

BOLETÍN DERECHO PRIVADO

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº1 | julio 2022



SUMARIO:

**NOVEDADES EN DERECHO DE CONSUMO
ARRENDAMIENTOS Y COVID-19
SEGURO Y COVID-19.
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

Nº1 julio 2022

**BOLETÍN
DERECHO PRIVADO**

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO DE LA ASOCIACIÓN
JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
ajfv@ajfv.es

COMITÉ EDITORIAL:

José Arsuaga Cortázar.
Ignacio Fernández de Senespleda.
Juan León León Reina.
Juan Miguel Paños Villaescusa.
Florencio Rodríguez Ruíz.

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook
Fotografía: Adobe Stock

ISSN: 2605-3055

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

Sumario

03

NOVEDADES NORMATIVAS EN DERECHO DE CONSUMO EN LA EPOCA POSTCOVID

Pascual Martínez Espin. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.

24

ARRENDAMIENTOS URBANOS Y COVID-19

Iñigo Landín Díaz de Corcuera. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander (Cantabria).

52

INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN EL CONTRATO DE SEGURO. ASPECTOS RELEVANTES A CONSIDERAR Y CASUÍSTICA

Enrique Quintana Navarro. Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrelavega (Cantabria).

69

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 113/2021, DE 31 DE MARZO DE 2022. ¿NUEVAS CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN?

Florencio Rodríguez Ruíz. Magistrado. Audiencia Provincial de Toledo.

NOVEDADES NORMATIVAS EN DERECHO DE CONSUMO EN LA EPOCA POSTCOVID

REGULATORY NEWS IN CONSUMER LAW IN THE POST-COVID PERIOD

Pascual Martínez Espin.

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.

- I. Introducción.
- II. Marco normativo.
- III. La protección del consumidor vulnerable.
- IV. El nuevo régimen de la falta de conformidad de los bienes de consumo.
- V. Publicidad y competencia desleal.
- VI. Reforma del régimen de las ventas on line.
- VII. Nuevo régimen sancionador de consumo.
- VIII. Bibliografía.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto analizar las últimas reformas legislativas en materia de protección de consumidores en la época postcovid (desde 2021). En particular, se analizan las medidas tendentes a la protección el consumidor vulnerable (el llamado escudo social), la reforma del régimen de la falta de conformidad de los bienes de consumo en los contratos de compraventa y de suministro de contenidos y servicios digitales. También se exponen las reformas en materia de publicidad y competencia desleal en redes sociales, de ventas a distancia, con especial atención a los mercados en línea y, finalmente, el régimen sancionador de consumo.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the latest legislative reforms in consumer protection in the post-Covid era (since 2021). In particular, the measures aimed at protecting the vulnerable consumer (the so-called social shield), the reform of the regime of the lack of conformity of consumer goods in the purchase and sale contracts and the supply of digital content and services are analyzed. The reforms in terms of advertising and unfair competition in social networks, distance sales, with special attention to online markets and, finally, the sanctioning regime of consumption are also exposed.

PALABRAS CLAVE

Consumidor vulnerable; falta de conformidad; publicidad engañosa; mercado en línea, régimen sancionador

Key words: vulnerable consumer; lack of conformity; misleading advertising; marketplaces; sanctions regime.

I. Introducción

Este artículo tiene por objeto exponer las reformas legislativas acaecidas en los dos últimos años (desde 2021); esto es, a partir de la llamada nueva normalidad, y tras la avalancha legislativa que supuso la época Covid (recordemos, a título de ejemplo, el famoso artículo 36 RD Ley 11/2020, las moratorias hipotecarias, no hipotecarias y arrendaticias, por citar algunas). Evidentemente, por razones de espacio, no podemos hacer un estudio profundo y detallado, sino tan solo mencionar las reformas operadas principalmente en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), aunque no exclusivamente.

II. Marco normativo

Las normas más importantes en el ámbito del Derecho de Consumo, dictadas en este período postcovid, son las siguientes: RD ley 1/2021, de 19 de enero; RD ley 7/2021, de 27 de abril; Ridley 21/2021, de 26 de octubre; RD ley 24/2021, de 2 de noviembre; RD 42/2022, de 18 de enero; Ridley 2/2022, de 22 de febrero; Ley 4/2022, de 25 de febrero; Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo; Real Decreto-ley

11/2022, de 25 de junio.

III. La protección del consumidor vulnerable

Si bien el concepto de consumidor vulnerable ya estaba contemplado en la legislación sectorial (energía eléctrica¹), no es hasta el RD ley 1/2021, de 19 de enero, el Ridley 21/2021, de 26 de octubre y, especialmente, hasta la Ley 4/2022, de 25 de febrero, que se incorpora al TRLGDCU, mediante la inserción de un nuevo artículo 3.2. De dicho concepto destacan las siguientes notas: la terminología utilizada es la de “persona consumidora vulnerable”; es una persona física. El consumidor vulnerable del art. 3.2 es un subtipo de consumidor del art. 3.1 TRLGDCU; es el consumidor que adquiere un bien o servicio al margen de su actividad empresarial y, además, es vulnerable; la vulnerabilidad se determina por la situación de desigualdad en el ejercicio de los derechos; causada por una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección”; “de forma individual o colectiva” y “respecto de relaciones concretas de consumo”.

Consumidor vulnerable no es un concepto exclusivamente económico, sino que dicha condición puede estar causada por las características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales. Los factores que determinan la vulnerabilidad son: económicos, edad, origen nacional o étnico, víctimas violencia género, familias monoparentales, desempleados,

¹ Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

discapacitados, enfermos, minorías étnicas o lingüísticas, desconocimiento idioma, nivel de formación, lugar de residencia, uso de nuevas tecnologías. De este modo, son colectivos vulnerables las personas mayores, mujeres de edad avanzada, personas que han sufrido violencia de género y trata, familias monoparentales, adolescentes y discapacitados.

El concepto de consumidor vulnerable presenta una triple faceta:

Un concepto estricto que entiende por tal el consumidor que celebra contratos con un empresario (B2C). Desde un punto de vista contractual todos los consumidores son iguales, sin que exista un tratamiento especial para el consumidor vulnerable (vgr. venta de bienes de consumo, crédito inmobiliario, crédito al consumo, control de contenido de cláusulas abusivas, etc.). No obstante, es lo cierto que existen normas específicas para proteger a sujetos en situación de vulnerabilidad económica (en el ámbito financiero, de la vivienda, etc.). En el sector financiero, las patronales bancarias AEB, CECA y UNACC firmaron la actualización del protocolo para el fomento de la inclusión financiera, que incluye nuevas medidas para fomentar la atención del sector a las personas mayores o con discapacidad. La Ley 4/2022, de 25 de febrero encomienda al Gobierno las modificaciones legislativas para garantizar la atención personalizada en los servicios de pagos a los consumidores y usuarios en situación de vulnerabilidad que lo demanden, sin discriminación motivada por «brecha digital» (DA segunda y tercera). En el

sector vivienda, las medidas de protección del consumidor vulnerable (escudo social) se iniciaron con el RD Ley 8/2020 que contempló las moratorias hipotecarias, y que el RD Ley 11/2020 ampliaba las mismas a autónomos e inmuebles afectos a su actividad económica, y a arrendadores que no perciban renta, además de contemplar la posibilidad de prórroga del contrato. Esta última norma contemplaba las moratorias de rentas en el contrato de arrendamiento, la suspensión de procedimientos de desahucio y lanzamientos derivado de contratos de arrendamiento de vivienda de los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 de la LEC, y en aquellos otros en los que el desahucio traiga causa de un procedimiento penal: a) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física, si en dicho inmueble tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario; b) Cuando se haya producido en un inmueble de propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada; c) Cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas; d) Cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas; e) Cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social y

ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda; f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

El RD Ley 8/2021, de 4 de mayo prorrogó el escudo social hasta el 9 de agosto de 2021 y el RD Ley 16/2021, de 3 de agosto hasta el 31 de octubre de 2021. El RD Ley 21/2021, de 26 de octubre extendió las medidas en un triple ámbito: en primer lugar, hasta el 28 de febrero de 2022 no podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica, gas natural y agua a consumidores vulnerables; en segundo lugar, se amplía la suspensión de los desahucios y lanzamientos de su vivienda habitual de hogares vulnerables económica y socialmente, en los casos ya previstos por la actual normativa; por último, se extiende el bono social eléctrico para determinados colectivos en situación de vulnerabilidad económica (desempleo, ERTE).

El Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero amplía la suspensión de los desahucios y lanzamientos de vivienda para colectivos vulnerables hasta el 30 de septiembre de 2022, así como la posibilidad de solicitar, hasta el 31 de octubre de 2022, la compensación al arrendador. La prohibición de suspender los suministros básicos se ampliaba hasta el 30 de junio de 2022. Tras el error de Ley 4/2022, de 25 de febrero, el RD Ley 3/2022, de 1 de marzo, vuelve a estar en vigor la prohibición de desahucios y lanzamientos hasta el 30 de septiembre y la posibilidad de solicitar la ayuda a

propietarios hasta el 31 de octubre de 2022.

Los requisitos para la suspensión de desahucios y lanzamientos en el contrato de arrendamiento (arts. 2.1 y 5.1 a y b RD 11/2020) son: 1. Que el obligado al pago de la renta haya pasado a estar en situación de desempleo, ERTE o haya reducido su jornada por motivo de cuidados; o, en caso de ser empresario, haya tenido una pérdida sustancial de ingresos caída (40% moratorias de préstamos, art. 16). 2. Que los ingresos de la unidad familiar, el mes anterior a la solicitud, no superas en un umbral (con carácter general, 3 veces el IPREM: 1737,06 €). 3. Que los gastos básicos de la vivienda habitual (electricidad, gas/gasoil para calefacción, agua corriente, telecomunicación fija y móvil, comunidad de propietarios) sumados a la renta arrendaticia sean superiores al 35% de los ingresos netos. 4. Que ningún integrante de la unidad familiar sea propietario ni usufructuario de vivienda en España. 5. Que el arrendador no sea vulnerable económicamente.

Los requisitos para la suspensión de los desahucios y lanzamientos penales (arts. 1 bis y 5.1 a RD Ley 11/20) son: 1. Que la vivienda pertenezca a persona física o jurídica titular de más de 10 viviendas. 2. Que el habitante sin título sea persona dependiente (art. 2 Ley 39/2006); víctima de violencia sobre la mujer, o tenga a su cargo dependiente o menor. 3. Que los habitantes sin título: a) Hayan pasado a estar en situación de desempleo, ERTE o haya reducido su jornada por motivo de cuidados; b) En caso de empresario, pérdida sustancial

de ingresos (caída superior al 40% en moratorias préstamos, art. 16); 4. Que los ingresos de la unidad familiar, el mes anterior a la solicitud, no superasen un umbral (con carácter general, 3 veces el IPREM: 1737,06 €). 4. Que ningún integrante de la unidad familiar sea propietario ni usufructuario de vivienda en España.

En materia de suspensión de lanzamientos hipotecarios, el art. 2 RD Ley 6/2020 modificó el art. 1.1 Ley 1/2013 prorrogando la suspensión de los lanzamientos hipotecarios hasta el 15 de mayo de 2024, además de introducir modificaciones respecto al ámbito de aplicación.

El RD 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 contempló hasta 5 Programas de medidas (bono Alquiler Joven, ayuda al alquiler de vivienda, ayuda a las víctimas de violencia de género, ayuda a las personas arrendatarias en situación de vulnerabilidad sobrevenida y ayuda a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico).

El RD Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, contiene una limitación extraordinaria de la actualización anual del alquiler de la vivienda habitual, impidiendo subidas superiores al 2%, un incremento del 15% del ingreso mínimo vital en las mensualidades de abril, mayo y junio de

2022, así como la renovación automática del bono social (los descuentos del 60% y el 70% para los consumidores vulnerables y los vulnerables severos se mantendrán hasta el 30 de junio).

El RD Ley 11/2022, de 25 de junio, Decreto anticrisis, procedió a la prórroga de estas medidas hasta finales de año —como la ayuda de 20 céntimos por litro en los carburantes, el bono social reforzado o la suspensión de los desahucios. Además, contempló medidas nuevas como el cheque ayuda de 200 €, la reducción del IVA de la factura de la luz (del 10 al 5%), y la subida de un 15% de las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas, así como el IMV, la reducción en el abono de transporte (al 50% o al 30%), el precio máximo de la bombona de butano y el establecimiento de un Impuesto sobre beneficios extraordinarios a las empresas energéticas.

Un concepto amplio, según el cual es consumidor vulnerable aquél que goza de ciertos derechos como tal, sin necesidad de concluir contratos con un empresario. Entre dichos derechos, destacan los derechos básicos de los consumidores vulnerables (art. 8.2 TRLGDCU), Derecho a la información, formación y educación en aquellos sectores con mayor proporción de consumidores vulnerables (art. 17.3 TR), información en etiquetado y presentación de los bienes (nuevo art. 18.2 TR), con especial atención al etiquetado inclusivo (DA primera Ley 4/2022), prácticas comerciales y oferta comercial de bienes y servicios (nuevos arts. 19.6 y 20.2 TR), cooperación en materia de control de calidad (art. 43),

información precontractual (arts. 60.1.I y 97.1 TR), idioma de la misma (art. 60.4), prueba del derecho de desistimiento (art. 72), control de incorporación de condiciones generales (art. 80.b) e información precontractual en contrato fuera de establecimiento (art. 99).

Entercer lugar, el concepto de consumidor especialmente vulnerable a una práctica comercial desleal (art. 4.3 LCD). Para calificar una práctica como desleal hay que atender al miembro medio del grupo vulnerable de destinatarios de la práctica.

IV. El nuevo régimen de la falta de conformidad de bienes de consumo

El artículo decimosexto del Título VIII del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, realiza diferentes cambios en el TRLGDCU (arts. 114 a 127 bis) con la finalidad de incorporar la Directiva (UE) 2019/770 de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

Esta norma entró en vigor el 1 de enero de 2022, siendo de aplicación a todos los contratos (de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse y a contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyéndose como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega de soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales) celebrados a

partir de dicha fecha o cuya entrega se haya producido a partir de la misma. Están excluidos los contratos que tengan por objeto animales vivos y los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa. Por el contrario, no están excluidos los bienes adquiridos mediante venta judicial, el agua y el gas, aun cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas y la electricidad.

Debemos distinguir entre garantía legal y garantía comercial. En cuanto a la primera, los bienes que el empresario entregue al consumidor se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros. Son requisitos subjetivos (art. 115 bis TRLGDCU): a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato; b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor (...) los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación; c) Ser entregados (...) junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación (...), según disponga el contrato. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes (...) deberán cumplir todos los siguientes requisitos:

a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinen bienes (...) del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector; b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien (...) que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato; c) Cuando sea de aplicación, entregarse (...) junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor (...) pueda razonablemente esperar recibir; d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, (...) que presentan normalmente los bienes (...) del mismo tipo y que el consumidor (...) pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien (...) se equiparará a la falta de conformidad, cuando se dé alguna de las siguientes condiciones: a) La instalación haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y su instalación esté incluida en el contrato [de compraventa de bienes]; b) En el contrato esté previsto que la instalación (...) la realice

el consumidor (...), haya sido realizada por éste y la instalación (...) incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación (...) proporcionadas por el empresario.

Se amplía el concepto de falta de conformidad, que ahora incluye no solo la conformidad material sino también la conformidad jurídica. El empresario responderá de los derechos de terceros ante el consumidor cuando, como consecuencia de la vulneración de estos, se restrinja la utilización del bien y ello comporte una falta de conformidad.

El régimen de acciones previsto en el TRLGDCU es incompatible con el contemplado en el CC relativo al saneamiento por vicios ocultos y por evicción (art. 116 TRLGDCU).

No hay novedades respecto al responsable por la falta de conformidad del bien o servicio. Sigue siendo el vendedor, aunque la ley utilice el término “empresario”, expresión que aglutina tanto al vendedor de bienes como al prestador de servicios digitales.

En cuanto a los derechos, frente al póker de derechos tradicionales (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución, con la misma jerarquía de remedios), la normativa añade dos derechos nuevos: el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que la falta de conformidad ocasione al consumidor y el derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio aplazado en caso de falta de conformidad y mientras dure la misma.

Cuando el bien adolezca de falta de conformidad el consumidor tendrá derecho a elegir entre reparación o sustitución (primer nivel de jerarquía de remedios), salvo cuando el remedio elegido resultare imposible o, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias. La reparación y sustitución serán gratuitas, deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran para el consumidor. La obligación de repararlos o sustituirlos incluirá la retirada de los no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación por cuenta del empresario.

El consumidor podrá exigir la reducción proporcionada del precio o la resolución contractual cuando: a) la medida correctora consistente en poner los bienes en conformidad resulte imposible o desproporcionada; b) el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no lo haya realizado de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable; c) aparezca cualquier (basta una sola falta) falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes en conformidad; d) la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato; e) el empresario haya declarado, o

así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. La resolución procederá solo si la afectación es notable.

La ley establece tres plazos importantes (se ha suprimido el plazo de la comunicación de la falta de conformidad en 2 meses): a) el plazo de manifestación de la falta de conformidad que, para bienes nuevos, pasa de 2 a 3 años (2 años para contenidos digitales). Para bienes usados, las partes podrán pactar que el plazo de manifestación de la falta de conformidad sea menor al de tres años, pero nunca inferior a un año desde la entrega. La reparación y sustitución suspenderá el cómputo de los plazos de la garantía legal; b) plazo de presunción de la falta de conformidad o carga de la prueba. Las faltas de conformidad que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega del bien, se presume que ya existían cuando el bien se entregó, excepto cuando para los bienes esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad». En el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital. En el caso de bienes de segunda mano, se concede a las partes la posibilidad de pactar un plazo de presunción inferior al de dos años, plazo que no podrá ser en ningún caso inferior al periodo de responsabilidad pactado por falta de conformidad, el cual, a su vez, no puede ser inferior a un año. La garantía de reparación y sustitución se extiende durante el año posterior a la entrega del bien ya conforme; c) en cuanto al plazo de prescripción, el legislador ha ampliado

el plazo de prescripción de tres a cinco años «desde la manifestación de la falta de conformidad» y no ya desde la entrega del bien.

Cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien sea puesto en conformidad (responsabilidad subsidiaria). El productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan (requisitos acumulativos: subsidiariedad y origen del defecto).

La garantía comercial será vinculante para el garante en las condiciones establecidas en la declaración de garantía comercial y en la publicidad asociada disponible en el momento de la celebración del contrato o antes de dicha celebración. El productor que ofrezca al consumidor o usuario una garantía comercial de durabilidad con respecto a determinados bienes por un período de tiempo determinado será responsable directamente frente al consumidor. La declaración de garantía comercial se entregará al consumidor o usuario en un soporte duradero a más tardar en el momento de entrega de los bienes y estará redactada, al menos, en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato, de manera clara y comprensible (Ley 4/2022). La garantía comercial expresará,

al menos, lo siguiente: a) una declaración precisa de que el consumidor tiene derecho a medidas correctoras por parte del empresario, de forma gratuita, en caso de falta de conformidad de los bienes y de que la garantía comercial no afectará a dichas medidas; b) el nombre y la dirección del garante; c) el procedimiento que debe seguir el consumidor para conseguir la aplicación de la garantía comercial; d) la designación de los bienes a los que se aplica la garantía comercial; y e) las condiciones de la garantía comercial, entre otras, su plazo de duración y alcance territorial. El comerciante de un producto debe informar al consumidor sobre la garantía del productor si utiliza esta como un elemento central o decisivo de su oferta (STJUE, Sala Tercera, 5 mayo 2022, C-179/21).

El nuevo art. 127 TRLGDCU no establece plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial, a diferencia del plazo de seis meses que preveía el antiguo art. 125.3 TRLGDCU. Sería de aplicación supletoria el plazo de 5 años del art. 1964.2 CC.

