kessel@uni-bayreuth.de](mailto:ls-schmidt-kessel@uni-bayreuth.de)) einzureichen. Für Rückfragen stehen Prof. Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Malte Kramme ([malte.kramme@uni-bayreuth.de](mailto:malte.kramme@uni-bayreuth.de)) zur Verfügung.

### Nachruf

El pasado 18 de octubre de 2017 ha fallecido en Hamburgo de forma imprevista uno de nuestros socios y amigo Dr. Günther F. Hoffmann a los 71 años de edad.

Günther fue socio fundador de nuestra Asociación en 1984 y asistió con regularidad a casi todos los congresos anuales de la Asociación. Su amor por España era tan grande que con gran pasión intervino activamente desde el comienzo. A pesar de su personalidad hamburguesa, supo adecuarse perfectamente a la mentalidad española en los Congresos y en sus relaciones con los socios. Trabajamos bajo el mismo techo 20 años y a pesar de tener personalidades diferentes, Günther siempre me decía, "somos distintos pero nos complementamos".

Nunca le gustó improvisar, siempre preparaba sus charlas con gran esmero. Su gran amor era la docencia, aspecto que muchos socios no conocen. Siempre dió clases incluso este año para miembros de una importante Auditoría y también para un Instituto que preparaba a aquellas personas que deseaban dar el examen de Steuerberater y de Censor Jurado de Cuentas. La honradez fue otra de sus cualidades, rechazando en forma tajante a posibles clientes que buscaban por medios poco claros evadir sus obligaciones tributarias. Honradez, generosidad y un trato siempre exquisito es lo que nos hará recordarle siempre. Descanse en paz.

Roberto Carballo Lázaro

## Stellenmarkt / Mercado de trabajo

### Stellenangebot / Oferta de empleo

#### **Dr. Artz, López & Col., Kanzlei für Deutschland, Spanien und Lateinamerika**

Wir suchen ab sofort in Vollzeit und in Teilzeit zwei ReNo-Fachangestellte/n. Es erwartet Sie ein engagiertes Team und ein Arbeitsklima, auf das wir stolz sind:

Unsere Kanzlei setzt ihren Schwerpunkt in zukunftssicheren Rechtsbereichen, vor allem im

(internationalen) Erbrecht und Familienrecht und zudem im Immobilienrecht. Sie unterstützen unsere Arbeit als Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter und -pfleger. Spanisch- u./o. Englischkenntnisse sind von Vorteil, aber nicht Voraussetzung.

Ihre Bewerbung senden Sie bitte an [mail@artzlopez.com](mailto:mail@artzlopez.com); [www.artzlopez.com](http://www.artzlopez.com)

### Referendarsstationen / Praktikantenplätze Pasantías / Prácticas

#### **AD & M Abogados y Consultores**

Unsere international ausgerichtete Rechtsanwaltskanzlei mit dem Schwerpunkt auf deutsch-spanischen Rechtsbeziehungen befindet sich im Zentrum von Barcelona. Unsere Tätigkeitsschwerpunkte sind Gesellschafts-, Handels-, Erb-, Familien- und allgemeines Zivilrecht. Wir bieten deutschen Rechtsreferendaren oder Jurastudenten mit Spanischkenntnissen die Möglichkeit, Ihre Wahlstation oder ein Praktikum in unserer Kanzlei zu absolvieren.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbungsunterlagen postalisch an ADM Abogados y Consultores, Calle Balmes 163, Pral., 2a, 08008 Barcelona, Spanien z.H. von RA Robert Engels oder per e-mail an [info@admabogados.net](mailto:info@admabogados.net).

#### **AR Abogados Asociados**

Despacho especializado en derecho internacional privado, comunitario, mercantil, inmobiliario, procesal y familia.

Ofrecemos a pasantes alemanes la posibilidad de realizar prácticas en Barcelona, y conocer las relaciones comerciales y jurídicas hispano-alemanas. Requisito imprescindible el conocimiento del idioma español, hablado y escrito.

Pueden enviar sus CV a: AR ABOGADOS ASOCIADOS, A/a Dep. Personal, Provença, 278, 1r bis, 1<sup>a</sup>, E-08008 Barcelona, [info@ar-advocats.com](mailto:info@ar-advocats.com)

#### **Castellana Legal Abogados**

Wahlstation für Rechtsreferendare/Praktikanten

Unsere Kanzlei bietet Referendaren/Praktikanten die Möglichkeit, in Madrid die Wahlstation bzw. ein Praktikum zu absolvieren. Kenntnisse der spanischen Sprache sind erforderlich. Bei Interesse

Bewerbungen bitte per e-mail z. Hd. von Marcos Andreu Bleckmann an [mableckmann@c-legal.com](mailto:mableckmann@c-legal.com) unter Kennwort "Praktikum" zusenden.