Con relación a los servicios postventa, el apdo. 1 del nuevo art. 127 bis TRLGDCU, además de exigir al productor que garantice la existencia de un adecuado servicio técnico, amplía el plazo de disponibilidad de piezas de repuesto por parte del productor, que pasa de cinco a diez años a partir de la fecha en que el bien deje de fabricarse. El apdo. 2 del art. 127 bis TRLGDCU, por su parte, prohíbe que puedan incrementarse los precios de los repuestos al aplicarlos en las

reparaciones. Asimismo, establece que la lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público, así como la del resto de servicios aparejados, debiéndose diferenciar en la factura los diferentes conceptos. Por último, el apdo. 3 del art. 127 bis TRLGDCU reduce el plazo de prescripción previsto en el antiguo art. 127.3 TRLGDCU, de tres a un año, para el ejercicio de la acción o derecho de recuperación de los bienes entregados por el consumidor al empresario para su reparación después del momento de la entrega del bien (en garantía o fuera del plazo de garantía).

V. Publicidad y competencia desleal

A finales de 2021, la UE publicó la Guía de la Comisión Europea sobre prácticas desleales en el entorno digital (2021/C 526/01), con especial incidencia en tres sectores: (i) influencers; (ii) datos y patrones oscuros; y (iii) (video)juegos en línea².

El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, al transponer la Directiva 2019/2161, procede a modificar tres bloques normativos: 1.- Modificaciones del TRLGDCU. 2.- Adaptación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a las modificaciones introducidas en la Directiva 2005/29/CE; 3.- Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Dicha norma entró en vigor el 28 de mayo de 2022.

Con relación al primer grupo, la

Administración pública competente, con el fin de proteger en mayor medida los intereses legítimos de los consumidores y usuarios, podrá restringir, en los términos que se establezca, determinadas formas y aspectos de las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor y usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios (art. 19.7). Con relación a la información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, en el caso de bienes y servicios ofrecidos en mercados en línea, si el tercero que ofrece el bien o servicio tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea ((art. 20, f). En el caso de los motores de búsqueda en línea, además de indicar las características de los bienes y servicios y su importancia para los consumidores, esta descripción también debe permitir a los usuarios de sitios web corporativos entender de manera adecuada si, y en su caso cómo y en qué medida, se tienen en cuenta ciertas características del diseño del sitio web, por ejemplo, si están optimizados para su visualización en dispositivos móviles de telecomunicación. Debe incluir también una explicación de las posibilidades que tengan los usuarios profesionales de influir activamente en la clasificación mediante remuneración, así como una explicación de los efectos relativos de esa práctica. Las prácticas comerciales en las que un empresario facilite el acceso a las reseñas de los consumidores y usuarios sobre bienes y servicios deberán contener información sobre el hecho de que el empresario garantice o

² C_2021526ES.01000101.xml (europa.eu)

no que dichas reseñas publicadas han sido efectuadas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio. Se considerará acreditado, salvo prueba en contrario, el uso de prácticas comerciales desleales contra los consumidores y usuarios que haya sido constatado en una resolución firme de una autoridad competente o de un órgano jurisdiccional (art. 20 bis).

En el segundo grupo, se incorpora un nuevo art. 5.3 LCD, según el cual se considera desleal cualquier operación de comercialización de un bien como idéntico a otro comercializado en otros Estados miembros, cuando dicho bien presente una composición o unas características significativamente diferentes, a menos que esté justificado por factores legítimos y objetivos (calidad dual). El art. 26 LCD incorpora nuevas prácticas comerciales engañosas:

1. Incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido, o a través de imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario, que se trata de un contenido publicitario. Es el tema de la publicidad (encubierta) realizada por influencers o youtubers. Al respecto debemos recordar que la obligación básica prevista en el artículo 20.1 de la Ley 34/2002 o LSSI señala que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica serán claramente identificables como

tales y que el incumplimiento de la norma puede suponer una multa de hasta 30.000 euros por infracción leve, (art. 38.4.c) de la LSSI.

2. Faciliten resultados de búsquedas en respuesta a las consultas en línea efectuadas por un consumidor o usuario sin revelar claramente cualquier publicidad retribuida o pago dirigidos específicamente a que los bienes o servicios obtengan una clasificación superior en los resultados de la búsqueda. Igualmente, se añaden los apartados 6, 7 y 8 al artículo 27, sobre otras prácticas engañosas, que consistan en la reventa de entradas de espectáculos a los consumidores o usuarios si el empresario las adquirió empleando medios automatizados para sortear cualquier límite impuesto al número de entradas que puede adquirir cada persona o cualquier otra norma aplicable a la compra de entradas; que afirmen que las reseñas de un bien o servicio son añadidas por consumidores y usuarios que han utilizado o adquirido realmente el bien o servicio, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenezcan a tales consumidores y usuarios; y que añadan o encarguen a otra persona física o jurídica que incluya reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionen reseñas de consumidores o usuarios o aprobaciones sociales con el fin de promocionar bienes o servicios (boots para generar reseñas positivas). Se añade un apartado 4 en el artículo 31, que considera prácticas agresivas las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o las excursiones organizadas por el mismo

con el objetivo o el efecto de promocionar o vender bienes o servicios, en el caso de que no respeten los términos de las restricciones establecidas en virtud del artículo 19.7 TRLGDCU.

En el tercer grupo, se modifica el apartado 1 del artículo 20, para combatir el desperdicio alimentario. Siempre que se oferten artículos con reducción de precio, deberá figurar con claridad, en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido, salvo en el supuesto de que se trate de artículos puestos a la venta por primera vez. Se entenderá por precio anterior el menor que hubiese sido aplicado sobre productos idénticos en los treinta días precedentes. A estos efectos no se tendrá en consideración el precio que hubiese podido ser aplicado, con la finalidad de reducir el desperdicio alimentario, sobre productos idénticos cuyas fechas de caducidad o consumo preferente estuviesen próximas a vencer.

VI. Reforma del régimen de las ventas on line

El art. 59 bis 3 incorpora los conceptos de mercado en línea, proveedor de mercado en línea, y clasificación. Entre las excepciones al régimen de las ventas a distancia, el art. 93 incorpora una letra n, relativa a los contratos de bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento.

El artículo 97 relativo a información precontractual al consumidor, incorpora nuevos contenidos tales como: con relación a los datos identificativos del vendedor la necesidad de indicar el teléfono y medios de comunicación

en línea; en relación con el precio total en el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará de forma precisa la forma en que se determina el precio. Asimismo, deberá informarse cuando el precio esté personalizado sobre base de toma de decisiones automatizada (por ejemplo, el tratamiento automatizado puede dar lugar a la denegación de una solicitud de un crédito por internet.

Una de las novedades principales la constituye el art. 97 bis, que prevé unos requisitos específicos adicionales de información para los contratos celebrados en mercados en línea, entre los que se encuentra: a) la información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor. En el caso de los motores de búsqueda en línea, además de indicar las características de los bienes y servicios y su importancia para los consumidores, esta descripción también debe permitir a los usuarios de sitios web corporativos entender de manera adecuada si, y en su caso cómo y en qué medida, se tienen en cuenta ciertas características del diseño del sitio web,

por ejemplo, si están optimizados para su visualización en dispositivos móviles de telecomunicación; b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea; c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato; d) cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea; e) en su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea; f) los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en línea en la solución de controversias.

Con relación a la forma del contrato a distancia, el empresario debe poner en conocimiento del consumidor, justo antes de efectuar el pedido, la información (precontractual) exigida. Si implica obligación de pago para el consumidor, debe hacer que el consumidor sea consciente de que realizar el pedido implica una obligación de pago (art. 98). En caso de espacio o tiempo limitado, información precontractual mínima, y el resto de manera apropiada. En caso de que un consumidor o usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas o electricidad, – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o de calefacción mediante

sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento, y el contrato imponga al consumidor o usuario una obligación de pago, el empresario le exigirá que presente una solicitud expresa solicitando el comienzo del contrato, así como una declaración de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento (art. 98.8).

Se mantiene el plazo general de desistimiento de 14 días naturales (102.1 TRLGDCU), si bien se amplía a treinta días naturales dicho plazo para las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios. En caso de omisión de la obligación de información sobre la existencia del derecho de desistimiento en fase precontractual, el plazo se amplía a 12 meses más un plazo de 14 días o de 30 días, según corresponda (art. 105).

Entre las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho de desistimiento, el profesional se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) No tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. b) Esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor o usuario

durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario. c) Haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados. d) Haya sido generado conjuntamente por el consumidor o usuario y otras personas, y otros consumidores o usuarios puedan continuar haciendo uso del contenido (art. 107.5). El empresario pondrá a disposición del consumidor o usuario, a petición de éste, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario (107.6). El empresario podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior a la fecha de desistimiento de los contenidos o servicios digitales, en particular haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o usuario o inhabilitándole la cuenta de usuario (107.8). El consumidor se abstendrá de utilizar el contenido o servicio digital y de ponerlo a disposición de terceros.

VII. Nuevo régimen sancionador de consumo

El Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone la Directiva (UE) 2019/2161 o Directiva de modernización, modifica el nuevo régimen sancionador de consumo, que entró en vigor el 28 de mayo de 2022. Los motivos de la reforma son dos: en primer lugar, la lucha contra los abusos y fraudes masivos en consumo en los últimos años (cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios, dieselgate, etc.). El régimen de sanciones debe ser

efectivo, proporcionado y disuasorio, cumpliendo el doble objetivo de proteger a la ciudadanía y evitar que las empresas tengan incentivos para cometer algún tipo de fraude y abuso.; y, en segundo lugar, la necesidad de modernizar la normativa de consumo conforme a los nuevos hábitos de consumo y a las novedades tecnológicas. Nuestra regulación o nuestras normas se hayan quedado obsoletas frente a grandes transformaciones, no solo sociales sino también económicas y digitales, que tienen que ver como decía al principio con el cambio de hábitos especialmente relacionados con los hábitos digitales o de comercio online.

El régimen sancionador TRLGDCU tiene carácter básico (art. 149.1. 1ª, 13ª, 16ª CE), lo cual significa que, de un lado, parte de esa legislación autonómica queda desplazada por esta nueva regulación estatal; de otro, que la seguridad jurídica debería llevar a modificar esas leyes autonómicas y, por último, hasta tanto, las Administraciones autonómicas deberán aplicar directamente lo previsto en la Ley estatal (arts. 46 y sig.).

El artículo 46 con el que se inicia el Título IV, dedicado a establecer los principios generales del régimen sancionador, regula la posible concurrencia de infracciones y delitos, o de infracciones administrativas entre sí, o de normas represivas de cualquier naturaleza ante unos mismos hechos. Las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles,

penales o de otro orden que pudiesen corresponder. En los supuestos en que las infracciones tipificadas en esta ley pudieran ser constitutivas de delito, el órgano competente comunicará tal extremo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano competente la resolución o acuerdo que hubieran adoptado. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano competente quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial. La instrucción de causa penal ante los tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiere sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción. No obstante, la instrucción de causa penal no será obstáculo para que la Administración adopte las medidas necesarias para salvaguardar la salud, seguridad y otros intereses de los consumidores en virtud de las potestades no sancionadoras que tenga conferidas. En ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes (non bis in idem). En materia de consumo existen numerosos delitos (arts. 278-286 del Código Penal) que pueden solaparse con determinadas infracciones administrativas consagradas

por las leyes. Cuando el mismo hecho y en función de idéntico ataque a los intereses públicos pueda ser calificado como infracción con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras normas sancionadoras (concurso de normas-un hecho es subsumible en varios preceptos normativos, pero uno desplaza a los demás), se aplicará el que prevea más específicamente la conducta realizada y, si todos ofrecieran los mismos caracteres, el que establezca mayor sanción, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa (las CCAA han propuesto suprimir este último apartado). Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida (art. 46.6-concurso medial). Cuando se trate de hechos o infracciones concurrentes (concurso de infracciones) procederá la imposición de todas las sanciones o multas previstas en esta y las otras Leyes aplicables para cada una de las infracciones (art. 46.7). No obstante, al imponer las sanciones, se tendrán en cuenta, a efectos de su graduación, las otras sanciones recaídas para que conjuntamente resulten proporcionadas a la gravedad de la conducta del infractor. Se considerará que hay hechos o infracciones concurrentes cuando el mismo sujeto haya incumplido diversos deberes que supongan diferentes lesiones de este o de distintos intereses públicos sin que una de las

infracciones conlleve necesariamente la otra. No obstante, se sancionará como única infracción, aunque valorando la totalidad de la conducta, la pluralidad continuada de acciones u omisiones idénticas o similares realizadas por un sujeto en relación con una serie de productos o prestaciones del mismo tipo (infracción continuada-art. 46.8). Una de las novedades más controvertidas, siguiendo reiteradas recomendaciones del Defensor del Pueblo, es la prevista en el art. 46.9, que prevé la consideración de parte interesada en el procedimiento sancionador de las asociaciones de consumidores, cuando se vean afectados los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en esta norma, o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, cuando el objeto de las actuaciones administrativas coincida con los fines establecidos en sus respectivos Estatutos.

En la relación de infracciones recogida en el artículo 49 del TRLGDCU, y que pasan al artículo 47, se han incorporado las nuevas infracciones exigidas por las modificaciones introducidas por la Directiva (UE) 2019/2161. Además de considerar como infracciones las actuaciones discriminatorias para los consumidores y usuarios cuando no sean constitutivas de delito, o aclarar la infracción por incumplimiento de deberes o prohibiciones impuestos por la Administración, se incluyen los comportamientos que no respetan compromisos adquiridos, diferenciándola

de la norma de cierre que posibilita la sanción por cualquier infracción de las normas aplicables, previo requerimiento de la Administración competente (de dudosa constitucionalidad). Novedosa es la letra ñ), relativa a la negativa a aceptar el pago en efectivo como medio de pago, dentro de los límites establecidos en la normativa tributaria (Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal³).

Para dar cumplimiento a la STC 10/2015, de 2 de febrero (ES:TC:2015:10), que declara inconstitucional y nulo el artículo 50.1 del TRLGDCU, al entender que el precepto posponía la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior y, por ende, externo a la previsión legal en contra de la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el artículo 25.1 de la Constitución, se ha considerado necesario en la nueva redacción de los artículos 48 y 49 distinguir las infracciones lesivas de la salud de las restantes, asimilando a las primeras las que resulten lesivas de la seguridad de las personas consumidoras y remitiendo a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la determinación de la gravedad de las infracciones del TRLGDCU en estos supuestos. El resto de las infracciones son calificadas inicialmente como leves, graves y muy graves y se procede a la asignación de las infracciones a

³ Ley 11/2021 modifica el número 1 del apartado Uno y los números 4 y 5 del apartado Dos de la Ley 7/2012: "1. No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de 10.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional."

esos grados. Inicialmente, cada tipo se califica en los grados leves o graves. Seguidamente, se prevé que si concurren ciertas circunstancias (agravantes) se puede alterar la calificación. Son circunstancias agravantes, que permiten el cambio de calificación de leve a grave y de grave a muy grave las siguientes: a) aprovechar situaciones de necesidad; b) explotar la inferioridad o subordinación; c) incumplimiento de deberes con absoluto desprecio intereses públicos; d) provocar alteración social grave; e) prevalerse de situación de predominio en el mercado; f) ser reincidente. Las infracciones que, por los caracteres de la acción o culpabilidad, merezcan en principio la calificación de grave o muy grave se considerarán respectivamente como leve o grave si antes de iniciarse el procedimiento sancionador el responsable corrigiera diligentemente las irregularidades en que consista la infracción siempre que no haya causado perjuicios directos, devolviera voluntariamente las cantidades cobradas, colaborara activamente para evitar o disminuir los efectos de la infracción u observara espontáneamente cualquier otro comportamiento de análogo significado, salvo que se trate de una infracción continuada o de una práctica habitual o que la infracción comporte un riesgo para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios, salvo que el riesgo forme parte del tipo infractor.

Asimismo, se generaliza la posibilidad de terminación convencional del procedimiento sancionador. Finalmente, además de actualizar la cuantía de las multas previstas en cada tramo, se

introduce como novedad relevante para concretar la sanción económica aplicable la estimación de la cuantía del beneficio ilícito obtenido.

La imposición de sanciones deberá garantizar, en cualquier circunstancia, que la comisión de una infracción no resulte más beneficiosa para la parte infractora que el incumplimiento de las normas infringidas (art. 49). Se prevé una sanción principal (multa) y tres accesorias (comiso, cierre temporal del establecimiento y la publicidad de la resolución).

Las infracciones se califican en: a) leves: entre 150 y 10.000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre dos y cuatro veces el beneficio ilícito obtenido; b) graves: entre 10.001 y 100.000 euros pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre cuatro y seis veces el beneficio ilícito obtenido; c) muy graves: entre 100.001 y 1.000.000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre seis y ocho veces el beneficio ilícito obtenido. Para determinar, dentro de los mínimos y máximos establecidos (horquillas), el importe de la multa correspondiente a cada infracción, se atenderá especialmente a la concurrencia de alguna de las circunstancias que no hubieran podido ser tenidas en cuenta para alterar la calificación de la infracción, además de la capacidad económica del responsable, concurrencia de varias de las circunstancias que no hubieran podido ser tenidas en cuenta para alterar la calificación de la infracción o que no se dieran con todos

sus requisitos, grado de culpabilidad, existencia de intencionalidad, carácter continuado de la infracción, el número de consumidores afectados, el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido, y las sanciones impuestas por la misma infracción a su autor en otros Estados miembros en casos transfronterizos. El beneficio ilícito se calculará, cuando no pueda ser determinado exactamente, con criterios estimativos e incluirá el aumento de ingresos y el ahorro de gastos que haya supuesto directa o indirectamente la infracción sin descontar multas, perjuicios de los comisos o cierres, ni las cantidades que por cualquier concepto haya tenido que abonar el responsable a la Administración o a los consumidores y usuarios como consecuencia de la infracción.

La crítica principal que se hace a este precepto es la dureza de las sanciones, más pensadas para grandes empresas que para PYMES. Así, por ejemplo, se considera desproporcionado calificar como grave la infracción de la letra e) “El incumplimiento del régimen de garantías y servicios posventa, o del régimen de reparación de productos de naturaleza duradera” y, por tanto, con una sanción mínima de 10.001 € (art. 49), lo cual parece excesivo.

El artículo 51 se dedica a dar una solución adecuada a uno de los problemas fundamentales que presenta en la actualidad la regulación sancionadora de la protección de las personas consumidoras y que se centra en la identificación de los responsables de las infracciones; es decir, aquellas personas contra las que debe

dirigirse la Administración al instruir los procedimientos sancionadores y que en el TRLGDCU anterior no se encontraban reguladas.

Otra cuestión problemática es la relativa a la carga de la prueba en el procedimiento sancionador. La atribución al empresario de la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones que le competen no se aplicará en el marco de los procedimientos sancionadores. Las CCAA abogan por la supresión de este apartado, pues supone un retroceso y un impedimento en la protección del consumidor.

A diferencia del texto anterior, el art. 52 regula la prescripción (de infracciones y sanciones) y la caducidad procedimiento. Las infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los tres años y las leves al año. El plazo de prescripción de la infracción de la normativa de consumo no comenzará a computar hasta que esta se manifieste o exteriorice y sólo cuando finalice la acción infractora o el último acto con que la infracción se consume, en el caso de infracciones continuadas. Interrumpirán la prescripción las actuaciones judiciales en el ámbito penal sobre los mismos hechos o sobre otros hechos conexos. Igualmente interrumpirá la prescripción de las infracciones de la normativa de consumo la iniciación de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora por los mismos hechos. En estos supuestos, se reiniciará el cómputo del plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. Las sanciones impuestas

por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los tres años y las impuestas por infracciones leves al año. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla. Interrumpirá la prescripción en estos supuestos la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se imponga la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso. Se producirá la caducidad del procedimiento sancionador en caso de no haber recaído resolución transcurridos nueve meses desde su iniciación. Si se acuerda la acumulación en un único procedimiento de infracciones que hasta entonces se tramitaban separadamente, el plazo para dictar resolución se contará desde el acuerdo de iniciación del último de los procedimientos incoado. El transcurso del plazo de nueve meses previsto para resolver el procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, cuando deba solicitarse a terceros la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios o cuando sea necesaria la cooperación o coordinación con otras autoridades de consumo. A este respecto, debe tenerse

en cuenta lo dispuesto en los arts. 18.2 y 3 RD 1945/1983, preceptos en vigor, y que deberían derogarse para evitar incongruencias.

El art. 52 bis contempla la Administración competente. Las Administraciones españolas que en cada caso resulten competentes sancionarán las infracciones de consumo cometidas en territorio español cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos del responsable. corresponderá a los órganos administrativos de las comunidades autónomas la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores derivados de la aplicación de las infracciones previstas en la presente Ley cometidas, aunque parcialmente, en sus respectivos territorios. Se delimita el ordenamiento español aplicable frente a otros Estados y se acoge como criterio el del lugar de comisión de la infracción (*forum delicti commissi*) y se utiliza la teoría de la ubicuidad presente para fijar los puntos de conexión, de tal forma que tengan competencia para sancionar una conducta todas aquellas autoridades de consumo en cuyo territorio se haya producido el hecho que pudiera ser objeto de infracción. Se prevé en estos casos el establecimiento de mecanismos de colaboración entre las distintas administraciones en el seno de la Comisión Sectorial de Consumo en orden a conseguir una cooperación que permita unos altos niveles de protección de las personas consumidoras independientemente del territorio donde esté ubicadas. Es muy relevante la eliminación de la parte central del antes

art. 47.3 TRLGDCU, que determinaba que las autoridades competentes en materia de consumo sancionarían, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica (parece que el precepto se refería a sectores como el turismo, la vivienda, o la contratación a distancia, que cuentan con una regulación específica y establecen en ocasiones infracciones dirigidas a proteger directamente a los consumidores y usuarios). Ello se fundamenta en el principio de especialidad, y desde su entrada en vigor, sustrae de la posibilidad de sancionar infracciones previstas exclusivamente en la legislación sectorial a la Administración de Consumo.

La novedad más importante radica en el reconocimiento de la potestad sancionadora al Estado en materia de consumo. Cuando la infracción produzca lesiones o riesgos para los intereses de los consumidores o usuarios de forma generalizada en el territorio de varias comunidades autónomas, de tal forma que se pueda ver afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo, la competencia corresponderá a los órganos competentes de materia de consumo de la Administración General del Estado. A tales efectos, la competencia corresponderá a la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado cuando la sanción impuesta no supere los 100.000 € ni implique el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio y a la Secretaría General

competente en materia de consumo de la Administración General del Estado en el resto de los supuestos. Para considerar que una infracción de la normativa de consumo produce lesiones o riesgos para los intereses de los consumidores o usuarios de forma generalizada de tal forma que se pueda ver afectada la unidad de mercado nacional y la competencia en el mismo se tendrán en cuenta, entre otras circunstancias, el número de consumidores y usuarios afectados, la dimensión del mercado donde opere la compañía infractora, la cuota de mercado de la empresa correspondiente o los efectos de la conducta sobre los competidores efectivos o potenciales y sobre los consumidores y usuarios.

La Dirección General competente en materia de consumo de la Administración General del Estado actuará como Oficina de enlace única a los efectos del Reglamento (UE) 2017/2394. Dicho órgano será responsable de coordinar las actividades de investigación y ejecución que realicen las autoridades competentes.

Finalmente, las disposiciones finales cuarta y quinta habilitan al Gobierno para establecer un registro general de infracciones y sanciones y un procedimiento sancionador.

VIII. Bibliografía

Mendoza Losana. A. I., “*La guerra de Ucrania modifica el régimen del bono social eléctrico y su financiación*”, Centro de Estudios de Consumo UCLM (CESCO)

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_guerra_de_Ucrania_modifica_el_r%C3%A9gimen_del_bono_social_electrico_y_su_financiacion.pdf

Martínez Espín, P., “*Más madera ...legislativa: una nueva vuelta al consumidor vulnerable. Y vulnerables somos todos*”, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), marzo de 2022,

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mas_madera_legislativa__una_nueva_vuelta_al_consumidor_vulnerable_.pdf

Trujillo Villamor, E., “*La vida se pone cara... ¿y el alquiler también? el Estado limita las subidas del alquiler*”, Centro de Estudios de Consumo, (CESCO), mayo 2022,

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_vida_se_pone_cara_y_el_alquiler_tambien_el_estado_limita_las_subidas_del_alquiler.pdf

Zaballos Zurilla, M., “*Concurso de competencias sancionadoras y concurso de infracciones de consumo, tras la reforma del TRLGDCU por el Real Decreto-Ley 24/2021 (Análisis de los artículos 52 bis y 46 TRLGDCU)*”, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), enero de 2022

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Concurso_de_competencias_sancionadoras_y_concurso_de_infracciones_de_consumo.pdf

Zaballos Zurilla, M., “*La nueva lista de infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios*”, Centro de Estudios de Consumo (CESCO), enero de 2022,

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_nueva_lista_de_infracciones_en_materia_de_defensa_de_consumidores_y_usuarios.pdf

ARRENDAMIENTOS URBANOS Y COVID-19

Iñigo Landín Díaz de Corcuera.
Magistrado. Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander (Cantabria).

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II PRIMER OBJETIVO: EL ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA. EL REAL DECRETO LEY 11/2020 DE 31 DE MARZO.
- III. BENEFICIOS PREVISTOS PARA EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA VULNERABLE.
- IV. ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DE VIVIENDA
- V. SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.
- VI. SUSPENSIÓN Y MORATORIA EN EL PAGO DE RENTAS. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.
- VII. PRÓRROGA FORZOSA. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS.
- VIII. CRÍTICAS A LA NORMATIVA Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN.
- IX. APUNTES JURISPRUDENCIALES.

RESUMEN

El presente artículo repasa las innovaciones legislativas que se han producido en nuestro país en los últimos dos años en el ámbito de los arrendamientos urbanos para dar respuesta a la crisis económica y social derivada de la pandemia mundial producida por el Covid-19. La ruptura del equilibrio contractual, o al menos el incremento en la onerosidad de las obligaciones que la nueva situación puede provocar para alguna de las partes ha llevado al legislador español a aprobar una normativa tuitiva, en un primer momento, de los arrendatarios de vivienda, que en una segunda fase se ha extendido a los arrendamientos de locales. Dichas medidas consisten básicamente en regular la suspensión de los lanzamientos de vivienda, la prórroga

forzosa de los contratos, y la moratoria de pago. En este artículo se estudian los diferentes supuestos de aplicación de cada una de las medidas, los requisitos que deben cumplir arrendador y arrendatario, y la evolución legislativa que dicha normativa ha tenido; y finalmente se plantean una serie de interrogantes y aspectos críticos evidenciados con ocasión de su aplicación.

ABSTRACT

This article reviews the legislative innovations that have taken place in Spain over the last two years in the field of urban leases in response to the economic and social crisis resulting from the global pandemic caused by Covid-19. The rupture of the contractual balance, or at least the increase in the hardship of the obligations that the new situation

may cause for some of the parties to the contract, has led the Spanish legislator to approve a protective regulation, initially for tenants of dwellings, which in a second phase has been extended to leases of premises. These measures basically consist of regulating the suspension of property evictions, the forced extension of contracts, and the moratorium on payment. This article studies the different cases of application of each of the measures, the requirements to be met by the lessor and the lessee, and the legislative evolution of these regulations; and finally, it raises a series of questions and critical aspects that have become evident during their application.

PALABRAS CLAVE

Arrendamientos; Covid-19; Suspensión; Prórroga; Moratoria.

Urban leases; Covid-19; Suspension of property evictions; Forced extension of contracts; Moratorium on payment.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS¹.

La situación de emergencia en el ámbito de la salud pública provocada por el COVID-19 a nivel mundial, que el 11 de marzo de 2020 llevó a la Organización Mundial de la Salud a calificarla como pandemia internacional, tuvo como efecto inmediato en nuestro país la promulgación del Real Decreto 463/2020,

¹ Los primeros cuatro apartados de la presente exposición se apoyan de manera relevante en el muy ilustrativo trabajo del Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller, Magistrado del Tribunal Supremo, publicado en los Cuadernos digitales de formación 1/2020 del Plan Estatal de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.

de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya última prórroga quincenal fue aprobada por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, quedando alzada con efecto 21 de junio de 2020.

No obstante, posteriormente el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, declaró nuevamente el estado de alarma, que fue prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre hasta el 9 de mayo de 2021.

Dicha situación de pandemia obligó a la totalidad de los países a adoptar medidas urgentes de carácter legislativo para hacer frente a esta situación y remediar en lo posible los efectos adversos de la pandemia, especialmente para los colectivos más vulnerables de la sociedad.

En el presente artículo se va a examinar uno de los ámbitos en el que se ha producido un mayor número de reformas legislativas, y de más profundo calado: el de los arrendamientos urbanos.

II. PRIMER OBJETIVO: EL ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA. EL REAL DECRETO LEY 11/2020 DE 31 DE MARZO.

La primera de las normas que se dictó sobre la materia, tras la declaración del estado de alarma, fue el Real Decreto Ley 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y

económico para hacer frente al COVID-19, de 1 de abril de 2020.

En su Exposición de Motivos el Real Decreto Ley 11/2020 declara que las medidas acordadas tienen como destinatarios a las personas que ocupan una vivienda en régimen de alquiler y que por circunstancias sobrevenidas relacionadas con la pandemia tienen dificultades para pagar la renta, sufriendo con ello el riesgo de un desahucio. La norma trata de garantizar un equilibrio entre los contratantes, de modo que tampoco sean los arrendadores quienes hayan de soportar en exclusiva los perjuicios derivados de la insolvencia de los arrendatarios.

Las medidas principales son:

- a. La suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional (art. 1).
- b. La prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (art. 2).
- c. La moratoria de la deuda arrendaticia en casos de vulnerabilidad económica (arts. 3, 4 y 8).
- d. La creación de una línea de avales del Estado destinada a todos aquellos hogares que puedan estar en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la expansión del COVID-19 (art. 9).
- e. El establecimiento de un programa de ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19

en los alquileres de vivienda habitual (art. 10).

1. ¿Cuándo existe una situación de vulnerabilidad?

Según el art. 5.1 del Real Decreto Ley 11/2020 deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Que el arrendatario haya sufrido una reducción de ingresos como consecuencia del COVID-19, por circunstancias tales como haber perdido su empleo, estar afectado por un expediente temporal de regulación de empleo, haber reducido su jornada para cuidados de familiares, haber cesado la actividad de los trabajadores por cuenta propia, o cualquier otra circunstancia análoga.
2. Que los ingresos de la unidad familiar no alcancen, con carácter general el triple del importe del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). El IPREM es un índice creado en nuestro país en el año 2004, y desde entonces se emplea como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de desempleo, en sustitución del salario mínimo interprofesional (SMI). Entre 2017 y 2021 el IPREM se mantuvo en 537,84 € mensuales, y solo a partir de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, se elevó pasándose para dicho año a 564,90 €, y siendo el previsto para 2022 el aprobado por la Ley 22/2021 de 28 de diciembre, 579,02 €. En atención a circunstancias específicas que agraven la situación de vulnerabilidad de la unidad familiar, dicho límite puede alcanzar el

quíntuplo del IPREM. Así se incrementará por cada hijo a cargo, así como por cada persona mayor de sesenta y cinco años que conviva en la vivienda (si bien, como se verá, a los efectos de conformar la unidad familiar el art. 5.2 no tiene en cuenta a los mayores), o por sufrir alguno de los miembros de la unidad familiar una discapacidad o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

3. Que la renta más los gastos y suministros básicos soportados por la unidad familiar supongan al menos el 35 % de sus ingresos netos.

2. ¿Quiénes forman la unidad familiar?

Conforme al art. 5.2 del Real Decreto Ley 11/2020 está compuesta por:

1. El arrendatario.
2. Su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita.
3. Los hijos que residan en la vivienda, con independencia de su edad, incluyendo los vinculados por relación de tutela, guarda o acogimiento.
4. El cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita de los hijos, siempre que residan también en la vivienda.

Véase, como ya se ha adelantado, que el legislador no tiene en cuenta a los ascendientes, probablemente para no tener que computar las pensiones que

perciban.

No obstante, el art. 5.3 del Real Decreto Ley 11/2020 excluye con carácter general la situación de vulnerabilidad cuando cualquiera de los que integran la unidad familiar sea propietario o usufructuario de alguna vivienda en España, salvo que no tengan la disponibilidad de la misma (ostentar la propiedad de una cuota como coheredero abintestato, no haber obtenido su atribución de uso cuando media un procedimiento de separación o divorcio, no ser accesible en caso de sufrir alguna discapacidad..).

El art. 6 del Real Decreto Ley 11/2020 enumera los documentos que deben presentarse para acreditar la situación de vulnerabilidad del art. 5. Se entiende que tales documentos han de ser presentados por todos los miembros de la unidad familiar que tengan capacidad de generar ingresos, pues es la capacidad económica de la unidad familiar la que ha de tenerse en cuenta.

III. BENEFICIOS PREVISTOS PARA EL ARRENDATARIO DE VIVIENDA VULNERABLE.

1. Suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional.

El art. 1 del Real Decreto Ley 11/2020 introduce:

1. La suspensión de los lanzamientos por desahucio de vivienda habitual durante el primer estado de alarma decretado.

2. Finalizado tanto el primer estado de alarma como sus prórrogas, quedan en suspenso los procesos de desahucio de vivienda, siempre que el arrendatario acredite ante el juzgado que, por su situación de vulnerabilidad, no tiene otra alternativa habitacional. En tal caso, el letrado de la Administración de Justicia comunicará este hecho a los Servicios Sociales, a los oportunos efectos.

Pueden darse por tanto dos supuestos:

1. Si la fecha de lanzamiento está ya fijada, este queda en suspenso.

2. Si la fecha de lanzamiento aún no está fijada, queda en suspenso el plazo de diez días previsto en el art. 440.3 LEC o la celebración de la vista. Dicho precepto dispone en su párrafo primero que en los casos de demandas de desahucio por impago de rentas el letrado de la Administración de Justicia “requerirá al demandado para que, en el plazo de diez días, desaloje el inmueble, pague al actor o, en caso de pretender la enervación, pague la totalidad de lo que deba o ponga a disposición de aquel en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio; o en otro caso comparezca ante éste y alegue sucintamente, formulando oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación”.

En cuanto al plazo de suspensión en ambos casos, se ha de fijar por el

Letrado de la Administración de Justicia en atención al informe que emitan los Servicios Sociales, con un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020.

3. La prórroga extraordinaria del contrato.

El art. 2 del Real Decreto Ley 11/2020 se refiere a la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, y se dirige a los contratos de arrendamiento que venzan en el plazo comprendido entre el 2 de abril de 2020 (entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020) y el 22 de septiembre del mismo año (dos meses después de la finalización del estado de alarma, cuya última prórroga quincenal fue aprobada por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio), o bien se produzca su vencimiento por extinción del plazo mínimo inicial (de cinco años, o siete si el arrendador es una persona jurídica -art. 9 LAU-) o de su prórroga tácita prevista en el art. 10.1 LAU (tres años).

Importa destacar, en primer lugar, que la prórroga es facultativa para el arrendatario y forzosa para el arrendador; y en segundo lugar, que el art. 2 no exige que en estos casos el arrendatario tenga la condición de “vulnerable”, a diferencia de los artículos 1 y 4 referidos a la suspensión de procedimientos y moratoria para el pago de las rentas.

La prórroga tiene una duración máxima de seis meses, y durante la misma se mantienen las mismas condiciones contractuales previstas en el contrato

(sería por tanto factible la actualización de la renta durante la prórroga).

La redacción actualmente vigente del precepto (por Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre), lo único que ha modificado desde su redacción original es su periodo de vigencia (contratos que venzan hasta el 28 de febrero de 2022), y el grado de obligatoriedad del arrendador para aceptarla, pues puede oponerse en el caso de haber comunicado al arrendatario en los plazos y condiciones establecidos en el art. 9.3 LAU la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

4. Moratoria para el cumplimiento de la obligación de pago de la renta moratoria de la deuda arrendaticia

La regulación de la moratoria varía según el arrendador sea un gran tenedor o una empresa o entidad pública de vivienda, o no.

A) Cuando el arrendador es un gran tenedor (art. 4).

La norma define como “gran tenedor” a toda persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m². La norma incluye tanto viviendas como locales, si bien en todo caso han de tener la condición de urbanos. Cuando lo que

se tiene es solamente una participación indivisa en varios inmuebles, lo lógico es acudir al concepto de superficie, de modo que se calculará la extensión atribuible a la suma de todas las participaciones indivisas para establecer la suma total.

En estos casos el arrendatario podrá solicitar al arrendador un aplazamiento en el pago de la renta, inicialmente de un mes contando a partir del 2 de abril de 2020 (entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020).

Si las partes llegan a un acuerdo sobre el aplazamiento o la condonación total o parcial de la obligación de pago de la renta por un tiempo determinado, se estará a lo acordado.

Si no existe acuerdo, el arrendador puede optar por ofrecer al arrendatario una reducción del 50 % de la renta durante el tiempo que dure el estado de alarma o más, dependiendo del grado de vulnerabilidad, sin que pueda exceder de cuatro meses; o si no, una moratoria en el pago, sin reducción de renta, por un plazo máximo también de cuatro meses, en cuyo caso las cuotas aplazadas se pagarán fraccionadamente durante al menos tres años, sin penalización alguna para el arrendatario ni derecho al devengo de intereses para el arrendador.

El plazo máximo de la moratoria, de tan solo cuatro meses a contar desde la finalización del estado de alarma, resulta desde luego insuficiente.

Además, se da la circunstancia de que, en caso de desacuerdo, el arrendador a

quien se ha pedido un aplazamiento en el pago puede reaccionar ofreciendo una rebaja de la renta.

Sí queda claro que el arrendador puede elegir la opción, pero también que, ante la petición del arrendatario, está obligado a elegir una u otra, a diferencia del caso que vemos seguidamente.

B) Arrendador en que no concurra dicha circunstancia (art. 8).

Si no se cumplen los requisitos del epígrafe anterior, el arrendatario solo podrá solicitar del arrendador el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta, siempre y cuando no haya llegado previamente a un acuerdo con el arrendador.

Asimismo, dicha petición se ha de formular en un plazo de un mes contando a partir del 2 de abril de 2020, si bien en su redacción actual (Ley 3/20, de 18 de septiembre) dicho plazo es de tres meses.

Tras ser recibida la solicitud, el arrendador deberá comunicar al arrendatario, en el plazo de siete días laborables, si acepta dicha propuesta o plantea otra alternativa.

Según el tenor literal de la norma, en caso de pedirse el aplazamiento el arrendatario puede aceptar, o proponer el fraccionamiento (que no la rebaja) de la renta, aunque en realidad no hay obstáculo para que ofrezca lo que considere, porque evidentemente siempre tiene preferencia lo que las partes acuerden.

Sin embargo, no está obligado a ello, de

modo que, si no acepta, el arrendatario solo podrá solicitar el acceso al programa de ayudas transitorias de financiación (art. 9).

IV. ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DE VIVIENDA.

1. Regulación legal: el Real Decreto Ley 15/2020.

Se ha dicho ya que el Real Decreto Ley 11/2020 reguló únicamente los arrendamientos de vivienda a los que se refiere la LAU/1994.

El Real Decreto Ley 15/2020 completa dicha normativa regulando los arrendamientos de local e industria.

Ha de tenerse en cuenta que si en el arrendamiento de vivienda el uso del inmueble arrendado no solo se mantiene, sino que incluso se intensifica por la situación de confinamiento, por el contrario, en el arrendamiento de local o de industria, el uso del inmueble o la explotación del negocio quedan fuertemente limitados por ley, lo que puede llevar al arrendatario a desear no ya una modificación de las condiciones de pago, sino incluso su resolución por insatisfacción sobrevenida de sus expectativas contractuales, pero sin embargo el Real Decreto Ley 15/2020 no le concede dicha facultad.

Dicho esto, para poder acogerse a las medidas previstas, el arrendatario ha de cumplir los siguientes requisitos, según se trate de autónomos o de pymes, ya que no se contempla medida alguna respecto

a las grandes empresas (artículo 3):

1. En el caso de los autónomos, estar afiliado y en situación de alta en los sistemas correspondientes de previsión social, y que haya visto suspendida su actividad por aplicación del Real Decreto 463/2020, o aunque no haya quedado suspendida, acredite la reducción de la facturación en los términos que la norma prevé.