#### **Dikeos Estudio Jurídico**

Wir sind eine international ausgerichtete Madrider Rechtsanwaltskanzlei mit Tätigkeitsschwerpunkten im Arbeits-, Gesellschafts-, Handels- und Zivilrecht, die sowohl forensisch als auch beratend tätig ist. Unsere Klienten sind hauptsächlich Wirtschaftsunternehmen, auch aus dem deutschsprachigen Ausland.

Wir bieten Rechtsreferendaren / -innen die Möglichkeit, Ihre Wahlstation in unserem Madrider Büro abzuleisten.

Gute bis sehr gute Spanischkenntnisse sowie Interesse für internationale, insb. deutsch-spanische Rechtsbeziehungen setzen wir voraus. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung.

Paseo de la Habana, 5. Tel: 91 5903370, Fax 91 5638560; Ansprechpartner: Christian Alexander Paschkes ([apaschkes@dikeos.com](mailto:apaschkes@dikeos.com)).

#### **Dr. Frühbeck Abogados**

Wir bieten Referendaren/innen und Praktikanten/innen mit guten Deutsch- und Spanischkenntnissen die Möglichkeit, eine oder mehrere Stationen bzw. ein mehrmonatiges Praktikum in unseren Kanzleien in Barcelona, Palma de Mallorca, Marbella und Las Palmas G.C. zu absolvieren. Es wird ein Zeitraum von mindestens 3 Monaten bevorzugt. Wir bearbeiten hauptsächlich Fälle im Bereich des Handels-, Unternehmungs- und Arbeitsrechts.

Ofrecemos a pasantes con buenos conocimientos de alemán y español la posibilidad de realizar prácticas

en nuestras oficinas de Barcelona, Palma de Mallorca, Marbella y Las Palmas G.C. Preferente un período no inferior a tres meses. Principalmente trabajamos los campos del derecho mercantil, societario y laboral.

Barcelona: Tel.: (00 34) 93 254 10 70; Email: [barcelona@fruhbeck.com](mailto:barcelona@fruhbeck.com)

Canarias: Tel.: (00 34) 928 432 676; Email: [canarias@fruhbeck.com](mailto:canarias@fruhbeck.com)

Mallorca: Tel.: (00 34) 971 719 228; Email: [mallorca@fruhbeck.com](mailto:mallorca@fruhbeck.com)

Marbella: Tel.: (00 34) 95 276 52 25; Email: [marbella@fruhbeck.com](mailto:marbella@fruhbeck.com)

### **Gerboth & Partner**

Wir bieten Referendaren oder Studenten mit guten Spanischkenntnissen die Möglichkeit ihre Wahl- oder sonstige Ausbildungsstation während eines Zeitraumes, der drei Monate nicht unterschreiten sollte, in unseren Büros in Palma de Mallorca oder Ibiza zu absolvieren.

Des weiteren bieten wir spanischen Praktikanten mit guten Deutschkenntnissen die Möglichkeit zur Durchführung eines Rechtspraktikums in unseren Büros, ebenfalls für einen Zeitraum, der drei Monate nicht unterschreiten sollte.

Ansprechpartner: Christian Gerboth, Palma de Mallorca - Tel.: 0034-971722494; E-mail: [info@gerboth-partner.com](mailto:info@gerboth-partner.com)

### **Fabregat, Perulles, Sales, Abogados, Rechtsanwälte**

Wir bieten deutschen Referendaren mit guten Spanischkenntnissen die Möglichkeit, ihre Wahlpflichtausbildung oder sonstige Ausbildungsstationen in unseren Kanzleien in Barcelona und Pollença (Mallorca) zu absolvieren.

Plaza Bonanova, 4, 1º1<sup>a</sup>, E- 08022 Barcelona, Tel. 0034/ 93 205 42 31, Fax. 0034/ 93 418 955, Ferrán Sors, 4, 3º1<sup>a</sup> E – 43850 Cambrils, Tel. 0034/ 977 79 41 26 Fax 0034/ 977 36 23 48, Sor Flor Ricomana, 2, 1º C, E – 07460 Pollença (Mallorca), Tel. 0034/ 971 53 17 33, 0034/ 971 53 10 84, e-mail: [fps@fabregat-perulles-sales.com](mailto:fps@fabregat-perulles-sales.com), Internet: [www.fabregat-perulles-sales.com](http://www.fabregat-perulles-sales.com).

### **Göhmann**

Als deutsch-spanische Kanzlei mit umfangreichen Tätigkeitsbereichen in beiden Rechtskreisen bieten wir interessierten deutschen Referendaren und spanischen Praktikanten die Möglichkeit, in einem unserer Büros in Bremen oder Barcelona eine oder mehrere Stationen bzw. ein mehrmonatiges Praktikum zu absolvieren. Sehr gute Sprachkenntnisse sind Voraussetzung. Bitte senden Sie Ihre Bewerbungsunterlagen an:

Bewerbungen in Deutschland: Dr. Arne Koch, Wachtstr. 17-24, D-28195 Bremen, Tel.: 0421/33953-0, e-mail: [bremen@gohmann.de](mailto:bremen@gohmann.de)

Bewerbungen in Spanien: Marcel Gentner, Provenza, 278, 1º Bis 1<sup>a</sup> 2<sup>a</sup>, E-08008 Barcelona, Tel: 93 2155338, e-mail: [barcelona@gohmann.es](mailto:barcelona@gohmann.es)

Für Informationen können Sie unsere Internetseite [www.gohmann.de](http://www.gohmann.de) besuchen.

### **Gómez Acebo & Pombo**

Referendaren mit Spanischkenntnissen bieten wir die Möglichkeit ihre Wahlstation während eines Zeitraumes von drei Monaten in unserer Kanzlei in Madrid zu absolvieren.

Schriftliche Bewerbungen richten Sie bitte an: Frau Christina Sánchez Weickgenannt, E-mail: [csanchezw@g-ap.com](mailto:csanchezw@g-ap.com) Tel.: 0034 91 582 9218

### **Anwaltskanzlei Dr. Sabine Hellwege**

bietet Rechtsreferendaren / Rechtsreferendarinnen mit Spanischkenntnissen die Möglichkeit die Wahlfachstation oder sonstige Ausbildungsstationen während eines Zeitraumes, der drei Monate nicht unterschreiten sollte, in der Kanzlei in Palma de Mallorca zu absolvieren.

Ansprechpartnerin: Dr. Sabine Hellwege, Rechtsanwältin u. Abogada, Niedersachsenstr. 11, D-49074 Osnabrück , Tel.: + 49 541 20 22 555, Fax: + 49 541 20 22 559, Mobil:+ 49 171 8385328, E-mail: [Shellwege@t-online.de](mailto:Shellwege@t-online.de) , Internet: [www.hellwege.de](http://www.hellwege.de) oder Avda. Jaime III Nr. 17, 2, 27, E-07012 Palma de Mallorca, Tel.: + 34 971 9054 12, Fax: + 34 971 9054 13

### **Hernandez-Martí, Abogados**

Wir bieten deutschen Referendaren mit Spanischkenntnissen die Möglichkeit ihre Wahlstation während eines Zeitraumes von drei Monaten in unserer Kanzlei in Valencia zu absolvieren.

Ansprechpartnerin: Amparo Llorens. Abogada. c/ Convento Santa Clara, 10-3. E-46002 Valencia. Tel: +34 963532553, Fax:+34 963511220, Email: [a.llorens@hernandez-marti.com](mailto:a.llorens@hernandez-marti.com). [www.hernandez-marti.com](http://www.hernandez-marti.com)

### **Iurisconsultants Abogados-Rechtsanwälte**

Deutsch-spanische Rechtsanwaltskanzlei mit Sitz in Manacor/Mallorca und zivilrechtlicher Ausrichtung sucht Jurastudenten und Rechtsreferendare mit guten Spanischkenntnissen, denen wir im Rahmen eines Praktikums/Ausbildungsstation eine interessante Tätigkeit anbieten.

Ansprechpartner: Rechtsanwalt-Abogado Mirko Jurisch, C/Amargura, 14, 1º-1<sup>a</sup>, E-07500 Manacor, Tel. 971 845805, Fax 971 844872, email:

[jurisch@iurisconsultants.com](mailto:jurisch@iurisconsultants.com),  
[www.iurisconsultants.com](http://www.iurisconsultants.com)

### **Jakstadt – Abogados – Berlin**

Wir bieten in unserer Kanzlei in Berlin eine vollständige Rechts- und Steuerberatung für Unternehmen aus Spanien und Südamerika in Deutschland als auch für deutsche Mandanten mit Schwerpunkt in Spanien an.

Referendare mit guten spanischen Kenntnissen sowie pasantes mit guten Deutschkenntnissen bieten wir die Möglichkeit der Ausbildung und Mitarbeit in unserer Kanzlei in Berlin an.

Kanzlei Berlin, Telefon: 0 30/24 62 92 0, Telefax: 0 30/24 62 92 20, e-mail: [info@jakstadt.de](mailto:info@jakstadt.de), Internet: [www.jakstadt.de](http://www.jakstadt.de), Ansprechpartner: Abogada Belén Martínez Molina, Rechtsanwalt Thomas Jakstadt.

### **Loeber & Lozano Abogados**

Deutsch-Spanische Rechtsanwaltskanzlei bietet deutschen und spanischen Referendaren und Praktikanten mit guten Deutsch- und Spanischkenntnissen die Möglichkeit, eine oder mehrere Stationen bzw. ein mehrmonatiges Praktikum zu absolvieren. Tätigkeitschwerpunkte sind Erbschafts-, Immobilien-, Gesellschafts- und Steuerrecht.