2. En el caso de las pymes, que, en primer lugar, no superen los límites establecidos en el art. 257.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que regula qué sociedades mercantiles pueden acogerse al balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, que son las que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros; y c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta; e igualmente, que haya suspendido la actividad por aplicación del Real Decreto 463/2020, o al menos acredite la reducción de la facturación en los términos referidos.

También en este caso se han de distinguir varios supuestos:

1. Arrendadores que sean grandes tenedores (artículo 1). En este caso, el arrendatario de un local o de una industria,

ya sea una persona física o jurídica (obviamente el art. 2 del Real Decreto Ley 11/20 solo aludía al arrendatario persona física, única que puede formalizar un contrato de arrendamientos para vivienda, que era el único tipo de arrendamientos que contemplaba dicha norma) podrá solicitar en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley 15/2020, una moratoria, que se aplicará de manera automática (el arrendador no puede negarse ni proponer una rebaja de la renta) y afectará al período de duración del estado de alarma y sus prórrogas, pudiéndose incluso prorrogar por meses si se acreditase la insuficiencia de aquel plazo, sin que se puedan superar cuatro meses. Las rentas no satisfechas se fraccionarán para su pago en un plazo de dos años (en el caso del arrendamiento de vivienda eran tres años) desde el momento en el que cese la suspensión del pago de la renta.

2. Arrendadores que no sean grandes tenedores (artículo 2). El arrendatario podrá solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta, siempre que no hubiera existido ya un acuerdo previo de aplazamiento o rebaja de esta. Para el cumplimiento de dicho acuerdo, se puede hacer uso de la fianza constituida, según exige el art. 36 LAU. En caso de que se disponga total o parcialmente de esta, el arrendatario debe reponer su importe en el plazo de un año desde el acuerdo o en el plazo que reste de vigencia del contrato si fuera menor a un año. El arrendador no tiene tampoco en este caso obligación de aceptar ningún acuerdo.

2. La polémica doctrinal entre los profesores Carrasco y Pantaleón².

En el ámbito de los arrendamientos de local de negocio y de industria se ha producido una agria disputa doctrinal entre los catedráticos Ángel Carrasco Perera y Fernando Pantaleón Prieto acerca de los efectos que la situación de pandemia debía producir en relación con estos contratos, a la vista del contenido del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, que regulaba los arrendamientos de local de negocio y de industria, que no fueron contemplados por el Real Decreto Ley 11/2020 (previsto únicamente para los de vivienda, como se ha dicho).

Ante la opinión vertida por Pantaleón de que el cierre forzoso de numerosos negocios por razón de la declaración del estado de alarma no podía liberar al arrendatario de su obligación de pago de la renta, ya que se mantenía en la posesión del local (que fue la postura adoptada por el citado Real Decreto Ley 15/2020), Carrasco respondió de forma virulenta en sentido contrario, publicando un artículo en la revista del Centro de Estudios de Consumo titulado “Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el

² A propósito de los comentarios del profesor Carrasco Perera, bajo el título “Permítanme que les cuente la verdad sobre el COVID-19 y fuerza mayor”, publicado el 17 de abril de 2020, y el posterior “Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o en lobby hacen su agosto”, ambos en la revista electrónica CESCO., contestados por el Profesor Pantaleón en “Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales”, de 23 de abril de 2020, en la revista electrónica ALMACEN DE DERECHO.

“lobby” hacen su agosto”, denunciando que dicha normativa trata de imponer a los arrendatarios de local de negocio el deber de pagar la renta aun cuando sus locales estaban siendo cerrados por el cese de actividad decretado por el Real Decreto 463/2020.

Recuérdese que dicho Real Decreto ordenaba en su art. 10 suspender la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, sanitarios y otros (centros veterinarios, ortopédicos, productos higiénicos, prensa y papelería, combustible, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, comercio a distancia, tintorerías, lavanderías y peluquería a domicilio); y de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, actividades deportivas y de ocio. Y además se suspendían las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio.

En opinión de Carrasco “Quien alquila no traslada nunca el riesgo de la falta de uso futuro. Porque el arrendador está obligado, entre otras cosas, a proporcionar continuamente al arrendatario el uso útil de la cosa que, a diferencia de la posesión pacífica del comprador, nuestro CC llama muy apropiadamente el goce pacífico (art. 1554.3)”.

Y ponía un ejemplo de los tiempos del

Digesto, el del arrendatario pulidor de lentes, para cuyo trabajo necesitaba mucha luz natural. Cuando su vecino, haciendo uso de su derecho, levantó pared en su finca, y el pulidor ya no dispuso de la luz que requería, el arrendador, aunque sin su culpa, habría dejado de prestarle el goce útil conforme al uso destinado, por lo que no estaría legitimado para cobrar la renta, y como era de una contingencia no temporal, el pulidor podría resolver el contrato.

Por lo tanto, si bien la clausura obligatoria de establecimientos mercantiles por el Real Decreto 463/2020 es un riesgo que “primero” recae en el arrendatario (que no hace negocio), ha de recaer “definitivamente” sobre el arrendador, porque el arrendador, aun sin culpa, no puede ya cumplir con su obligación, y por tanto el arrendatario puede suspender el pago de la renta o resolver el contrato.

Tales argumentos fueron replicados por el profesor Pantaleón (Blog el Almacén de Derecho, 23 abril 2020), precisando que los riesgos que el arrendador de una cosa mantiene a su cargo son los exclusivamente afectantes a la cosa arrendada en sí, que no a su utilidad, por lo que si se produce una circunstancia sobrevenida y ajena al local arrendado (esto es, que no afecte a su estructura, elementos constructivos, habitabilidad o funcionalidad) que impide su explotación, no puede afirmarse que el arrendador incumple la obligación que le impone el artículo 1554.3 CC. Lo que podrá hacerse en tales casos, a fin de paliar la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato, es acudir a la cláusula “rebus sic stantibus”.

Cuesta pensar, en cualquier caso, en que el cierre del local obligado por ley sea un supuesto de “excesiva onerosidad” y no de imposibilidad de uso y disfrute del local de negocio, que no permite (a diferencia de una vivienda) otro modo de uso y disfrute que a través de la explotación en él de la actividad económica para la que ha sido arrendado.

V. SUSPENSIÓN DE LOS LANZAMIENTOS. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.

1. Modificaciones legislativas posteriores:

a. El Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes:

i. Suprime la mención que recogía en su redacción original el art.1 Real Decreto Ley 11/20 de encontrarse el arrendatario “... en una situación de vulnerabilidad social o económica sobrevenida como consecuencia de los efectos de la expansión del COVID-19”, precisando el apartado IV de la Exposición de Motivos de dicho Real Decreto-Ley 37/2020 que con ello se trata de introducir seguridad y garantías porque, aunque la situación de vulnerabilidad pudiera no derivarse directamente de los efectos de la COVID-19, indudablemente se habrá visto agravada por estos.

ii. Regula con más detalle y acierto el

incidente de suspensión, y así, recibida la petición de suspensión, se da traslado al arrendador a fin de que en su caso acredite encontrarse igualmente en situación de vulnerabilidad económica (art. 1.2), y se traslada toda la documentación a los servicios sociales competentes para que informen sobre la situación de vulnerabilidad y se identifiquen las medidas a aplicar por la Administración competente (art. 1.3), y posteriormente se dicta auto en el sentido que corresponda, acordando la suspensión del lanzamiento o la continuación del procedimiento. En todo caso, el auto que fije la suspensión señalará expresamente su duración máxima, que ha ido cambiando con sucesivas prórrogas, y se reanudará automáticamente el cómputo de los días a que se refiere el artículo 440.3 LEC, o se señalará fecha para la celebración de la vista y, en su caso, del lanzamiento, según el estado en que se encuentre el proceso (art. 1.4). Acreditada la vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo máximo de suspensión, las Administraciones públicas competentes deberán, adoptar las medidas indicadas en el informe de servicios sociales u otras que consideren adecuadas, y una vez aplicadas, habrán de comunicarlo inmediatamente al Tribunal para que el Letrado de la Administración de Justicia en el plazo máximo de tres días dicte decreto acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento.

iii. Se desactiva en parte la antinomia de la regulación originaria referida a dejar en suspenso el plazo de diez días previsto en el art. 440.3 LEC solo en los casos en que la fecha de lanzamiento

aún no esté fijada. Efectivamente, en un desahucio por impago de rentas la fecha de lanzamiento se fija en el momento de su admisión a trámite. Sin embargo, ahora el incidente de suspensión por vulnerabilidad no procede solo en los casos de desahucio por impago de rentas (que era el único supuesto de desahucio de arrendamiento que parecía tener conexión con una situación de vulnerabilidad económica), pues el art. 1.1 permite instar el incidente también en los desahucios por expiración del plazo. Probablemente esa ampliación de su objeto a supuestos de desahucio que aparentemente no tienen relación directa con una situación de vulnerabilidad económica del arrendatario (la resolución de un contrato por expiración de plazo no guarda relación con el impago de las rentas) lo sea en coherencia con la intención manifestada en el Preámbulo del Real Decreto Ley 37/2020 de ensanchar el ámbito de aplicación de la norma a situaciones de vulnerabilidad económica no directamente derivadas de la pandemia, pero que se ven agravadas por la situación de crisis económica generalizada que ha provocado, y así se alude en el Preámbulo al arrendatario imposibilitado de “encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva, situación que, aunque pudiera no derivarse directamente de los efectos de la COVID-19, indudablemente se ha visto agravada por estos”, como puede ser el caso de una persona que, expirado su contrato de arrendamiento, deba formalizar un nuevo contrato que le obligue a abonar una renta más alta o a prestar una serie de garantías que son usuales al comienzo de tales contratos

(tales como la fianza, o un aval).

iv. Regula igualmente en su Disposición Adicional Segunda el derecho de arrendadores y propietarios afectados por la suspensión extraordinaria prevista en el art. 1 del Real Decreto Ley 11/20 a solicitar una compensación cuando la administración competente, en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna, no hubiera adoptado tales medidas. La compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador, por el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el Tribunal o hasta el 30 de septiembre de 2022. No obstante, si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo el arrendador, la compensación consistirá en renta dejada de percibir durante el mismo período señalado anteriormente más los gastos corrientes. En su Disposición Adicional Tercera dispone la utilización de los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 para tal fin, señalando que en el plazo máximo de un mes a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto Ley 37/20 el Gobierno

aprobará por real decreto las medidas necesarias para hacer frente mediante estos recursos a las compensaciones que puedan proceder, y en ese mismo RD se establecerá el procedimiento que se seguirá para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes. En cumplimiento de dicha remisión se aprobó el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio.

b. Modificaciones con finalidad exclusiva de prórroga de plazos: el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, extendió hasta el 9 de agosto de 2021 la eficacia de la suspensión de los desahucios. El Real Decreto Ley 16/2021, de 3 de agosto, extendió su duración hasta el 31 de octubre de 2021. El Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, hasta el 28 de febrero de 2022; y actualmente el Real Decreto Ley 2/2022, de 22 de febrero, que las ha prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2022 (Disposición Final Segunda); siendo muy importante destacar que todas estas normas incluían la aplicación de las prórrogas a los casos de solicitudes de prórroga forzosa y moratoria en el pago de las rentas de los arts. 2, 4 y 8, que sin embargo el Real Decreto Ley 2/2022 ha obviado, de modo que su redacción se ha mantenido conforme al anterior Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, lo que significa que solo rigen hasta el 28 de febrero de 2022.

2. Distinción de otros supuestos de suspensión de lanzamientos por vulnerabilidad.

a. Supuesto del art. 441.1.5º LEC, introducido por el Real Decreto Ley 7/2019 de 1 de marzo (que sustituyó al no convalidado Real Decreto Ley 21/2018 de 14 de diciembre). En los casos del número 1º del artículo 250.1 LEC se informará al demandado de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites.

Diferencias:

i. La definición de vulnerabilidad no está sujeta al cumplimiento de los requisitos normativos del art. 5 del Real

Decreto Ley 11/20, sino que es un concepto abierto sobre el que deben pronunciarse los servicios sociales.

ii. No se confiere a los servicios sociales un plazo concreto para que comunique si el arrendatario está o no en situación de vulnerabilidad. Es solo desde que se recibe esa comunicación, si es positiva, que se puede fijar un plazo concreto de suspensión del procedimiento, que es de uno o tres meses, y por tanto tampoco se aplican los plazos señalados por el Real Decreto Ley 11/20 y los que lo han modificado.

b. Supuesto regulado por la Ley 1/13 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Diferencias:

i. No tiene por objeto evitar los lanzamientos de arrendatarios condenados por desahucio por incumplimiento de contrato de alquiler, sino al propietario de la vivienda que va a ser lanzado en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

ii. Los requisitos de vulnerabilidad previstos en sus artículos 1 y 2 no son iguales a los de los arts. 5 y 6 del Real Decreto Ley 11/20, especialmente en cuanto a la determinación de quiénes constituyen la unidad familiar, la proporción entre el importe de la mensualidad a abonar y los ingresos mensuales de la unidad familiar, y singularmente el plazo de suspensión, mucho más largo, pues se calcula por años, actualmente hasta mayo de 2024,

según la última reforma del art. 1 de la Ley 1/13 por Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

VI. SUSPENSIÓN Y MORATORIA EN EL PAGO DE RENTAS. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES.

1. Modificaciones legislativas posteriores:

Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria:

i. Su artículo 1.1 incorpora como novedad en los arrendamientos en que el arrendador es un gran tenedor la posibilidad de pedir no solo la moratoria, sino también una reducción del 50 % de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. El arrendador comunicará expresamente su decisión a la arrendataria en el plazo máximo de siete días hábiles, y en defecto de comunicación expresa en plazo, se aplicará lo solicitado por el arrendatario.

ii. El art. 1.2 excluye expresamente de la rebaja de la renta la de aquellos gastos derivados de servicios de mantenimiento o de otro tipo de los cuales el arrendatario se beneficie.

iii. El art. 2, referido a los casos en que el arrendador no es un gran tenedor, no

permite al arrendatario pedir una rebaja de la renta, pero sí amplía el plazo para solicitar el aplazamiento.

2. Distinción de otros supuestos de moratoria y reestructuración por el COVID-19.

a. El Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que, como explica su Exposición de Motivos, está destinada igualmente a los deudores hipotecarios, y no arrendaticios, y tiene por objeto reestructurar de modo viable la deuda hipotecaria a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización; y en caso de no resultar suficiente, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda, y si ninguna de estas dos medidas aseguran la viabilidad financiera del préstamo, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años, satisfaciendo una renta asumible. Asimismo, se moderan los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario.

b. El regulado por los artículos 7 a 16 ter del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, sin hacer expresa modificación o derogación de ningún precepto del Real Decreto Ley 6/2012, y destinada a regular

una moratoria en el pago de créditos y préstamos hipotecarios referidos tanto a viviendas como a inmuebles destinados a su explotación comercial o a otro uso (a diferencia del supuesto regulado por el Real Decreto Ley 6/2012, referido a créditos y préstamos sobre la vivienda habitual), suavizando las condiciones para su concesión, modificadas a su vez por los arts. 16 a 19 del propio Real Decreto Ley 11/2020.

VII. PRÓRROGA FORZOSA. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS.

a. Las ya referidas que tenían como finalidad exclusiva la prórroga de plazos: el Real Decreto Ley 8/2021, el Real Decreto Ley 16/2021, y el Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre, hasta el 28 de febrero de 2022. Como se ha dicho, el Real Decreto Ley 2/2022, de 22 de febrero, prorrogó hasta el 30 de septiembre de 2022 la suspensión de los lanzamientos, pero no la posibilidad de solicitar la prórroga forzosa del arrendamiento, de modo que dicha posibilidad se ha extinguido el 28 de febrero de 2022.

b. El citado Real Decreto Ley 21/2021, de 26 de octubre modificó el grado de obligatoriedad del arrendador para aceptar la prórroga, pudiendo ahora oponerse en el caso de haber comunicado al arrendatario en los plazos y condiciones establecidos en el art. 9.3 LAU la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad

matrimonial.

VIII. CRÍTICAS A LA NORMATIVA Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN.

1. Se ha dicho ya que para los casos de desahucio por impago de rentas el art. 440.3 LEC en su párrafo tercero señala que el requerimiento expresará el día y la hora que se hubiera señalado para que tengan lugar la eventual vista en caso de oposición del demandado, para la que servirá de citación, y el día y la hora exactos para la práctica del lanzamiento en caso de que no hubiera oposición. Es decir, en el desahucio por impago de rentas la fecha de lanzamiento se fija en el momento de su admisión a trámite, a diferencia de los demás supuestos de desahucio, en los que efectivamente solo se fija una vez presentada oposición (“Igualmente, en la resolución que se dicte teniendo por opuesto al demandado se fijará día y hora exactas para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento” -art. 440.4-). Parece que al redactar el art. 1.1 del Real Decreto Ley 11/20 el legislador ha partido de una regulación del procedimiento de desahucio en el que la fecha de lanzamiento solo se fija una vez vencido el plazo de oposición y en la que el mismo se puede ejecutar desde el momento en que el demandado que se ha opuesto no comparezca a la vista, cuando lo cierto es que esa fecha de lanzamiento ya está fijada en el decreto de admisión a trámite de la demanda de desahucio. Por lo tanto:

a. De su literalidad cabría concluir que nunca habría justificación para

suspender ni el plazo para oponerse ni la vista, pues ya hay fijada fecha de lanzamiento.

b. Ello enlaza con la duda de si es lógico suspender el plazo para oponerse, o la celebración de la vista, por haber alegado el demandado su situación de vulnerabilidad, ya que dicha alegación no afecta a la parte declarativa del procedimiento (si hay o no causa de desahucio) sino a la de ejecución (el lanzamiento). De ahí que cuando el demandado se opone a la demanda y además pide la suspensión del lanzamiento por vulnerabilidad, lo procedente sería no suspender el procedimiento, celebrar la vista y dictar sentencia, pues habiéndose alegado motivos de oposición cabe la posibilidad de una sentencia absolutoria, que lógicamente dejaría sin objeto la petición de suspensión del lanzamiento por vulnerabilidad. Y es que puede darse el caso de haber suspendido el procedimiento todavía en fase declarativa, haber acordado la suspensión del lanzamiento, y cuando se reanude el procedimiento se dicte sentencia y sea desestimatoria de la demanda, de modo que el procedimiento, de haber seguido su tramitación ordinaria, nunca hubiera llegado a ese lanzamiento que se ha suspendido temporalmente.

2. El art. 1.2 del Real Decreto-Ley 37/2020 no prevé ningún plazo para que el arrendatario en situación de vulnerabilidad solicite la suspensión del lanzamiento lo que permite solicitarla no ya la víspera del lanzamiento, sino con ocasión de su ejecución, lo cual no es en absoluto infrecuente. Esto genera una distorsión evidente en la tramitación

del procedimiento, en perjuicio del arrendador y sin que correlativamente se justifique por una mejor protección del arrendatario en situación de vulnerabilidad, que para entonces ya hace varias semanas que conoce que se va a proceder al lanzamiento y que tiene la opción de instar un incidente de suspensión del mismo, aportando la documentación correspondiente.

3. Dicho precepto tampoco señala qué consecuencias ha de tener la falta de presentación de la documentación prevista por el art. 6 del Real Decreto Ley 11/2020 enumera los documentos que deben presentarse para acreditar la situación de vulnerabilidad del art. 5. Lo procedente sería conceder un plazo para subsanar esa falta de acreditación, y resolver con la que se aporte en ese plazo. Otras soluciones diferentes (la inadmisión a limine de la petición, o dejar la misma en suspenso -y con ello también el lanzamiento- hasta que se subsane) no parecen obviamente razonables. No es infrecuente que se desestime la petición de suspensión por la falta de presentación de cualquier tipo de documentación por parte de alguno de los miembros de la unidad familiar, ya que se trata de una omisión esencial, pues esa persona cuya situación económica no se documenta podría tenerla lo bastante desahogada como para que la unidad familiar no cumpliera los requisitos de vulnerabilidad. El art. 5 prevé que tales documentos sean presentados por todos los miembros de la unidad familiar que tengan capacidad de generar ingresos, pues es la capacidad económica de la unidad familiar la que ha de tenerse

en cuenta. Esta necesidad de dar plazo para aportar los documentos requeridos retarda aún más la tramitación del incidente.