Bitte richten Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen an: Loeber & Lozano Abogados, z. H. Fernando Lozano, Conde de Salvatierra, 21, E-46004 Valencia, Tel. +34 963 28 77 93, Fax +34 963 28 77 94, E-Mail: [info@loeberlozano.com](mailto:info@loeberlozano.com)"

### **Kanzlei Löber Steinmetz & García**

In unserer Kanzlei in Frankfurt bieten wir Referendaren und Praktikanten mit guten Deutsch- und Spanischkenntnissen die Möglichkeit, eine oder mehrere Stationen bzw. ein mehrmonatiges Praktikum zu absolvieren. Tätigkeitschwerpunkte sind IPR, Erbschafts-, Immobilien- und Gesellschaftsrecht. Wir legen Wert auf selbständiges Arbeiten und hohe Motivation und können Ihnen im Gegenzug eine abwechslungs- und lehrreiche Tätigkeit anbieten.

Bitte richten Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen an: Kanzlei Löber Steinmetz & García, z.Hd. Herrn Dr. Burckhardt Löber, Kaulbachstr. 1, D-60594 Frankfurt, Tel. 069/96 22 11 23,20, Fax 069/96 22 11 11, e-mail: [info@l-s-w.de](mailto:info@l-s-w.de)

### **Lohmann & Dr. Ahlers, Rechtsanwälte in Partnerschaft, Notar, Fachanwalt für Verkehrsrecht**

Wir bieten deutschen und spanischen Referendaren oder Praktikanten die Möglichkeit, im Rahmen einer Stage erweiterte Kenntnisse des Deutschen Rechts

und der deutschen Sprache zu erwerben. Der Zeitraum sollte dabei drei Monate nicht unterschreiten. Tägliche Anwesenheit ist erwünscht und sinnvoll.

Ofrecen la posibilidad de realizar prácticas o pasantías a alemanes y españoles que deseen ampliar sus conocimientos en Derecho Alemán y la lengua alemana. El período de éstas no deberá ser superior a los tres meses. Se recomienda la asistencia diaria a fin de obtener buenos resultados.

Kontakt / Contacto: RA Wolfgang Lohmann, Pelzerstrasse 4, D - 28195 Bremen, Tel. 0421/18571 Fax 0421/12648, [RA-Lohmann-Ahlers@gmx.de](mailto:RA-Lohmann-Ahlers@gmx.de)

### **Bufete Mañá-Krier, Abogados Asociados**

Unsere wirtschaftsrechtlich ausgerichtete Anwaltskanzlei mit einem Schwerpunkt im deutsch-spanischen Rechtsverkehr bietet Rechtsreferendaren mit Spanischkenntnissen die Möglichkeit, Ihre Wahlstation oder sonstige Auslandsstationen in unserer Kanzlei zu absolvieren. Unsere Tätigkeitschwerpunkte sind Gesellschafts- und Handelsrecht, Steuerrecht sowie Immobilien-, Erb- und allgemeines Zivilrecht. Bei Interesse senden Sie bitte Ihre Bewerbung vorzugsweise per E-Mail an Frau Jessica Wehmeier, Rechtsanwältin u. Abogada, [bmk@bmk.es](mailto:bmk@bmk.es), Tel.: 0034 93 487 8030, Balmes 76, Pral. 1<sup>a</sup>, 08007 Barcelona.

### **MMB - Martínez, Marco & Beuthner, Rechtsanwälte & Abogados**

Als Rechtsanwaltssozietät mit Schwerpunkt im deutsch-spanischen Rechtsverkehr bieten wir deutschen Referendaren die Möglichkeit in unseren Büros in Murcia-Stadt und Puerto de Mazarrón ihre Wahlstage zu absolvieren.

Die Mindestdauer sollte vier Monate nicht unterschreiten. Sehr gute Sprachkenntnisse und eine hohe Motivation setzen wir voraus. Bitte richten Sie ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen an: MMB – Rechtsanwälte & Abogados, Herrn RA u. Abogado Dennis Beuthner, Avda. Tierno Galván 30, 2D, E-30860 Puerto de Mazarrón, Tel.: +34 / 968 / 33 20 68, Fax: +34 / 968 / 33 20 69, e-mail: [beuthner@mmb.es](mailto:beuthner@mmb.es), Internet: [www.mmb.es](http://www.mmb.es)

### **Monereo Meyer Marinel-lo Abogados**

Referendaren oder Studenten mit guten Spanischkenntnissen bieten wir die Möglichkeit ihre Wahlpflichtfachausbildung oder sonstige Ausbildungsstationen während eines Zeitraumes, der 3 Monate nicht unterschreiten sollte, in unseren Büros in Madrid, Barcelona, Palma de Mallorca oder Berlin zu absolvieren.

Spanischen Praktikanten mit guten Deutschkenntnissen bieten wir die Möglichkeit der

Absolvierung eines Rechtspraktikums für einen Zeitraum, der 3 Monate nicht unterschreiten sollte, in unseren Büros in Madrid, Barcelona oder Palma de Mallorca.