4. El art.1 del Real Decreto Ley 11/2020, en su versión del Real Decreto-Ley 37/2020, prevé que, una vez el arrendatario ha solicitado la suspensión del lanzamiento y aportado documentación sobre su situación de vulnerabilidad se da traslado al demandante por diez días para que pueda alegar y acreditar encontrarse igualmente en situación de vulnerabilidad (lógicamente este traslado no se debería dar cuando el arrendador es una persona jurídica, que no puede hallarse en la situación de vulnerabilidad socio-económica prevista por el art.5). Seguidamente se da traslado a los servicios sociales para informe, y cuando se recibe, el Juez resuelve, a la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales. No se prevé por tanto que el arrendador pueda formular alegaciones al informe de los servicios sociales, pues no se le vuelve a dar traslado. Considero que debe dársele esa oportunidad de pronunciarse sobre un informe que va a servir de base para la resolución judicial, y así lo hago. Se está partiendo lógicamente de la hipótesis de que el informe ha declarado que existe situación de vulnerabilidad (que, como se verá, es lo más frecuente), lo que por tanto hace innecesario que se dé traslado al arrendatario para alegaciones sobre un informe que le es favorable.

5. Los servicios sociales que deben informar habitualmente carecen de información actualizada y completa sobre

la situación socio-económica de la unidad familiar, y la documentación prevista en el art. 6 que presenta el arrendatario en el Juzgado y que seguidamente se les remite es normalmente incompleta, lo que frecuentemente acaba desembocando en informes “de complacencia”, es decir, en los que se plasma lo que el arrendatario ha manifestado al trabajador social sobre su situación personal, familiar y laboral, y sobre la cuantía de sus ingresos.

6. Se desconoce si los arrendadores están cobrando efectivamente y en plazos razonables la compensación prevista por la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley 37/2020, que reconocía el derecho de arrendadores y propietarios afectados por la suspensión extraordinaria prevista en el art. 1 del Real Decreto Ley 11/20 a solicitar una compensación cuando la administración competente, en los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada facilitando el acceso de las personas vulnerables a una vivienda digna (art. 1.4 del Real Decreto Ley 37/2020), no hubiera adoptado tales medidas.

7. ¿Es posible una inadmisión “a limine” de la petición de suspensión por carecer manifiestamente de los requisitos para ello? Un ejemplo que se ha dado en la práctica ha sido el de un arrendatario que llevaba varios años residiendo no solo en una vivienda diferente a la arrendada (porque la tenía dada en subarriendo), sino además en una localidad diferente y situada a varios

cientos de kilómetros. Demandado de desahucio, solicitó la suspensión del lanzamiento, manifestando que tenía intención de retornar próximamente a la vivienda arrendada, y pidiendo que emitieran informes sobre su vulnerabilidad no los servicios sociales del municipio donde se encontraba la vivienda, sino del en que estaba residiendo en ese momento. Parece evidente no solo que la situación no tiene encaje en la normativa que estamos examinando, sino que supone un flagrante abuso, pues según el Preámbulo del Real Decreto Ley 11/20 “el real decreto-ley establece, entre otras medidas, la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual. Asimismo, se establecen medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda arrendaticia para las personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica”. Es decir, se trata de evitar los lanzamientos de vivienda habitual por una falta sobrevenida de recursos directa o indirectamente derivada de la pandemia, y no de cualquier tipo de contrato de arrendamiento de vivienda que esté en vigor. En casos así no tiene sentido tramitar todo el incidente, con intervención inclusive de los servicios sociales (¿del municipio de la vivienda o del en que reside el arrendatario?). Más lógico parece dar el traslado inicial por diez días al arrendador para que se manifieste sobre tan anómala pretensión, y seguidamente desestimarla.

8. Se ha avanzado ya que la prórroga extraordinaria de los contratos de

arrendamiento de vivienda habitual que recoge el art. 2 Real Decreto Ley 11/2020 no señala plazo alguno al arrendatario para formular dicha solicitud con carácter previo al momento en el que habría de finalizar el contrato, de modo que, si se entiende que puede hacerlo hasta el último momento, podría perjudicar claramente a los intereses del arrendador. Pero existe otra cuestión dudosa, cual es el número de veces que un arrendatario puede oponer esta prórroga extraordinaria de los contratos, ya que, como se ha visto, esa prórroga se ha ido sucesivamente prorrogando con la aprobación de sucesivas normas de vigencia temporal. Como se ha dicho, el Real Decreto Ley 2/2022, de 22 de febrero, prorrogó hasta el 30 de septiembre de 2022 la suspensión de los lanzamientos, pero no la posibilidad de solicitar la prórroga forzosa del arrendamiento, de modo que dicha posibilidad se ha extinguido el 28 de febrero de 2022. El art. 2 del Real Decreto Ley 11/2020 no especifica esta cuestión, ni en su redacción original ni en ninguna de sus modificaciones. Del tenor literal del precepto (que alude a una prórroga extraordinaria de seis meses en los casos de finalización del contrato en el periodo comprendido entre la aprobación del inicial Real Decreto Ley 11/2020 y el de finalización previsto por cada Real Decreto Ley -y no desde la entrada en vigor de cada nuevo Real Decreto Ley hasta cada nuevo periodo de finalización-) parece desprenderse que efectivamente el legislador solo prevé la posibilidad de acogerse a esta prórroga en una única ocasión durante la pandemia, y que lo que ha ido extendiendo sucesivamente es el ámbito temporal

en que pueda solicitarse a lo largo de la misma, dado que la situación de emergencia sanitaria no podía darse por concluida. Curiosamente esa precisión obraba en la nota de prensa emitida por el Consejo de Ministros al anunciar la aprobación del Real Decreto Ley 21/2021.

9. ¿Hay condena en costas para la parte vencida en el incidente? La norma no lo regula expresamente.

IX. APUNTES JURISPRUDENCIALES.

A. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* como medio de conseguir la resolución del contrato o la moderación de la renta, superando las limitaciones de la normativa aplicable sobre moratorias y rebajas de renta ya examinada (tal y como proponía el profesor Pantaleón).

1. Lo primero que debe aclararse al respecto es que esta figura carece de regulación normativa en nuestro derecho privado. Es sumamente interesante el trabajo publicado por la Excm. Sra. Doña María de los Ángeles Parra Lucán, Magistrada del Tribunal Supremo, con el título “El reequilibrio contractual tras la pandemia de la COVID-19” (Cuadernos digitales de formación 5/2021), en el cual, tras estudiar las más recientes propuestas de modernización del derecho privado de contratos llevadas a cabo en el ámbito tanto nacional como internacional, y ciñéndonos al ámbito interno, identificaba las siguientes:

En primer lugar, la Propuesta para

la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC), elaborada por la Comisión General de Codificación, sección civil, en 2009.

En segundo lugar, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (en adelante APCM), redactada por la Comisión General de Codificación, sección mercantil, en 2014.

Ambas proyectan disposiciones generales sobre adaptación o extinción del contrato por cambio sobrevenido de las circunstancias. Sin embargo, la autora señalaba que no había existido diálogo entre la sección civil y la mercantil de la Comisión General de Codificación, por lo que el art. 1213 PMCC se inspiraba en el modelo alemán (reacio a imponer una renegociación a las partes cuando la alteración de las circunstancias ha podido llevar a alguna de ellas a perder todo interés en la continuación del contrato, de modo que a falta de acuerdo sobre su adaptación o revisión, puede optarse por la extinción), mientras que la redacción del art. 416-2 APCM seguiría el modelo de los Principles of International Commercial Contracts (PICC), proclive a esa renegociación (algunos textos sancionan incluso con la obligación de indemnizar a la parte que se niega o negocia de mala fe) y, en caso de fracaso, a exigir judicialmente esa adaptación, en caso de desacuerdo.

Pero además en tercer lugar, la Asociación de Profesores de Derecho Civil, integrada por catedráticos y profesores de universidades públicas, inició, en el año 2014, los trabajos para la elaboración de una propuesta de código civil para el siglo XXI en la que se presenta la introducción

de una norma expresa sobre la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. Recoge, por tanto, lo que representa la opinión académica mayoritaria y enlaza, en esta materia, con la propuesta del art. 1213 PMCC.

Artículo 1213 propuesto por la PMCC:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

Artículo 416-2 propuesto por el APCM:

Excesiva onerosidad del contrato. 1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde. Si no se alcanza un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera

de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale. 2. Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos.

Artículo 526-5, propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho Civil:

Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.

1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato. 3. El juez solo puede estimar la

pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución.

2. Sujetos por tanto en la actualidad, irremediadamente, a la construcción jurisprudencial de esta figura, resulta muy didáctica la SAP Badajoz, sec. 2ª, 30-12-21, que recuerda que hay un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre la figura de la rebus sic stantibus, que se inició con las sentencias 820/2012, de 17 de enero de 2013 y 822/2012, de 18 enero de 2013, que continuó con la sentencia 333/2014, de 30 de junio, y que en sus últimas manifestaciones ha hecho hincapié en la importancia de la autonomía de la voluntad, así como en la excepcionalidad y en el carácter necesariamente imprevisible de las circunstancias (sentencias 5/2019, de 9 de enero; 455/2019, de 18 de julio y 156/2020, de 6 de marzo), evolucionando desde una concepción tradicional de esta figura, basada en la equidad y la justicia hacia el plano causal del contrato. Y es que las relaciones jurídicas onerosas están presididas, con carácter general, por el principio de la conmutatividad, es decir, por el equilibrio de las prestaciones. Como también están regidas por el principio de la buena fe, que, entre otras cosas, comporta que los contratos se cumplan en sus justos términos.

Cuando esos términos, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, cambian profundamente, las prestaciones pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo con

el cambio operado. Se alude entonces a la llamada teoría de la base del negocio. Cuando el sobrevenido cambio de circunstancias afecta al sentido o finalidad del contrato y rompe el equilibrio prestacional del mismo, hace entrar en juego la cláusula rebus. Desaparece la base del negocio al frustrarse la finalidad económica primordial del contrato y también al destruirse la equivalencia de las prestaciones, de suerte que no puede ya hablarse de prestación y contraprestación. Supone una quiebra de la finalidad del negocio, de modo que resulte inalcanzable.

También el Tribunal Supremo ha mitigado ciertos requisitos para la aplicación de la cláusula. Aunque no prescinde de él, matiza el presupuesto de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. No se exige con carácter abstracto. Si el nuevo escenario no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el contexto económico y comercial en que se celebró el contrato, podría invocarse la cláusula. Eso sí, cuando las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo, porque era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato, señala la STS nº 156/2020, de 6 de marzo, siguiendo la línea de sentencias más antiguas, como por ejemplo la STS nº 64/2015, de 24 febrero (“el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación

generalizada, o automática, de la cláusula “rebus sic stantibus” a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate”) y la nº 237/2015, de 30 abril (“aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla “rebus sic stantibus” en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador”).

Por otra parte, para que se pueda provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, la alteración de las circunstancias ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato, que socave la base del negocio.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial no limita los efectos de esta institución. Es verdad que, en principio, solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones. En virtud del principio de conservación del negocio, la cláusula tendría efectos meramente modificativos.

Pero de forma excepcional, la cláusula podría justificar la resolución o extinción de la relación jurídica, aunque, eso sí, bajo la perspectiva no del incumplimiento esencial y la insatisfacción del acreedor, sino de la desaparición de la base del negocio por la ruptura del equilibrio contractual.

Por otro lado, la jurisprudencia deja claro que la prestación no tiene por qué ser de cumplimiento imposible. La imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts. 1182 a 1184 CC) es cosa distinta. Lo que se exige es que la prestación resulte demasiado onerosa, bien porque lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica), bien porque suponga la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

Y es más, según el Tribunal Supremo, este juicio de onerosidad ha de llevarse a cabo bajo el solo prisma del contrato, prescindiéndose de la global situación económica de la empresa.

Aplicado lo dicho a los supuestos previstos por el Real Decreto Ley 15/2020, la referida resolución considera que el cierre forzoso de la actividad sí justifica la aplicación de la referida cláusula, ya que dicha normativa no condiciona la aplicación de la cláusula rebus al cumplimiento de los requisitos del Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, pues esta normativa se limita a reconocer una moratoria para reducir los costes de algunas pequeñas empresas, pero en modo alguno deja sin efecto la cláusula rebus, ni tampoco la regula. El legislador ha querido dar facilidades de pago a pequeños empresarios y autónomos, como remedio a las dificultades económicas generadas por esta situación tan difícil. Pero la norma no cierra puertas desde un punto de vista jurídico a la eventual aplicación de la cláusula rebus, y ni siquiera pretende acotarla o definirla. De hecho, si el legislador la

menciona en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley es para justificar la intromisión de la norma en el ámbito de la autonomía de la voluntad, es decir, busca en esa cláusula el fundamento de su decisión. En consecuencia, el hecho de incumplir los requisitos para acogerse a esa moratoria no impide accionar con fundamento en la cláusula rebus.

En segundo lugar, no considera relevante la discusión sobre cuál de los contratantes debe soportar el riesgo del cierre de la actividad por motivos sanitarios, en la medida en que la cláusula rebus solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones. Dicho lo cual, admite que el cierre forzoso operado entre el 14 de marzo y el 21 de mayo de 2020 con motivo de la pandemia producida por la Covid-19 sí puede justificar la aplicación de la cláusula rebus, pues fue un acontecimiento por completo extraordinario que impidió al arrendatario ejercer su actividad comercial en el local arrendado, quedando totalmente paralizada su actividad económica, lo cual en el momento de formalizarse el contrato, era no ya imprevisible, sino inimaginable. Considera irrelevante que ninguno de los contratantes fuera culpable de ello, pues lo que importa es que durante ese periodo se produjo una desproporción exorbitante entre las obligaciones de los contratantes, y se rompió completamente el equilibrio de las prestaciones. La conmutabilidad del contrato desapareció y se frustró la finalidad económica del contrato.

Por otra parte, si bien en derecho

comparado, con carácter general, la posibilidad de alterar los términos del contrato está vedada a quien se encuentra en mora, en nuestro ordenamiento no se exige tal requisito.

En cuando a los efectos de la aplicación de la cláusula, considera equitativo que se reparta el riesgo representado por el cierre de las actividades entre ambos contratantes por partes iguales, de modo que se reduzca la renta a la mitad durante los días en que el local estuvo cerrado por imperativo legal, y en cambio, una vez que ya se levantó el cierre y el arrendatario abrió su tienda, el contrato del arrendamiento debe volver a su ser, sin que las posibles oscilaciones en las ventas, aunque se hayan visto afectadas por la pandemia de un modo u otro, puedan considerarse alteraciones excepcionales. Correspondía al arrendatario acreditar que tras la reapertura seguía subsistiendo una situación económica que alteraba de forma extraordinaria y grave las prestaciones del contrato, porque la sola reducción de las ventas en un periodo concreto, incluso con carácter acusado, no puede justificar la aplicación de la cláusula rebus, pues tal situación no puede tacharse de imprevisible. Y es que, como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, no basta una crisis económica de efectos profundos y prolongados, que pueda incluso alterar las bases del negocio, para aplicar la cláusula rebus, pues además de la crisis, es necesario que concurra una excesiva onerosidad. Se exige una incidencia relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. De ahí que un

circunstancial desplome de ventas no pueda justificar ya la aplicación de la cláusula. A diferencia del cierre que es una circunstancia objetiva e impeditiva de la actividad, las ventas tienen un componente claramente aleatorio, que entra de lleno en los riesgos del negocio.

A este respecto cabe resaltar que, hallándonos ante un contrato de arrendamiento de local de negocio, la prestación que debe cumplir la actora es dineraria, por lo que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS 19-5-15), dado el carácter genérico de obligaciones de carácter pecuniario, no cabe excepcionar a su cumplimiento la existencia de fuerza mayor, que sólo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas pecuniarias, mientras los supuestos de prestación exorbitante o excesivamente onerosa (cláusula rebus sic stantibus) son en cambio aplicables cualquiera que sea el contenido de la prestación pactada. La obligación pecuniaria es la obligación genérica por excelencia, pues dicho género nunca perece, al existir siempre el dinero como tal. Como el género nunca perece, no cabe alegar la imposibilidad sobrevinida de la prestación, sino todo lo más el incumplimiento temporal o retraso.

Es por otra parte interesante lo resuelto por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arenys de Mar de 10 de febrero de 2022, que consideró viable ejercitar la cláusula rebus sic stantibus una vez resuelto ya el contrato de arrendamiento sobre el cual se ejercitaba

considerando (conforme a lo razonado por las SSAP Zaragoza, sec. 4ª, 22-2-21, y Barcelona, sec. 13ª, 6-6-14, entre otras), que el hecho de que el contrato de arrendamiento haya sido previamente resuelto no desnaturaliza la rebus sic stantibus, pues el demandante puede tener interés en que se reduzca su deuda frente al demandado modificándose el quantum de las rentas devengadas durante el período que entiende que es aplicable la rebus sic stantibus aunque el contrato ya no pueda extender su modificación a futuro sino sólo hasta el momento de la resolución. La única consecuencia de que el contrato ya haya quedado resuelto es por tanto que la rebus sic stantibus sólo se aplicará mientras el contrato estuvo vigente y antes de su resolución. Y lo que no puede por el contrario es convalidar un contrato previamente resuelto por sentencia de desahucio por falta de pago, por más que la sentencia de desahucio por falta de pago no produzca efectos de cosa juzgada (art. 447 LEC), pues como razonaba la SAP Barcelona, sec. 13ª, 2-11-20 las sentencias de desahucio por falta de pago sí producen efectos de cosa juzgada, conforme al art. 222 de la LEC, en relación a la existencia del contrato, la posesión por parte del arrendatario, el impago de la renta y la resolución del contrato.

B. Sobre las medidas cautelares de suspensión o reducción de renta.

Cabe citar en primer lugar el AAP Cantabria, sec. 2ª, 6-09-21, que confirmó la desestimación de una medida cautelar de solicitud de suspensión de la obligación de pago del 50% de la renta mensual de

un contrato de arrendamiento mientras duraran las limitaciones legales a la explotación de los negocios de hostelería como consecuencia de la pandemia. Razonaba en primer lugar que una relación de arrendamiento de local de negocio, por su carácter de tracto sucesivo y por su larga duración, podía fundar desde luego la aplicación de la regla “rebus sic stantibus”, no habiendo motivo para sostener que el Real Decreto Ley 15/2020 (norma de naturaleza eminentemente provisional, urgente y de emergencia) impidiera aplicar dicha figura, y no existiendo además ninguna norma legal que impidiera su aplicación. Y basó la desestimación de la medida en el hecho de que al tiempo de resolver la Audiencia el recurso de apelación, tales limitaciones a la explotación habían prácticamente desaparecido, no justificándose en ese momento ninguna circunstancia que alterara de forma extraordinaria y grave el equilibrio del contrato.

Por su parte el AAP Cantabria, sec. 2ª, 17-12-21, revocó un auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santander que había estimado como medidas cautelares la prohibición de ejercicio de una acción de desahucio o de reclamación de rentas con la condición de que el arrendatario abonara la mitad de la renta, razonando, en primer lugar, la falta de idoneidad de tales medidas, por considerar que la tutela judicial pretendida podía ser garantizada mediante otras medidas instrumentales como la reducción cautelar de la renta; y en segundo lugar, que no se apreciaba ningún peligro concreto por mora procesal, pues el riesgo de éxito de

una eventual acción de desahucio o de reclamación de cantidad deriva de la falta de pago de la renta podía ser fácilmente evitado por el arrendatario mediante el pago de las rentas pactadas en el contrato, y su tutela judicial efectiva se vería garantizada con la restitución de lo abonado en exceso, caso de estimarse su pretensión en el procedimiento principal.