Madrid - Tel.: (0034) 91 319 96 86; E-mail: [cgarcia@meeee.es](mailto:cgarcia@meeee.es)

Ansprechpartner: César García de Quevedo

Barcelona - Tel.: (0034) 93 487 58 94; E-mail: [emarinel-lo@meeee.es](mailto:emarinel-lo@meeee.es)

Ansprechpartner: Enrique Marinel-lo Jordan

Palma de Mallorca - Tel.: (0034) 971 71 70 34; Email: [canglada@meeee.es](mailto:canglada@meeee.es), Ansprechpartner: Carlos Anglada Bartholmai

Berlin - Tel. +34 (0)30 2063360, Email: [cdill@meeee.es](mailto:cdill@meeee.es), Ansprechpartner: Dr. Cato Dill

### **Pense Rechtsanwälte**

Wir bieten spanischen und deutschen Juristen mit guten Kenntnissen beider Sprachen die Möglichkeit, ein Praktikum oder einen Teil des Referendariats in unserer Kanzlei zu absolvieren.

Das Wirtschaftsrecht, Zivil- und Immobilienrecht sowie Prozess- und Schiedssachen gehören zu den Kerngebieten unserer Tätigkeit. Wir sind auch für unsere internationale Rechtspraxis bekannt. Weitere Informationen entnehmen Sie bitte unseren Internetseiten [www.pense.de](http://www.pense.de).

Bewerbungen richten Sie bitte an: Pense Rechtsanwälte, Herrn RA Dr. Till Pense, Wolfgangstrasse 85, D - 60322 Frankfurt am Main, Tel + 49 (0) 69 - 55 05 65 Telefax + 49 (0) 69 - 59 69 861 E-mail: [till.pense@pense.de](mailto:till.pense@pense.de).

### **Dr. Reichmann Rechtsanwälte /Abogados**

Wir sind eine ausschließlich auf deutsch-spanisches Wirtschaftsrecht spezialisierte Kanzlei mit Büros in Frankfurt am Main und Palma de Mallorca:

Wir bieten Studenten und Referendaren mit guten Spanischkenntnissen an, ein Praktikum bzw. ihre Wahlstation in einem unserer Büros zu absolvieren.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbung an:

z. Hd. Dr Armin Reichmann, [reichmann@dr-reichmann.com](mailto:reichmann@dr-reichmann.com)

Dr Reichmann Abogados, Calle San Miguel 36, 4a 7002 Palma de Mallorca

### **Schiller Abogados**

Einer der Tätigkeitsschwerpunkte von Schiller Abogados ist die Beratung im deutsch-spanischen Rechtsverkehr. Wir bieten interessierten und motivierten Rechtsreferendaren und Praktikanten die Möglichkeit, eine Ausbildungsstage oder ein mehrmonatiges Praktikum in unserem Büro in Barcelona zu absolvieren. Sehr gute spanische Sprachkenntnisse sind unabdinglich.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbungsunterlagen an: Jordi Planchart Remmert, Rambla de Catalunya, 86-3º, E-

08008 Barcelona, e-mail: [barcelona@schillerabogados.es](mailto:barcelona@schillerabogados.es)

### **Simon & Partner Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer**

bietet deutschen und spanischen Referendare/innen und Praktikanten/innen die Möglichkeit einer Stage. Der Mindestzeitraum sollte 3 Monate nicht unterschreiten. Gute Deutsch- und Spanischkenntnisse sind Voraussetzung.

Schriftliche Bewerbungen in üblicher Form sind an Herrn RA und Abogado Lutz Carlos Moratinos Meissner zu richten.

Kajen 12, D - 20459 Hamburg, Telefon: 040/323221-0 Telefax: 040/32322121, [www.simon-law.de](http://www.simon-law.de)

### **Suhren Peltzer Meinecke, Rechtsanwälte und Notare**

Wir bieten interessierten spanischen Kollegen und Kolleginnen die Möglichkeit, ein Rechtspraktikum in unserer Kanzlei zu absolvieren. Wir sind unter anderem auch im deutsch-spanischen Rechts- und Wirtschaftsverkehr tätig. Der Zeitraum sollte drei Monate nicht unterschreiten. Gute Deutschkenntnisse setzen wir voraus. Ansprechpartner: RA Dr. Horst Suhren, Rathenaustr. 2, D – 30159 Hannover, Tel. 0049 511 8071820 Fax 0049 511 80718222, e-mail: [ra@kanzlei-psm.de](mailto:ra@kanzlei-psm.de), Internet: [www.kanzlei-psm.de](http://www.kanzlei-psm.de)

### **VOELKER Barcelona**

Die Kanzlei VOELKER mit Niederlassungen in Deutschland, Spanien und Griechenland sucht für den Standort Barcelona deutsche Referendare, die im Rahmen einer mehrmonatigen Stationsausbildung ihre sehr guten Kenntnisse vorzugsweise in den Bereichen intern. Vertragssrecht, IZPR oder Steuerrecht vertiefen möchten. Die gute Beherrschung der spanischen und englischen Sprache wird bei der/dem Bewerber/in vorausgesetzt.