C. Prejudicialidad en los juicios de desahucio por la interposición por el arrendatario de una demanda de juicio ordinario en que interesa en base a la rebus sic stantibus la suspensión o minoración de las rentas impagadas que fundamentan la pretensión de desahucio.

El muy reciente ATS 17-5-22 (rec. nº 9765/21) ha revocado la SAP Madrid, sec. 18ª, 15-10-21, que desestimó una petición de prejudicialidad.

La Audiencia razonó su fallo explicando que en un juicio de desahucio no cabía defender que no había existido un impago, sino que la renta no se había devengado por aplicación de la doctrina sobre la cláusula “rebus sic stantibus”, porque ello excede de los límites del juicio de desahucio, al tratarse de un motivo de oposición no alegable desde el momento en que no existía discusión sobre la renta, su cuantía y su ineffectividad; de modo que si lo que se pretendía en realidad era suspender la obligación de pago, o incluso hacerla desaparecer, ello sólo puede derivarse o de un acuerdo entre las partes o de una norma imperativa o de una resolución judicial, que en este último caso requeriría promover el oportuno proceso declarativo, incluso

con solicitud de adopción de medidas cautelares como la suspensión temporal de la obligación del pago de la renta o la disminución también temporal de su cuantía y ello porque en el juicio de desahucio no es suficiente que el deudor alegue causas de oposición ajenas a la existencia de la deuda, al hecho del pago o de la procedencia de la enervación ni por ende el planteamiento de la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” para por su mera voluntad suspender la obligación de pago de la renta o reducir su cuantía dejando sin efecto la previsión procesal antes dicha.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se limitó a constatar lacónicamente, que se daban los requisitos de aplicación del art. 43 LEC, pues el objeto de los autos de juicio verbal de desahucio y reclamación de rentas era el incumplimiento por la demandada de unas determinadas mensualidades de renta derivadas de un contrato de arrendamiento y el de los autos de juicio ordinario promovido por la arrendataria que se declarara la improcedencia del pago de las rentas correspondientes a esas mismas mensualidades, de modo que la acción de desahucio por falta de pago de las rentas tenía como antecedente lógico que dichas rentas sean exigibles, que era lo que se debatía en el juicio ordinario.

Hay que constatar que dicha resolución del Tribunal Supremo choca frontalmente tanto con la jurisprudencia anterior como con la postura mayoritaria en el foro.

Así, la SAP Asturias, sec. 7ª, 4-2-22,

sostenía que ese motivo de oposición excedía de los que pueden alegarse en el marco procesal en el que nos encontramos, y deberían hacerse valer, en su caso, mediante el oportuno proceso declarativo, en el que, eventualmente, podrían solicitarse medidas cautelares.

Así mismo, las SSAP Pontevedra, sec. 1ª, 24-2-21 y A Coruña, sec. 3ª, 23-3-21, recogiendo la posición mayoritaria en el foro, consideraban: que la cláusula “rebus sic stantibus” enlaza con la teoría del “riesgo imprevisible”, cuyo análisis en el caso concreto exige un ámbito pleno de cognición y prueba, y por tanto excede de los motivos que pueden alegarse en el marco procesal sumario y de cognición limitada de un juicio de desahucio, que, no se olvide, finaliza por una resolución que carece de efecto de cosa juzgada (art. 447.2 LEC); que el objeto del juicio de desahucio se centra únicamente en determinar la conducta del arrendatario es encuadrable en la causa de resolución prevenida en el artículo 27.2 a) LAU; y que por ello en este juicio sumario solo puede alegar aquellas cuestiones que hagan inexigible la obligación de pago en que se sustenta el desahucio pretendido, o enervar la acción.

Abunda en esta línea la SAP Tenerife, sec. 3ª, 9-2-18, cuando recuerda que es doctrina jurisprudencial plenamente consolidada (SSTS 13-11-09, 27-7-07, 22-4-05 y 10-6-04, entre otras muchas) que la resolución contractual no convencional ni ya declarada judicialmente no es una pretensión oponible como excepción, sino que ha de hacerse valer mediante la oportuna acción, a través de demanda

o reconvencción, con base en hechos de los que en Derecho se derive aquel efecto jurídico y la tutela judicial que en su consecuencia se pretende obtener. Y añade que esta doctrina, comúnmente referida a la resolución por incumplimiento contractual, resulta también extensiva a la fundada en la ruptura del equilibrio de las prestaciones por alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias, quiebra o desaparición de la base del negocio, como se desprende de la STS 15-3-94, que reputó cuestión nueva la resolución contractual pedida con base en la doctrina “rebus sic stantibus” por una alteración extraordinaria de las circunstancias alegada en la contestación a la demanda sin formular reconvencción, o de la STS 14-11-12 cuando mantuvo que pretensiones como la fundada en aquella doctrina requerían su formulación mediante reconvencción expresa.

Por lo tanto, si la arrendataria, en aplicación de la figura de “rebus sic stantibus”, pretende que se le conceda la suspensión o la rebaja de la renta pactada en su día, habrá de hacer valer tal pretensión en el oportuno juicio declarativo ordinario, no en este procedimiento sumario de cognición limitada, ni siendo desde luego su mera alegación apta para justificar la falta de pago de las rentas adeudadas.

Es más, prueba de que se trataba de una doctrina consolidada es la siguiente modificación del artículo 444.1 LEC propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2020:

La redacción actual de dicho precepto es la siguiente:

Quando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación.

Y la redacción propuesta:

Quando en el juicio verbal se pretenda la recuperación de finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o cantidad asimilada sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento o desequilibrio sobrevenido de prestaciones contractuales siempre que tales circunstancias vengan motivadas por la situación de crisis sanitaria generada por la evolución del COVID-19.

Esta medida (se razonaba) ofrece una solución a un problema práctico que se plantearía previsiblemente de inmediato, cual es la viabilidad procesal de oponer este motivo de oposición frente al rigor de la normativa vigente que impide en su aplicación literal argumentar y probar cualquier otro motivo que no sea el pago efectivo de la renta, siendo previsible el dictado de decisiones encontradas ante la imprevisión normativa de admitir este alegato.

Como curiosidad, y para finalizar, cabe citar el AAP Barcelona, sec. 13ª, 15-7-21,

que si bien consideró indudable la existencia de una situación de prejudicialidad, sostuvo que la misma no podía amparar el abuso de derecho ni conductas contrarias a la buena fe, de modo que condicionó el mantenimiento de la suspensión del juicio de desahucio por prejudicialidad civil a que la arrendataria acreditara haber estado abonando al menos el 50 % de la renta pactada en el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1 del Real Decreto Ley 35/2020, ya estudiado.

BIBLIOGRAFÍA:

Arrendamientos urbanos y COVID-19. Antonio Salas Carceller, Magistrado del Tribunal Supremo, Cuadernos digitales de formación 1/2020.

El reequilibrio contractual tras la pandemia de la COVID-19. María de los Ángeles Parra Lucán, Magistrada del Tribunal Supremo, Cuadernos digitales de formación 5/2021.

INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN EL CONTRATO DE SEGURO.

ASPECTOS RELEVANTES A CONSIDERAR Y CASUÍSTICA

IMPACT OF THE PANDEMIC ON THE INSURANCE CONTRACT. RELEVANT ASPECTS TO CONSIDER AND CASUISTRY

Enrique Quintana Navarro.

Magistrado. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrelavega (Cantabria).

I.- El contrato de seguro y su interpretación en tiempos de pandemia: La imposibilidad de acudir a remedios generalistas.

II.- ¿La pandemia, un suceso imprevisible? No para las aseguradoras.

III.- Otra puerta falsa: el riesgo extraordinario del art. 44 LCS.

IV.- La auténtica piedra de toque.

V.- Problemática específica por tipo de seguro y casuística forense a considerar.

Resumen:

El presente trabajo es un extracto de la ponencia “La pandemia y su efecto en los contratos. En especial, contratos con consumidores y contrato de seguro”, expuesta en el marco de las XIII Jornadas de Derecho Procesal Civil, celebradas en Santander (Cantabria) los días 9 y 10 de junio de 2022. Analiza de forma sintética, sobre la base de publicaciones previas, jurisprudencia y reflexiones propias, las principales implicaciones del estallido de la pandemia por COVID-19 para el contrato de seguro: posible aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” y otros remedios tradicionales de nuestro ordenamiento, predictibilidad de la actual situación de pandemia por parte de las compañías aseguradoras, consideración o no de la misma como un “riesgo extraordinario” a efectos de exoneración de la cobertura, criterios interpretativos de utilidad, así como problemática específica de cada tipo de seguro y casuística forense más destacada.

Abstract:

This work is an extract from the paper “The pandemic and its effect on contracts. In particular, consumer contracts and insurance contracts”, exhibited within the framework of the XIII Conference on Civil Procedural Law, held in Santander (Cantabria) on June 9 and 10, 2022. It analyses in a synthetic way, on the basis of previous publications, jurisprudence and own reflections, the main implications of the outbreak of the COVID-19 pandemic for the insurance contract: possible application of the “rebus sic stantibus” clause and other traditional remedies of our legal system, predictability of the current pandemic situation by insurance companies, consideration or not of it as an “extraordinary risk” for the purposes of exemption from coverage, useful interpretive criteria, as well as specific problems of each type of insurance and the most outstanding forensic casuistry.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; contrato de seguro; rebus sic stantibus; coberturas del riesgo; cláusulas limitativas de derechos.

KEYWORDS: COVID-19; insurance contract; rebus sic stantibus; risk coverage; rights limitation clauses.

I.- EL CONTRATO DE SEGURO Y SU INTERPRETACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA: LA IMPOSIBILIDAD DE ACUDIR A REMEDIOS GENERALISTAS.

Durante los dos últimos años hemos podido experimentar las múltiples implicaciones que, en el orden jurídico y desde los ángulos más variados que puedan imaginarse, ha tenido el estallido de la pandemia por COVID-19. En el ámbito civil que nos ocupa, estas turbulencias se hacen sentir especialmente, aunque no solo, en materia contractual: algunos contratos preexistentes han devenido de imposible o muy difícil cumplimiento, otros solo podrán cumplirse variando las condiciones inicialmente estipuladas o incluso han perdido definitivamente su razón de ser para alguna de las partes o para todas; en algunos casos arrojarán un resultado diferente, por menos rentable, del inicialmente previsto por al menos una de las partes, y en otros, o más bien desde la perspectiva opuesta, una de las partes no podrá cumplir por carecer de ingresos para hacer frente a su compromiso. La casuística analizada por los tribunales desde marzo de 2020 ha sido, si no abundante, al menos suficientemente variada: compraventas, préstamos, arrendamientos de todo tipo y duración, contratación con consumidores, etc. En todos estos casos, la doctrina científica y

forense ha procedido al análisis y eventual revisión contractual de que se trate a la luz, en primer lugar, de la normativa especial y excepcional promulgada en la materia –no siempre con la precisión técnica y claridad conceptual que serían deseables– y, con carácter más residual y supletorio, de aquellos principios e instituciones de corte más general que ya preexistían en nuestro ordenamiento jurídico-civil: esencialmente, cláusula “rebus sic stantibus” (de configuración jurisprudencial en nuestro país, como es sabido), buena fe (art. 7 CC.), caso fortuito/fuerza mayor (art. 1.105 CC.) y pérdida de cosa debida o imposibilidad legal o física de cumplimiento (1.182 y ss. CC.).

En el caso del contrato de seguro, no se ha promulgado una normativa específica para aplicar en tiempos de pandemia, al menos no de corte generalista (sí de forma sectorial, específicamente en materia de seguro de decesos y servicios funerarios, como más adelante se expondrá). En consecuencia y en el escenario de la crisis del tráfico contractual provocada por la pandemia, cabe plantearse en primer lugar la viabilidad de aplicar a dicho contrato las referidas instituciones generales preexistentes en nuestro ordenamiento civil¹.

Para dar respuesta a esta cuestión, dos son las consideraciones de base a tener en cuenta, a saber: en primer lugar, la de

¹ vid. Conclusiones del seminario virtual “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria” celebrado del 7 al 17 de septiembre de 2020. Relatores: Celia Belhadj Ben Gómez y Pedro José Vela Torres. En Cuadernos Digitales de Formación 23-2020: “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.

que el de seguro es un contrato natural y esencialmente aleatorio, y, en segundo lugar, la de que las obligaciones que con carácter principal se derivan del mismo tienen, en la generalidad de los casos, un carácter fungible y no personalísimo: deuda pecuniaria o de bien genérico, hacer reparador, etc.

Bajo estas premisas, es de recordar en primer lugar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido rechazando la aplicación, tanto de la cláusula “rebus sic stantibus” a los contratos aleatorios y, en particular, a aquellos en los que el riesgo forma parte de su naturaleza², como de la fuerza mayor/caso fortuito y/o pérdida de cosa debida/imposibilidad legal o física de cumplimiento a las obligaciones genéricas (“genus nunquam perit”)³.

Por otra parte, la mera referencia genérica a la buena fe tampoco proporciona pautas concretas y de utilidad para enfrentar la problemática que se pueda dar en el ámbito del contrato de seguro en el escenario planteado; como se expone a lo largo de este trabajo, más eficaz para tal propósito que el recurso a este principio general será acudir a los específicos criterios que en materia de interpretación contractual contempla

² La STS 64/2015, de 24 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:1698, declaró que, de los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el “riesgo normal” inherente o derivado del contrato. Y la STS 626/2013, de 29 de octubre, afirmó que “para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato [la cláusula rebus sic stantibus] se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual”.

³ SSTS 820/2013, de 17 de enero de 2013, ECLI:ES:TS:2013:1013; y 266/15, de 19 de mayo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:2344.

nuestro ordenamiento jurídico, tanto de carácter más generalista (arts. 1.281 y ss. CC.), como específicos en el ámbito del seguro (v. gr., filtros del art. 3 LCS., principio “in dubio, pro asegurado”).

II.- ¿LA PANDEMIA, UN SUCESO IMPREVISIBLE? NO PARA LAS ASEGURADORAS.

Enlazando con lo que acaba de referirse, aún más: se ha señalado⁴ que, en realidad, desde la perspectiva de las compañías aseguradoras la actual situación de pandemia ni siquiera podría considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que permita la aplicación de los aludidos instrumentos correctores. Lo cierto es que los Estados, la comunidad científica y las propias aseguradoras conocían de antemano el alto riesgo que existe desde hace años y que, finalmente, se ha materializado. Es por ello que también se ha dicho que la previsibilidad o imprevisibilidad de la pandemia no afecta por igual a las aseguradoras que a los asegurados o tomadores. Para estos

⁴ vid. VELA TORRES, P. J. <<Contrato de seguro y COVID-19. Previsibilidad. Fuerza mayor. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria>>, en Cuadernos Digitales de Formación 23-2020. “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.

vid. VELA TORRES, P. J. <<Los contratos de seguro y las circunstancias extraordinarias derivadas de las crisis sanitaria y económica>>, en Cuadernos Digitales de Formación 5-2021: “Hacia nuevas concepciones de las nociones de fuerza mayor, rebus sic stantibus, reequilibrio contractual y otras análogas en contratación civil y mercantil derivada de crisis socioeconómicas”. CGPJ, 2021.

vid. Conclusiones del seminario virtual “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria” celebrado del 7 al 17 de septiembre de 2020. Relatores: Celia Belhadj Ben Gómez y Pedro José Vela Torres. En Cuadernos Digitales de Formación 23-2020: “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.

últimos no era previsible, por lo que el tratamiento judicial no debería ser el mismo. No es igual el nivel de información que podrían tener las aseguradoras o el que tienen, incluso, los profesionales que hacen estudios prospectivos de futuro para calcular sus riesgos con respecto al que poseen los asegurados, sobre todo si son consumidores.

En este sentido y sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse una serie de documentos y estudios que indican que el riesgo de pandemia era previsible por los profesionales del sector del seguro y que, de hecho, se había previsto, por lo que debe considerarse que las aseguradoras ya contemplaban el mismo en sus cálculos y bases actuariales:

1) La Organización Mundial de la Salud (OMS) lleva más de quince años advirtiendo y publicando artículos y recomendaciones en torno al riesgo de una pandemia provocada por el virus de la gripe. Uno de los documentos, publicado en el año 2005, fue un “plan de preparación para una pandemia de influenza” en el que presagiaba la aparición de “un brote de enfermedad respiratoria excepcionalmente grave” y emplazaba a los Estados para prepararse ante ese riesgo futuro y cierto. En 2006, alertó del riesgo de una pandemia provocada por el virus de la gripe (específicamente, gripe aviar: Resolución WHA59.2 de 26 de mayo de 2006).

2) En mayo de 2006, el Grupo Consultivo de Actuarios Europeos publicó un documento titulado Reflexiones actuariales sobre el riesgo de pandemia y sus consecuencias, que analizaba el posible impacto de una

pandemia vírica en la industria del seguro. En este documento afirmaban que “los expertos no tienen duda de que ocurrirá una pandemia” y que este riesgo se concretaría en los próximos diez años con una probabilidad superior al cincuenta por ciento. Como resultado de tales previsiones, aventuraron que las compañías aseguradoras tendrían que hacer frente a reclamaciones adicionales por muertes, seguros de salud y otros posibles impactos económicos –tales como una caída de la tasa de interés o del mercado de valores– que también debían tomarse en consideración. En el caso concreto de España, calcularon que una pandemia provocaría un incremento de mortalidad del 0,25% (esto es, 107.595 muertes) y hasta trece millones de contagios. Y lo cierto es que, a mediados de junio de 2022, en España se habían contabilizado de forma oficial más de 107.000 fallecidos desde el inicio de la pandemia y por su causa, así como más de 12.500.000 de contagios.

3) En 2008, la multinacional aseguradora Lloyd’s publicó un informe titulado “Pandemic. Potential insurance impacts”, en el que se analizaban los riesgos propios de un fenómeno de esta naturaleza.

4) En un ámbito de participación más amplio, en el mismo año 2008, el Foro Económico Mundial, con la participación de varias compañías de seguros y reaseguros (Zurich, Citigroup, Swiss Re, MMC), publicó un informe sobre los riesgos globales (“Global Risks Report”), que estimaba en un 5-10% el riesgo de que se produjera una pandemia vírica de alcance global. Y en su informe de 2020, ese mismo riesgo estaba entre los

diez primeros a nivel mundial con mayor probabilidad de ocurrencia.

5) En octubre de 2019, AXA publicó otro documento titulado “Future Risks Report”, que mantenía que en marzo de ese mismo año los expertos de la OMS habían considerado un riesgo real la transmisión de un virus de la gripe de animales a humanos, y, por lo tanto, se consideraba una pandemia como uno de los diez riesgos más probables con impacto en la actividad aseguradora.

6) Desde un punto de vista legislativo, el Reglamento (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre de 2015, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y reaseguro (Solvencia II) incluye una pandemia como uno de los posibles riesgos que ha de tomar en consideración una aseguradora para dotar sus provisiones técnicas (esto es, reserva de recursos), a fin de hacer frente a los pagos futuros que deba realizar.

En consecuencia, puede concluirse que un riesgo por pandemia era previsible para las compañías de seguros. Por lo que el único cauce que estas tendrían para no asumir el pago de las indemnizaciones correspondientes sería la exclusión contractual: a efectos de la contratación de seguros y desde su perspectiva, el estallido de una pandemia era un riesgo real, cierto, previsible y evitable mediante la correcta exclusión de la cobertura de dicha eventualidad en el clausulado del contrato de seguro.

III. OTRA PUERTA FALSA: EL RIESGO EXTRAORDINARIO DEL ART. 44

LCS.

Llegados a este punto y centrados ya en la reglamentación específica del contrato, se ha planteado⁵ la posibilidad que tendrían las compañías aseguradoras, para rechazar la existencia de cobertura, de ampararse en la consideración de la situación de pandemia como un riesgo extraordinario, a los efectos de lo dispuesto en el art. 44 LCS⁶. No parece que este sea el caso, salvo que se haya previsto de forma expresa tal contingencia en la póliza, teniendo en cuenta que: 1) la jurisprudencia viene declarando que los contratos de seguro de grandes riesgos se rigen por la voluntad de las partes estipulada en el contrato; y 2) ni el RDLeg. 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 6), ni el RD 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios (arts. 1, 2 y 6), consideran como un riesgo extraordinario la situación de pandemia vírica⁷.

⁵ vid. VELA TORRES, P. J. <<Contrato de seguro y COVID-19. Previsibilidad. Fuerza mayor. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria>>, op. cit.

vid. VELA TORRES, P. J. <<Los contratos de seguro y las circunstancias extraordinarias derivadas de las crisis sanitaria y económica>>, op. cit.

vid. Conclusiones del seminario virtual “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”, op. cit.

⁶ “[e]l asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario”.

⁷ En ambos casos se conceptúan como riesgos extraordinarios: “a) Los terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos; b) Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular; c) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz”. Y excluyen de la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros, “los siniestros que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno de la Nación como

IV.- LA AUTÉNTICA PIEDRA DE TOQUE.

En realidad, el recurso de mayor relevancia y utilidad a la hora de valorar la cobertura de cualesquiera situaciones derivadas de la situación de pandemia será el análisis del concreto clausulado contractual aplicable. Es por ello que, como veremos, cobra singular importancia la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos.

Como es sabido, las cláusulas de delimitación del riesgo concretan el objeto del contrato y fijan qué riesgos, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación. El Tribunal Supremo, en la STS 853/2006, de 11 de septiembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:6597, sienta una doctrina, recogida y desarrollada en posteriores resoluciones, según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan qué riesgos constituyen dicho objeto, en qué cuantía, durante qué plazo; y en qué ámbito temporal. Otras resoluciones posteriores —como la STS 82/2012, de 5 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:1577— entienden que también deben incluirse en esta categoría los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Por el contrario, las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro

se ha producido.

En fechas más recientes⁸, el Tribunal Supremo, en esa labor de progresiva perfilación, sienta un criterio diferenciador adicional: el de la llamada teoría de las cláusulas sorprendentes y de las expectativas razonables del asegurado. Consiste en identificar potenciales cláusulas que el adherente no ha tenido posibilidad real de conocer antes de la contratación; inesperadas o insólitas que, por las circunstancias de celebración del contrato —la mayoría de las veces, por falta de una precisa y transparente incorporación al mismo—, su naturaleza y la configuración y presentación del documento contractual, resultan tan imprevisibles que el adherente no ha podido contar razonablemente con su existencia. Implican para el adherente el riesgo de encontrarse ante situaciones contractuales distintas y más desventajosas de lo que razonablemente podría haber previsto e imaginado. Las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado pueden ser perfectamente válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen y que las mismas no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico, esto es, que no le priven de su causa. “Cuando las cláusulas delimitadoras del riesgo contienen pactos insólitos, sorprendentes, o absurdos, resulta claro que quedan desvirtuados los riesgos normalmente incluidos en la cobertura de una determinada modalidad de seguro. Estaremos entonces en presencia

de “catástrofe o calamidad nacional”; siendo lo cierto que, en el caso de la pandemia que nos ocupa, el Gobierno ni siquiera la ha calificado como catástrofe o calamidad nacional.

⁸ STS 58/2019, de 29 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:162.

de cláusulas lesivas, por cuanto niegan en la práctica el derecho del asegurado a obtener la cobertura del riesgo conforme a lo que resulta razonable y propio de la modalidad de seguro de que se trate”⁹.

En cuanto a sus efectos, la cláusula sorprendente puede tener dos consecuencias:

1. Si reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que sea prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro, por lo que impide la eficacia de la póliza, será lesiva y, por tanto, nula en todo caso, de acuerdo con la previsión legal contenida en los arts. 2 y 3 LCS., y 6.3 CC.

2. Si lo que hace es delimitar el riesgo de manera que desnaturaliza el contrato, pero no impide su eficacia, no le será aplicable el régimen de las cláusulas delimitadoras, sino el de las limitativas de los derechos del asegurado, por lo que tendrá que cumplir los requisitos del art. 3 LCS. En cuanto a esto, no bastaría con la conformidad prestada al contrato en general, sino que se precisa la declaración expresa de que el tomador y el asegurado conocen y aceptan las cláusulas limitativas concretas. Estamos hablando del denominado “requisito de doble firma”: el tomador o asegurado debe firmar tanto el clausulado general como las cláusulas limitativas. Algunas Audiencias Provinciales, con un criterio no exento de razonabilidad, exigen que las cláusulas limitativas sean

firmadas individualmente, esto es, una firma diferenciada por cada cláusula de esta naturaleza. No obstante, este planteamiento no ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 402/2015, de 14 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3754; y 76/2017, de 9 de febrero de 2017, ECLI:ES:TS:2017:418), que se decanta por no exigir la firma individualizada de cada una de las cláusulas limitativas, que en todo caso deben aparecer destacadas o resaltadas de forma especial en el condicionado (art. 3 LCS.), admitiendo la suscripción de una mención general pero diferenciada en la que el tomador o asegurado declare conocer y aceptar estas. La primera de las sentencias citadas, del Pleno, sostiene no obstante que “la jurisprudencia de esta Sala exige que [las cláusulas limitativas de derechos] deben aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales, por más que, en estas últimas declare conocer aquéllas, como advierte la STS de 1 de octubre de 2010, RC 2273/2006, entre otras”. Esta última mención no se comprende demasiado bien; parece un error de redacción o transcripción, especialmente tras la lectura de la sentencia en la que se apoya: la redacción correcta parece que debiera ser “por más que en aquellas [las particulares] declare conocer estas últimas [las generales, que es donde, en la práctica, se viene ubicando este tipo de clausulado limitativo por parte de las aseguradoras]”. Aunque, en realidad, la STS de 1 de octubre de 2010 tampoco declara exactamente esto; al menos no con la claridad que le atribuye la sentencia de 2015. Sea como fuere, lo cierto es que el recurso

⁹ SALAS CARCELLER, A. <<Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido el contrato e imposibilitan su cumplimiento>>, en XIV Congreso Nacional. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación. Sabadell, 2014, p. 407; citado en VELA TORRES, P. J. <<Los contratos de seguro y las circunstancias extraordinarias derivadas de las crisis sanitaria y económica>>, op. cit. p. 56.

-jurisprudencialmente admitido, como hemos dicho- a esta mera suscripción de una mención predispuesta y genérica en el que el tomador o asegurado declara conocer y aceptar las cláusulas limitativas de derechos, recuerda demasiado a las tan -acertadamente- criticadas menciones que, con contenido equiparable -en este caso, de conocer el funcionamiento del producto y sus riesgos- se insertaron en masa en las órdenes de suscripción de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas que, especialmente a raíz de la crisis económica de 2008, se hicieron firmar a multitud de pequeños inversores, y cuya revisión en masa saturó los órganos de la jurisdicción civil en su momento. ¿Por qué van a actuar las compañías de seguros con mayor probidad y transparencia que las entidades financieras y de inversión que colocaron estos productos tóxicos? No parece que la solución adoptada por el Tribunal Supremo resuelva definitiva y automáticamente el problema que supone la situación de asimetría informativa en la que se encuentra el tomador o asegurado -en muchos casos un consumidor, al fin y al cabo- en el ámbito de la contratación en serie y predispuesta llevada a cabo por las aseguradoras.

Por último, en esta labor interpretativa también habrán de tenerse en cuenta las exigencias que, en materia de información previa al cliente y transparencia en la contratación de seguros, se introducen en nuestro ordenamiento por vía del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero¹⁰, que, entre otras directivas europeas,

transpone la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.

V.- PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA POR TIPO DE SEGURO Y CASUÍSTICA FORENSE A CONSIDERAR.

Bajo las premisas expuestas, se abordarán a continuación, de forma somera, las primordiales implicaciones que, para algunos tipos de seguro, pueden derivarse de la situación de pandemia, sus efectos y las limitaciones gubernativas aprobadas para su contención.¹¹

1) Seguros de personas:

Cabe plantearse, en primer lugar, una situación genérica en la que la aseguradora rechaza el pago de la prestación en caso de siniestro alegando que la causa del siniestro (fallecimiento, accidente, invalidez...) ha sido la COVID-19 y que este era un riesgo excluido en la cobertura. En este caso, y como ya se ha señalado, habrá que examinar el concreto clausulado de la póliza en orden a determinar si existe en la misma alguna previsión específica para el caso de pandemia, epidemia o similar. De ser así, habrá que determinar si se trata de una cláusula delimitadora del riesgo, o de una cláusula limitativa, y en este segundo caso, si cumple los requisitos del art. 3 LCS.: prohibición de

¹¹ vid. TAPIA HERMIDA, A. J. <<COVID-19 y seguros de personas. Selección y agravación del riesgo y nuevas pólizas>>, en Cuadernos Digitales de Formación 23-2020: "Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria". CGPJ, 2020.

vid. Conclusiones del seminario virtual "Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria", op. cit.

¹⁰ En especial, vid. Sección sexta, del Capítulo III, del Libro Segundo, arts. 172 y ss.

lesividad, incorporación y transparencia, resalte especial de las condiciones limitativas y suscripción diferenciada de estas. En todo caso, habrá de verificarse también si el clausulado en cuestión puede considerarse o no como sorprendente e inesperado y si quebranta o no las expectativas razonables del asegurado en el marco de la concreta contratación analizada. Cumplidos todos estos parámetros de validez, la aseguradora sí podría verse exonerada de la reclamación que pueda dirigirle el beneficiario, tomador o asegurado.

Por otra parte, deberá tenerse presente que el art. 11.2 LCS., establece que “en los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo”; por lo que el tomador o asegurado que contraiga la COVID-19 no estará obligado a comunicarlo al asegurador como agravación del riesgo.

Respecto a los seguros de personas que se contraten con posterioridad al estallido de la pandemia y a la posibilidad de que el asegurado haya padecido o esté padeciendo la enfermedad en el momento de su suscripción, habrá que prestar especial atención a la declaración de salud (cuestionario) que haya cumplimentado el asegurado, en los términos del art. 10 LCS. Es decir, deberá analizarse la claridad del contenido del cuestionario, determinar si hubo ocultación de la enfermedad, si se debió a dolo o culpa grave del tomador

y que entre la enfermedad ocultada y el siniestro concurrió una relación de causalidad eficiente¹².

No cabe olvidar, por último, que la Ley proscribe (Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta LCS.) cualquier posible discriminación de las personas, en la contratación de seguros, por razón de la COVID-19 padecida como enfermedad -prohibición de discriminación por “condiciones de salud”- o elemento incapacitante del grado que sea¹³.

Seguro de decesos y dependencia: resultará de directa aplicación lo establecido en los arts. 106.bis y ss. LCS. En el específico caso del seguro de decesos, habrá de tenerse en cuenta que “el exceso de la suma asegurada sobre el coste del servicio prestado por el asegurador corresponderá al tomador o, en su defecto, a los herederos” (art. 106. bis.1.2º), así como que “en el supuesto

¹² Para ello resulta especialmente útil partir del denominado “test de las cinco preguntas”:

- ¿El asegurador ha presentado un auténtico cuestionario que contenga preguntas sobre las circunstancias de salud del tomador?
- ¿Las preguntas contenidas en el cuestionario son razonablemente detalladas?
- ¿El cuestionario presentado ha sido verdaderamente cumplimentado, bien por el tomador, o bien con la información que este ha proporcionado al asegurador o al mediador?
- ¿Cómo ha omitido el tomador una enfermedad o lesión preexistente?
- ¿La enfermedad o lesión preexistente omitida ha causado el fallecimiento o la invalidez que constituyen el siniestro?

¹³ DA Cuarta: No se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

DA Quinta: No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

de que el asegurador no hubiera podido proporcionar la prestación por causas ajenas a su voluntad, fuerza mayor o por haberse realizado el servicio a través de otros medios distintos a los ofrecidos por la aseguradora [todo lo cual ha podido acontecer durante la época de mayores restricciones gubernativas], el asegurador quedará obligado a satisfacer la suma asegurada a los herederos del asegurado fallecido, no siendo responsable de la calidad de los servicios prestados” (art. 106.bis.2). Por último, no puede olvidarse que en el seguro de decesos, y también en los de asistencia sanitaria y dependencia, “las entidades aseguradoras garantizarán a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. En estos casos la entidad aseguradora deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios que garantice una efectiva libertad de elección, salvo en aquellos contratos en los que expresamente se prevea un único prestador. En los seguros de decesos será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 bis.2 cuando los herederos contratasen los servicios por medios distintos a los ofrecidos por la aseguradora conforme al párrafo anterior.”

Por último, en cuanto a esta materia, resulta también relevante la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Entre otros extremos que regula, esta norma

reglamentaria prohibió que, durante el periodo de vigencia del estado de alarma, los precios de los servicios funerarios superasen los precios vigentes con anterioridad al 14 de marzo de 2020, y estableció un procedimiento de devolución del eventual exceso ya abonado en contra de esta prohibición, previendo que la empresa inicie de oficio la devolución de dicha diferencia, dejando constancia de las actuaciones realizadas a tal efecto en el caso de que no pueda llevarse a cabo. El usuario, por su parte, dispone de seis meses desde la fecha de finalización del estado de alarma para solicitar el correspondiente reembolso. Asimismo, obligaba a las empresas de servicios funerarios a facilitar al usuario, con carácter previo a la contratación del servicio, un presupuesto desglosado por cada uno de los conceptos incluidos en el mismo y la lista de precios vigente con anterioridad al 14 de marzo de 2020, aun en el supuesto de que resultase necesario realizar actuaciones específicas como consecuencia de los fallecimientos producidos por causa del COVID-19. Finalmente, preveía la devolución de los importes ya abonados por servicios o productos contratados que no puedan ser disfrutados o entregados al usuario debido a las medidas implementadas en virtud del Real Decreto 463/2020 y sus normativas de desarrollo.

- Seguro de accidentes: No parece aplicable a los casos de contagio de COVID-19, en las condiciones ordinarias de transmisión viral (inhalación por vía aérea o contacto con gotículas, aerosoles, etc.). El art. 100 LCS. define como “accidente” la “lesión corporal que

deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado que produzca la invalidez temporal o permanente o la muerte”, y es precisamente la caracterización de la causa como “violenta” (RAE: “que implica una fuerza e intensidad extraordinarias”) lo que permite excluir el contagio de COVID-19 como riesgo objeto de cobertura.

No obstante, con un criterio que no comparto, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid, 1 /2022, de 10 de enero de 2022, ECLI:ES:JPI:2022:256, sí equipara el contagio de COVID a un accidente:

La actora alegaba que su esposo falleció el 18 de abril de 2020, por causa de haber contraído el virus SARS-Cov-2 en el ejercicio de su labor profesional como médico, y que esta circunstancia estaba cubierta por la póliza del seguro de accidentes previamente suscrita, al comprender “las inoculaciones infecciosas o pinchazos que sufran los profesionales en el ejercicio de su profesión”. La aseguradora demandada adujo que el contagio y posterior fallecimiento no estaban cubiertos por la póliza, por cuanto su causa fue haber estado en contacto con personas infectadas por COVID-19 y no el haber sufrido una inoculación accidental o pinchazo, sin que el hecho pudiese ser considerado un accidente. La juez constata que el término “inocular” es según el diccionario de la RAE, en su primera acepción, que a estos efectos es la relevante, “introducir en un organismo una sustancia que contiene los gérmenes de una enfermedad” y que, en el mismo sentido, el diccionario de la Real Academia Española de Medicina define inocular en

su primera acepción como “transmitir una enfermedad infecciosa introduciendo en un ser vivo una sustancia que contiene el microbio causal de dicha enfermedad.”. Y razona: “(...) En el presente caso el contagio por Covid que sufrió el fallecido doctor en el desarrollo de su profesión, en el que estuvo en contacto con otros profesionales sanitarios y con pacientes, fue debido necesariamente a la introducción en su organismo, de aire aspirado como sustancia que contenía el virus, lo que se incardina en el riesgo cubierto. Por lo tanto, no cabe descartar que esta introducción accidental del virus, tenga la consideración de inoculación accidental, pues fue un hecho externo, violento por su intensidad, imprevisto y que generó en el asegurado una lesión por neumonía bilateral que provocó su muerte. El hecho de que la vía de contagio de otros virus en los supuestos que invoca la demandada haya sido, por introducción de un fluido líquido, por transfusión o inyección, no exime la cobertura del contagio provocado por la entrada accidental de aire como sustancia que contenía el virus, de otro profesional o de un paciente, pues entra del concepto de inoculación, ya que se pudo inocular tanto aire con virus, como otro fluido que lo contenía (...).”.

Considero que la cuestión que se plantea es, en realidad, más semántica y sintáctica que jurídica. El verbo “inocular” es transitivo y personal: la acción verbal requiere, necesariamente, un sujeto que, de forma activa y con una actuación individualizada, introduzca la sustancia infecciosa en un organismo. Esto es así incluso cuando el sujeto accionante se inocula a sí mismo, y sin perjuicio, en

todo caso, de que, en el plano valorativo, la conducta pueda ser posteriormente calificada como de accidental o casual. No parece, sin embargo, que se dé esta dinámica cuando el afectado, sin más actuación que su ordinaria función respiratoria, inspira un aire en el que flota el virus previamente expelido por un sujeto contagiado, produciéndose el contagio. La tesis de esta sentencia permitiría considerar “accidente”, a efectos del seguro analizado, el contagio de, al menos, cualquier enfermedad infecciosa susceptible de serlo por vía respiratoria (v. gr., la gripe común). A mi juicio, la interpretación que se hace en la sentencia desdibuja la cobertura realmente asegurada (arts. 1.281, 1.283, 1.286 CC.) para adaptarla al riesgo posteriormente materializado.

Seguros de salud: enfermedad y asistencia hospitalaria: Sin perjuicio del específico clausulado, este tipo de seguro, en su extensión y alcance ordinarios, sí incluirá en su cobertura el riesgo de contagio de enfermedades infecciosas, incluida la COVID-19. Estos seguros quedan sometidos a las normas sobre el seguro de accidentes en cuanto sean compatibles con los mismos (art. 106 LCS.). Recuérdese aquí lo ya dicho sobre la significación de las variaciones a posteriori en el estado de salud (art. 11.2 LCS.), y sobre el previo cuestionario de salud y su contenido (art. 10 LCS.).

2) Seguro contra daños: el caso especial del seguro de lucro cesante (por paralización de actividad)

El seguro de lucro cesante es el más

frecuentemente sometido a examen en la escasa jurisprudencia que existe sobre la incidencia de la COVID-19 en el contrato de seguro. En cuanto a este tipo de contrato, la correcta identificación de las cláusulas del contrato como delimitadoras del riesgo/limitativas de derechos resulta esencial. En cuanto a esto, pueden distinguirse dos posturas enfrentadas, ejemplificadas por dos sentencias recientes:

En primer lugar, la representada por la SAP Girona, Secc. 1ª, 59/2021, de 3 de febrero de 2021, ECLI:ES:APGI:2021:13. De forma resumida, esta sentencia condena a la aseguradora demandada a indemnizar por las pérdidas que había sufrido el titular de un negocio de pizzería por la interrupción de su negocio debida al cierre impuesto por el Gobierno para contener la pandemia.

En la póliza figuraba la siguiente mención: “El asegurador cubre (...), las pérdidas económicas que ocasione la paralización temporal, total o parcial, de la actividad empresarial asegurada cuando sea consecuencia directa de un siniestro amparado por la póliza comprendido en las coberturas del capítulo III de estas Condiciones Generales “Coberturas de daños”, que hayan sido expresamente contratadas. (...)”. Es decir, solo se cubría la pérdida de beneficios si la paralización derivaba de un siniestro de los recogidos en el capítulo III de la póliza, con un límite temporal (durante 30 días) y cuantitativo (200 euros/día). Además, en las condiciones generales del contrato se preveía la exclusión siguiente, aplicable a todas las modalidades de cobertura de pérdida de beneficios: “No cubrimos las

pérdidas producidas, causadas, derivadas o resultantes de: (...) f) Limitaciones o restricciones impuestas por cualquier Organismo o Autoridad Pública, o por cualquier otro caso de fuerza mayor, incluso requisita o destrucción, para la reparación de los daños o para el normal desarrollo de la actividad de negocio”. Reclamado a la aseguradora el pago de los daños derivados del cierre, esta se niega, apoyándose en el clausulado expuesto y específicamente en que en ningún lugar de la póliza se dice que se cubran los gastos de paralización derivados de una resolución gubernativa ante una pandemia. La Audiencia considera que estas exclusiones son limitativas de derechos y que, no cumpliéndose los requisitos del art. 3 LCS., no tiene efecto, lo que provoca que el siniestro sí esté cubierto por la póliza.