Als prämierte internationale Wirtschaftskanzlei bieten wir in unserem spanischen Team von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Betriebswirten unseren Referendaren eine anspruchsvolle Mitarbeit an grenzüberschreitenden Mandaten und wissenschaftlichen Projekten.

Schriftliche Bewerbungen bitte per e-mail an: Dr. Jochen Beckmann, VOELKER, Diagonal 419, E-08008 Barcelona, [barcelona@voelker-gruppe.com](mailto:barcelona@voelker-gruppe.com)

### **Von Berg & Partner**

Wir sind eine international ausgerichtete Rechtsanwaltskanzlei mit Tätigkeitsschwerpunkt im Erbschafts-, Immobilien-, Handels-, Gesellschafts- und Zivilrecht. Interessierten deutschen Referendaren und Praktikanten mit guten Deutsch-, Englisch- und Spanischkenntnissen bieten wir die Möglichkeit, ein Praktikum in einer unserer Kanzleien in Spanien zu

absolvieren. Hohe Motivation und Interesse für internationale insbesondere deutsch-spanische Rechtsbeziehungen setzen wir voraus.

Bitte richten Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen an: Rechtsanwälte von Berg & Partner, Apartado de Correos 560, E-03724 Moraira (Alicante), Spanien, Tel.: 0034 - 96 - 649 04 19 / Fax: 0034 - 96 - 574 34 38, E-Mail: [info@abogadosvonberg.com](mailto:info@abogadosvonberg.com)

### **ZinnBöcker Rechtsanwälte**

Wir bieten Rechtsreferendaren mit guten Kenntnissen der spanischen Sprache sowie spanischen Hochschulabsolventen die Möglichkeit, ihre Referendarstation bzw. ein Praktikum in unserer Kanzlei zu absolvieren. Wir sind ausschliesslich auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts tätig. Ein grosser Teil unserer Mandate hat Bezug zu Spanien bzw. Lateinamerika (insbesondere Mexiko). Es erwartet Sie eine angenehme Arbeitsatmosphäre in erstklassiger Umgebung. Mehr unter [www.zinnboecker.com](http://www.zinnboecker.com). Bewerbungen senden Sie bitte an: ZinnBöcker Rechtsanwälte, z.Hd. Dr. Christian Böcker (Rechtsanwalt und Abogado), Friedrichsplatz 10, 68165 Mannheim oder per e-mail an [office@zinnboecker.com](mailto:office@zinnboecker.com)

### **Pluta Abogados**

Unsere deutsche Kanzlei mit Niederlassungen in Spanien bietet Referendar/innen und Praktikanten/innen die Möglichkeit einen Teil Ihres Referendars, oder ein Praktikum in einem unserer Büros in Spanien zu absolvieren.

Der Zeitraum von drei Monaten sollte nicht unterschritten werden.

Die Interessenten sollten über gute Spanischkenntnisse verfügen.

Ansprechpartnerin: Frau Teresa Di Punzio, Pluta Abogados, Avenida Diagonal 611, 9<sup>a</sup>, 08028 Barcelona, Tel.: +34 93 444 1876, Fax: +34 93419 6751, Email: [Barcelona@pluta.es](mailto:Barcelona@pluta.es)

### **Notare Dr. Christoph Neuhaus und Dr. Markus Buschbaum, LL.M., Maître en droit**

Wir bieten deutschen Referendaren/innen und spanischen Notaranwärtern/Notaranwärterinnen mit guten Kenntnissen der jeweils fremden Sprache sowie der jeweils anderen Rechtsordnung die Möglichkeit, die Wahlstation oder eine Hospitation in unserem Büro in Köln zu absolvieren. Kenntnisse der englischen und der französischen Sprache sind von Vorteil, werden jedoch nicht vorausgesetzt. Nähere Informationen zu unseren Tätigkeitsfeldern finden Sie unter <http://neuhaus-buschbaum.de/>. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung per e-mail an: [notar@buschbaum-koeln.de](mailto:notar@buschbaum-koeln.de).

**INF**  
**informaciones**

Zeitschrift für den deutsch-spanischen Rechtsverkehr / Revista Jurídica Hispano-Alemana  
Zitierweise / Manera de citar: INF

**Herausgeber/ Editor:**

Deutsch-Spanische Juristenvereinigung e.V. / Asociación Hispano-Alemana de Juristas  
Geschäftsstelle/ Oficina central: San Elías, 29 - 35, 5º B, 08006 Barcelona, T +34 93 209 78 82 F +34 93 200 04 64  
info@dsjv-ahaj.org www.dsjv-ahaj.org

**Vorstand / Junta Directiva:**

**Mónica Weimann Gómez** (Madrid)  
**Víctor Fabregat Rubiol** (Barcelona)  
**Dr. Markus Artz** (Koblenz)  
**Lutz Carlos Moratinos Meissner**  
(Hamburg)  
**Dr. Cato Dill** (Berlin)  
**Ignacio Ordejón Zuckermann** (Düsseldorf)  
**Alex Llevat Felius** (Barcelona)

Präsidentin / Presidenta  
Vizepräsident / Vicepresidente  
Vizepräsident / Vicepresidente  
Generalsekretär / Secretario  
General  
Schatzmeister / Tesorero  
Beisitzer / Vocal  
Beisitzer / Vocal



**Schriftleitung und verantwortlich im Vorstand / Redacción y responsable en la Junta Directiva:**

Dr. Markus Artz, Koblenzer Str. 80, 56073 Koblenz, T +49 2619 423173 [artz@artzlopez.com](mailto:artz@artzlopez.com); [m.artz@dsjv-ahaj.org](mailto:m.artz@dsjv-ahaj.org)

**Juristen / Jóvenes Juristas:**

María Xiol Bardaji, Velázquez, 63, E – 28001 Madrid, Tel. 91 5246725, Fax 91 5247162, [maria.xiol@cuatrecasas.com](mailto:maria.xiol@cuatrecasas.com)  
Javier Alós Doménech, Paseo de Gracia, 191, E – 08008 Barcelona, T +34 93 3129529, [javier.alos@cuatrecasas.com](mailto:javier.alos@cuatrecasas.com)

**Wissenschaftlicher Beirat:**

Prof. Dr. Juan Hernández Martí (Valencia)  
Prof. Dr. Stefan Leible (Bayreuth)

**Layout und Satz / Diseño y maquetación:**

Deutsch-Spanische Juristenvereinigung e.V. / Asociación Hispano-Alemana de Juristas  
Geschäftsstelle/ Oficina central:  
San Elias, 29 - 35, E – 08006 Barcelona, T +34 93 209 7882 F +34 93 200 0464 info@dsjv-ahaj.org; www.dsjv-ahaj.org

**Bezugspreise / Precios:**

Verkaufspreis/Venta al público:	EURO 20,00 (+ 21% IVA)
Abonnement/Abonados:	EURO 50,00 (+ 21% IVA)
Mitglieder/Socios:	im Beitrag enthalten / incluido en la cuota

**Redaktionsschlüsse / Cierres de redacción:**

1. März / 1 de marzo
  1. Juli / 1 de julio
  1. November / 1 de noviembre
- D.L.: B-7738-204  
ISSN 0937-1141

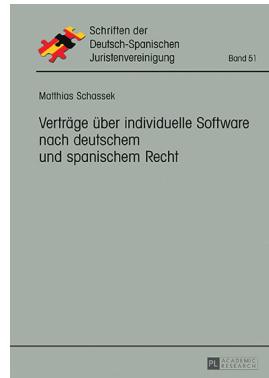
A close-up, slightly blurred photograph of a man's face. He has short brown hair, wears glasses, and has a light beard. He is looking upwards and to the side with a thoughtful expression. The background is bright and out of focus.

NEUE  
MANDANTEN  
EINFACH ONLINE  
GEWINNEN!

Jetzt als DSJV-Mitglied  
3 Freimonate sichern!\*

[anwalt.de/dsjv](http://anwalt.de/dsjv)  
+49 911 81515-0

# SCHRIFTEN DER DEUTSCH-SPANISCHEN JURISTENVEREINIGUNG



Herausgegeben von der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung

ISSN: 1433-884X

Die Buchreihe *Schriften der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung* enthält Monographien zur Rechtswissenschaft, insbesondere zu verschiedenen Aspekten der deutschen und spanischen Rechtsprechung. Sie beschäftigt sich interdisziplinär aber auch mit Bereichen der Betriebswirtschaft und Politikwissenschaft. Die Reihe wird von der *Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung* herausgegeben, die zur Vertiefung der Kenntnisse der jeweilig anderen Rechtsordnungen sowie zur Förderung der juristischen Beziehungen der beiden Länder beitragen will.

Band 51

## Band 51

Matthias Schassek

### Verträge über individuelle Software nach deutschem und spanischem Recht

geb. | 978-3-631-72690-7 | 2017. 234 S. | €D 54.95

eBook | 978-3-631-72730-0 | 2017. 234 S. | €D 60.95

## Band 50

Ingrid Schleper

### Wegfall der Geschäftsgrundlage im deutschen und spanischen Recht

geb. | 978-3-631-71701-1 | 2017. XXI, 285 S. | €D 64.95

eBook | 978-3-631-70621-3 | 2017. XXI, 285 S. | €D 71.95

## Band 49

Sven Hendrik Haumesser

### Geschäftsleiterpflichten und -haftung in der Insolvenz im deutschen und spanischen Recht

geb. | 978-3-631-70109-6 | 2016. 356 S. | €D 71.95

eBook | 978-3-631-70104-1 | 2016. 356 S. | €D 79.95

## Band 48

Karl Felix Oppermann

### Die Unteranknüpfung nach der EuErbVO im Mehrrechtsstaat Spanien

geb. | 978-3-631-67632-5 | 2016. XXXVIII, 152 S. | €D 44.95

eBook | 978-3-653-06996 | 2016. XXXVIII, 152 S. | €D 49.98

## Band 47

Jessika Henke

### Die vorgerichtliche Beweisermittlung im gewerblichen Rechtsschutz vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsangleichung

Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und spanischen Rechts nach Umsetzung der «Enforcement»-Richtlinie

geb. | 978-3-631-67615-8 | 2016. XXIV, 176 S. | €D 54.95

## Band 46

Britta Nietfeld

### Mediation als Verfahren der konsensualen Konfliktbeilegung bei Trennung und Scheidung

Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen, spanischen und katalanischen Rechts

geb. | 978-3-631-66809-2 | 2015. XX, 284 S. | €D 64.95

eBook | 978-3-653-05972-4 | 2015. XX, 284 S. | €D 72.23

## Band 45

Benedikt Leffers

### Die Einführung eines Präsenzbonus in Deutschland unter Berücksichtigung der *prima de asistencia* in Spanien

geb. | 978-3-631-65965-6 | 2015. XX, 270 S., 11 Tab | €D 64.95

eBook | 978-3-653-05409-5 | 2015. XX, 270 S., 11 Tab | €D 72.23



**Band 44**

Christian Schönwandt

**Wirkungsschwächen der Schenkung  
in Spanien und Deutschland**

geb. | 978-3-631-66293 | 2015. 364 S. | €D 71.95

eBook | 978-3-653-05527-6 | 2015. 364 S. | €D 79.97

**Band 43**

Hannah Rau

**Strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung  
am Beispiel Spanien**

geb. | 978-3-631-64974-9 | 2014. LXII, 414 S. | €D 89.95

eBook | 978-3-653-04117-0 | 2014. LXII, 414 S. | €D 100.08

**Band 42**

Stefanie Espitalier

**Die innerstaatliche Haftung  
für Unionsrechtsverstöße in Spanien**

Eine Untersuchung der Verantwortungs- und Haftungsbeziehungen zwischen dem spanischen Zentralstaat und den Autonomen Gemeinschaften im Falle finanzwirksamer Entscheidungen der Europäischen Union

geb. | 978-3-631-63192-8 | 2012. 239 S. | €D 53.95

eBook | 978-3-653-01703-8 | 2012. 239 S. | €D 59.98

**Band 41**

Bettina Janka

**Corporate Governance in Deutschland  
und Spanien**

geb. | 978-3-631-61843-1 | 2011. 297 S. | €D 60.95

**Band 40**

Kristina Orthmann

**Kapitalmarktinformationshaftung  
der Vorstände von Aktiengesellschaften  
in Deutschland und Spanien**

geb. | 978-3-631-60099-3 | 2010. 304 S. | €D 59.95

**Band 39**

Franziska Hohlers

**Der Vertragsschluss im e-Commerce  
nach deutschem und spanischem Recht**

Unter besonderer Berücksichtigung  
der europarechtlichen Vorgaben  
zu den Informationspflichten

geb. | 978-3-631-61092-3 | 2010. 205 S. | €D 56.95

**Band 38**

Florian Michallik

**Instrumentarien zur Steuerung  
von Einzelhandel in Deutschland und Spanien**

Ein Beitrag zu nachhaltiger Raum- und  
Stadtentwicklung

geb. | 978-3-631-61079-4 | 2010. 409 S. | €D 86.95

**Band 37**

Katharina Grüter

**Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bei  
der spanischen Sociedad de Responsabilidad  
Limitada und der deutschen Gesellschaft mit  
beschränkter Haftung**

geb. | 978-3-631-61338-2 | 2010. 216 S. | €D 56.95

eBook | 978-3-653-00391-8 | 2010. 216 S. | €D 63.30

**Band 36**

Ingo Robert Müller

**Spanisches Anwaltshaftungsrecht**

geb. | 978-3-631-60965-1 | 2010. XXX, 406 S. | €D 92.95

eBook | 978-3-653-00425-0 | 2010. XXX, 406 S. | €D 103.41

**Band 35**

Hendrik R. Bott

**Absicherung der Mängelrechte im spanischen  
Bauvertragsrecht unter rechtsvergleichenden  
Aspekten**

Eine Untersuchung der Rechtsverhältnisse zwischen  
Besteller und Unternehmer

geb. | 978-3-631-60483-0 | 2010. 181 S. | €D 53.95

eBook | 978-3-653-00303-1 | 2010. 181 S. | €D 59.98

**Band 34**

Alexander Tacer

**Die territoriale Struktur Spaniens**

Der Weg zum asymmetrischen Föderalismus

geb. | 978-3-631-59882-5 | 2010. XX, 433 S. | €D 96.95

Unsere Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und verstehen sich zuzüglich Versandspesen. Preisänderungen bleiben vorbehaltlich. An Bibliotheken liefern wir mit 5% Rabatt. €D inkl. MWSt. – gültig für Deutschland und Kunden in der EU ohne USt-IdNr.