Una segunda posición a este respecto, que estimo más acertada¹⁴, es la que se recoge en la SAP Murcia, Secc.1ª, 78/2022, de 28 de febrero de 2022, ECLI:ES:APMU:2022:68. En un caso similar de paralización de la actividad, acude al contenido de los arts. 63 y 66 LCS.¹⁵¹⁶, y concluye que la propia

Ley se remite a la delimitación que se haga en el contrato de los siniestros que desencadenan el derecho al cobro de la indemnización, siendo necesario que tales riesgos se especifiquen en la póliza para delimitar el objeto del contrato (art. 8.3 LCS.) para la generalidad de los seguros. Por tanto, la configuración legal del seguro de lucro cesante hace que dicha necesaria enumeración de concretas eventualidades que, de forma exclusiva y excluyente, activan la cobertura sea delimitadora del riesgo y no limitativa de derechos, pues no opera a posteriori, una vez producido el siniestro, para recortar la posición jurídica del asegurado, sino a priori, para determinar en qué casos concretos nace el derecho a indemnización del asegurado¹⁷. La sentencia concluye, en consecuencia, que “el seguro por lucro cesante contratado entre la parte no se activa por cualquier siniestro, sino por los previstos en la propia póliza y que son objeto del seguro”, y que “en dicha póliza no se ha previsto como riesgo indemnizable el COVID, o más concretamente la paralización de la actividad de la mercantil como consecuencia de las medidas adoptadas

14 vid. MUÑOZ PAREDES, M. L.: Demandar a una aseguradora por el pago de los daños derivados del cierre de un establecimiento durante la pandemia es una apuesta. En Almacén de Derecho [en línea], marzo 2022: [consultado en junio de 2022] Disponible en <<<https://almacenderecho.org/demandar-a-una-aseguradora-por-el-pago-de-los-danos-derivados-del-cierre-de-un-establecimiento-durante-la-pandemia-es-una-apuesta>>>.

15 Art. 63: “Por el seguro de lucro cesante el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado la pérdida del rendimiento económico, que hubiera podido alcanzarse en un acto o actividad de no haberse producido el siniestro descrito en el contrato. Este seguro podrá celebrarse como contrato autónomo o añadirse como un pacto a otro de distinta naturaleza.”

Art. 66: “El titular de una Empresa puede asegurar la pérdida de beneficios y los gastos generales que haya de seguir soportando cuando la Empresa quede paralizada total o parcialmente a consecuencia de los acontecimientos delimitados en el contrato.”

16 Esta misma configuración normativa de la cobertura del seguro de lucro cesante se encuentra en la regulación de la cobertura de los riesgos extraordinarios por el Consorcio de

Compensación de Seguros. El art. 3.2 del RD 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios dispone que “para que la pérdida de beneficios como consecuencia de un acontecimiento de los previstos en este reglamento resulte indemnizable por el Consorcio de Compensación de Seguros, será necesario que una póliza ordinaria de las previstas en el artículo siguiente contemple su cobertura como consecuencia de alguno de los riesgos ordinarios de incendio, explosión, robo, fenómenos atmosféricos o avería o rotura de maquinaria, y que se haya producido un daño directo en los bienes asegurados en la propia póliza u otra distinta, y que sean propiedad o estén a disposición del propio asegurado, (...)”.

17 Obviamente, al amparo de lo dispuesto en los arts. 1.255 CC., y 2 LCS., sería admisible una cláusula que declarase la cobertura de las pérdidas por paralización de actividad por cualquier causa sin distinción, pero en todo caso sería necesario que se hiciese constar así de forma expresa en la póliza. Otra cosa es que las menciones genéricas o equívocas predisuestas por la aseguradora a la hora de identificar el riesgo cubierto hayan de ser interpretadas, a mi juicio, en favor del asegurado, como más adelante se expone.

por el Gobierno para combatir la expansión de la pandemia”, por lo que, tratándose de clausulado delimitador del riesgo cubierto, no entra a valorar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3 LCS., para las cláusulas limitativas. En el mismo sentido, con razonamientos más escuetos, sentencias de los Juzgados de Primera Instancia nº 11 de Oviedo, 264/2020, de 19 de noviembre de 2020, ECLI:ES:JPI:2020:482; y de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Mieres, 18/2022, de 20 de enero de 2022, ECLI:ES:JPII:2022:1.

No comparto, no obstante, el resto del razonamiento de la sentencia de Murcia, cuando, sentado lo anterior, aborda el estudio del riesgo cubierto. La póliza contempla la paralización de la actividad por daños directos por obras, zanjas y socavones producidos en la vía pública, originados por escapes de agua, explosión o fugas de gas, e incluye también la ocasionada como consecuencia de “en general sucesos accidentales, súbitos e independientes de la voluntad del Asegurado que al impedir el acceso al establecimiento asegurado, obliguen a su cierre”, y concluye que no cabe interpretar esta última mención de una manera omnicomprendensiva y expansiva, como si cubriese “todo tipo de sucesos accidentales, súbitos e independientes a la voluntad del asegurado, incluidos aquellos en que la autoridad gubernamental establezca su cierre como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontar la pandemia, pues de ser así se cubriría prácticamente cualquier pérdida procedente de cualquier cierre con independencia de la causa”, sino que, por el contrario, debe entenderse como

referida a “algún acaecimiento fáctico que material y físicamente impida el acceso al establecimiento”, negando que exista falta de claridad del clausulado que juegue en favor del asegurado. Y concluye citando la SAP Cantabria, secc. 2ª, 176/2020, de 11 de marzo de 2020, ECLI:ES:APS:2020:522 que examinó un clausulado idéntico, si bien el supuesto enjuiciado en esta última trata sobre la paralización del negocio del asegurado por el desalojo administrativo del edificio en el que se encuentra el local por precisar labores de rehabilitación, añadiendo la de Murcia que en este caso la decisión administrativa de desalojo “obedece a un daño físico inherente al propio local, lo cual constituye una decisiva y esencial diferencia respecto del supuesto que nos ocupa, pues esa decisión administrativa se encuentra vinculada a las circunstancias físicas y materiales del propio local objeto de aseguramiento.”; aunque lo cierto es que la sentencia de Cantabria no funda en nada de esto su decisión.

En cuanto al criterio interpretativo a adoptar en relación con la identificación de los riesgos cubiertos en la póliza, considero por el contrario más correcto el criterio seguido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de León, 35/2022, de 2 de febrero de 2022 (no se dispone de ECLI). En este caso, desechadas las exclusiones limitativas de derechos por no cumplir las exigencias del art. 3 LCS., la póliza multirriesgo aseguraba paralizaciones de actividad como consecuencia de “1. Incendio, Rayo y Explosión. 2. Riesgos extensivos. 3. Daños por agua. 4. Robo.”; y el juez, con cita de STS nº 1232/2002, de 20 de diciembre de

2002, ECLI:ES:TS:2002:8730, interpreta el concepto indeterminado y oscuro “riesgos extensivos” en beneficio del asegurado, apoyándose en lo establecido en el art. 1.288 CC. (interpretación contra proferentem¹⁸) y el llamado principio “in dubio pro asegurado”).

Como curiosidad, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Móstoles, 746/2021, de 15 de diciembre de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:2536, también analiza el significado de la expresión “daño extensivo” en póliza semejante, en la que se contiene una cláusula denominada “Cobertura Opcional E -Pérdida de beneficios diaria”, que califica, en la línea de lo que hemos visto, como cláusula delimitadora del riesgo y en la que se viene a indicar que la paralización de la actividad debe venir motivada a consecuencia de alguno de los eventos indicados, debiendo integrarse en este caso, eso sí, los denominados “riesgos extensivos” con los que se recogen en la cláusula denominada “Garantía Básica número 2”, relativa a la “Extensión de garantías”. Sostiene la sentencia que entre estas últimas “no se encuentra la situación de epidemia o pandemia, no pudiendo dejarse al criterio de la asegurada lo que deba entenderse como riesgo extensivo”. Por el contrario, existe una cláusula que indica expresamente que no están garantizados los “perjuicios ocasionados por la interrupción de la actividad comercial agravada notablemente por hechos extraordinarios acaecidos durante la interrupción, limitaciones

oficiales relativas a la reconstrucción o restricciones del negocio fijadas por las Autoridades”, y que siendo una cláusula limitativa de derechos, ha sido expresamente aceptada y firmada por la asegurada cuando declara mostrar su conformidad con las condiciones particulares, generales y especiales, en su caso, del seguro concertado y, en particular “acepta expresamente las cláusulas destacadas en negrita que se corresponden con las exclusiones y cláusulas limitativas del contrato”.

En este último caso, una vez más, nos encontramos ante la cuestión antes referida de la firma de condiciones generales que implican una declaración genérica de conocimiento y/o voluntad por parte del tomador: habrá que discernir si esta mención predispuesta acredita la existencia de un conocimiento y/o voluntad reales y efectivos por parte del tomador o si, por el contrario, no es más que un mero formalismo incorporado por la aseguradora predisponente a sus -con frecuencia, extensas- pólizas para dar por cumplido, sobre el papel nada más, el esencial trámite informativo y cognitivo del contenido y alcance reales de la cobertura suscrita. Y en esta tarea, nuevamente resultará útil, en muchas ocasiones, acudir a los limitaciones que, para este tipo de contratación, se establecen en el art. 3 LCS.: examen de posible lesividad a la luz de la ya referida teoría jurisprudencial de las cláusulas sorprendentes y de las expectativas razonables del asegurado, existencia o no de previa proposición o proyecto de seguro, que en todo caso deberá contener el condicionado general a suscribir, posibles implicaciones a estos efectos

¹⁸ “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.”

de lo dispuesto en el art. 8 in fine LCS., etc.

Para concluir y enlazando con esto último, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Pamplona/Iruña, 209/2021, de 15 de octubre de 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1569, aborda esta tipología de seguro desde una perspectiva completamente distinta: se trata de un seguro multirriesgo suscrito en julio de 2020 (tras el primer estado de alarma motivado por la COVID-19) que cubre las pérdidas por cese total o parcial de actividad del establecimiento asegurado a consecuencia de un siniestro indemnizado por alguno de los riesgos garantizados en la póliza. Las condiciones generales no se encuentran firmadas por la asegurada, ni consta que fueran entregadas junto con el proyecto de póliza e información precontractual, sino con posterioridad a su formalización. Como riesgos excluidos en la póliza figura la “pérdida de explotación debida a disposiciones legales o reglamentarias y a la ampliación de las instalaciones u otras innovaciones realizadas después del siniestro”. La sentencia considera como hecho probado, y no negado por la aseguradora demandada, que el objeto de la póliza suscrita por la asegurada era cubrirse precisamente por si se volvía a decretar el cierre de la hostelería por la pandemia y plantea el examen de la cláusula de exclusión sobre la base de los conceptos de: “contenido natural del contrato” y “expectativas razonables del asegurado”. Subraya la intensidad del deber de las compañías aseguradoras de transparencia en la fase precontractual, derivado de la modalidad de contratación

adhesiva empleada y concluye que la cláusula de exclusión es limitativa de derechos, aunque en realidad en este caso concreto, dada la finalidad de la cobertura explícitamente buscada por la asegurada, podría calificarse incluso como de lesiva -y creo que también pudiera argumentarse, por cierto, en íntima conexión con todo ello, falta de incorporación o de transparencia del condicionado general, arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación-. En consecuencia, estima la reclamación de la asegurada, ya que el clausulado excluyente quiebra el contenido natural del contrato y la expectativa razonable de aquella.

BIBLIOGRAFÍA

- Conclusiones del seminario virtual “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria” celebrado del 7 al 17 de septiembre de 2020. Relatores: Celia Belhadj Ben Gómez y Pedro José Vela Torres. En Cuadernos Digitales de Formación 23–2020: “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.
- MUÑOZ PAREDES, M. L.: Demandar a una aseguradora por el pago de los daños derivados del cierre de un establecimiento durante la pandemia es una apuesta. En Almacén de Derecho [en línea], marzo 2022: [consultado en junio de 2022] Disponible en <<<https://almacenederecho.org/demandar-a-una-aseguradora-por-el-pago-de-los-danos-derivados-del-cierre-de-un-establecimiento-durante-la-pandemia-es-una-apuesta>>>.
- TAPIA HERMIDA, A. J. <<COVID-19 y seguros de personas. Selección y agravación del riesgo y nuevas pólizas>>, en Cuadernos Digitales de Formación 23–2020: “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.
- VELA TORRES, P. J. <<Contrato de seguro y COVID-19. Previsibilidad. Fuerza mayor. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria>>, en Cuadernos Digitales de Formación 23–2020. “Derecho de seguros. Problemas generales de las cláusulas de exclusión de la cobertura por circunstancias relacionadas con la crisis sanitaria”. CGPJ, 2020.
- VELA TORRES, P. J. <<Los contratos de seguro y las circunstancias extraordinarias derivadas de las crisis sanitaria y económica>>, en Cuadernos Digitales de Formación 5–2021: “Hacia nuevas concepciones de las nociones de fuerza mayor, rebus sic stantibus, reequilibrio contractual y otras análogas en contratación civil y mercantil derivada de crisis socioeconómicas”. CGPJ, 2021.
- Sentencias citadas a lo largo del texto.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 113/2021, DE 31 DE MARZO DE 2022. ¿NUEVAS CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN?

Florencio Rodríguez Ruiz.
Magistrado. Audiencia Provincial de Toledo.

Sumario:

- I. ANTECEDENTES DEL CASO.
- II. LA DEMANDA DE AMPARO.
- III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- IV. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ENRÍQUEZ SANCHO.
- V. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
- VI. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- VII. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
- VIII. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El presente artículo analiza la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, número 113/2021, en el seno de un recurso de amparo, que reconoce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, anulando previas resoluciones judiciales -dictadas en un procedimiento de ejecución en el que se acordó lanzar a la demandante de una vivienda ocupada- porque los jueces que conocieron de dicho procedimiento no dieron una respuesta fundada a la oposición formulada, vinculada a las complejas circunstancias familiares que mantenía la ocupante del inmueble. Esta sentencia plantea interrogantes sobre la posible admisibilidad de nuevas causas de oposición en los procedimientos de ejecución que afectan a ocupantes de viviendas y, más allá de ello, sobre cuáles han de ser los límites de la jurisdicción ordinaria para interpretar la legislación procesal en aquellos procedimientos en los que están implicados derechos fundamentales.

ABSTRACT

This article analyzes the ruling issued by the Spanish Constitutional Court, number 113/2021, in response to an application for an amparo appeal. This judgment recognizes the violation of the right to effective judicial remedy of the claimant, annulling previous judicial rulings -issued in an enforcement proceeding in which was decided to evict the claimant from a occupied housing- because the judges who dealt with this case did not give a well-founded response to the legal opposition lodged by the claimant, linked to the complex family circumstances maintained by the occupant of the property. This judgment raises questions about the admissibility of new grounds of opposition in civil enforcement proceedings which are related to home occupants and, beyond that, about how the ordinary jurisdiction should interpret the procedural legislation in those proceedings, where fundamental rights are involved.

Palabras clave: Recurso de amparo; proceso de ejecución; derecho a una vivienda digna; discrecionalidad judicial.

Keywords: Amparo appeal; enforcement proceeding; right to a decent housing; judicial discretion.

I. ANTECEDENTES DEL CASO.

La STC 113/2021, dictada en la resolución de un recurso de amparo, plantea numerosos interrogantes en torno a la discrecionalidad judicial existente para valorar y ponderar las tasadas causas de oposición de los procesos de ejecución que

están actualmente contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), si bien el reto que plantea, como se analizará, excede de esta cuestión de índole procesal.

Los antecedentes del caso están vinculados a una demanda de desahucio que fue presentada por una sociedad, propietaria del inmueble ocupado, con fundamento en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y el artículo 250.1.7. de la LEC¹.

La demandante de amparo no formuló ninguna de las causas que oposición admitidas en LEC, específicamente, en este tipo de procedimientos², sino que adujo su difícil situación familiar y económica, dado que tenía que mantener varios hijos a su cargo.

Dictada una sentencia estimatoria de la demanda, la sociedad demandante interpuso demanda de ejecución para lograr el desalojo de la demandada de la vivienda. En este procedimiento de ejecución la demandada formuló oposición a la ejecución y en la misma, nuevamente, denunció su difícil situación familiar y económica, con fundamento en el contenido de los artículos 9.3, 10.1, 10.2, 39 y 47 de la Constitución Española (en adelante, CE) y un solicitó, subsidiariamente, la concesión de una prórroga del plazo para el desalojo de la vivienda hasta que los servicios sociales

¹ Esta disposición legal, recordemos, alude a aquellas demandas que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

² Previstas en el artículo 444.2 LEC.

le concedieran una solución habitacional y escolar, al menos, por un período de seis meses, transcurrido el cual concluiría el curso escolar. Todo ello porque padecía una absoluta precariedad económica y porque debía mantener a tres hijos menores, uno de ellos nacido con posterioridad al dictado de la sentencia y con un grado de discapacidad física del 65 por ciento.

La oposición a la ejecución fue íntegramente desestimada bajo el argumento de que los motivos de oposición a la ejecución de título judicial son tasados, están establecidos en el artículo 556 de la LEC, ninguno de los cuales fueron esgrimidos en este caso por la ejecutada. Asimismo, respecto de la prórroga del plazo para el desalojo solicitada por la misma, el Juzgado de Primera Instancia la denegó porque no tenía amparo explícito en la LEC. Y el recurso de apelación interpuesto contra el auto que desestimó la oposición a la ejecución fue desestimado en base a los mismos argumentos.

II. LA DEMANDA DE AMPARO.

La demandada-ejecutada en los procesos civiles interpuso, ulteriormente, demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional solicitando la nulidad del auto que resolvió la oposición a la ejecución y del ulterior auto, dictado por la Audiencia Provincial, que confirmó el primero.

La demanda de amparo se fundamentó en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE en relación con los artículos 10 (respeto a la dignidad humana), 39

(protección a la familia y a los menores) y 49 (protección a las personas con discapacidad) de la CE, bajo el argumento de que las resoluciones judiciales impugnadas no habían dado respuesta a la causa de oposición aducida ni a la solicitud de prórroga de plazo impetrada en el procedimiento de ejecución. Asimismo, aducía el incumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales, que debe ser reforzado cuando nos hallamos ante la afectación de derechos fundamentales sustantivos, como es el interés superior del menor y, más específicamente, cuando el mismo es discapacitado.

III. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En su respuesta a los alegatos formulados por la parte recurrente, el Tribunal Constitucional recordó que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener de los órganos una resolución judicial motivada, fundada en derecho y congruente. También explicitó que este deber impuesto a los jueces no exige una respuesta sobre el fondo de la pretensión cuando concurra una causa legal que lo impida, siempre que exista una proporción en la ponderación de esta causa, con arreglo al principio *pro actione*, y que el deber de motivación de los órganos judiciales debe ser reforzado cuando la respuesta judicial esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o a intereses de relevancia constitucional.

Específicamente, en relación con la protección de la familia y los menores de edad, el Tribunal Constitucional expresó la necesidad de que el interés superior del menor sea considerado un principio prioritario en las actuaciones de todos los poderes públicos, incluidos los órganos judiciales, debiéndose entender como un concepto dinámico que debe evaluarse de forma detallada en cada contexto determinado, razón por la cual la decisión sobre cuál debe ser en cada caso el interés superior del menor corresponde adoptarlo a los jueces ordinarios, si bien puede estar supeditada al control de motivación del Tribunal Constitucional.

A la vista de tales alegaciones, el Tribunal Constitucional concedió el amparo a la demandante en base a los siguientes argumentos.

La demandante de amparo invocó en el procedimiento de ejecución un nuevo elemento de vulnerabilidad, cual es la protección de un nuevo hijo con discapacidad recién nacido, que no concurría en el previo proceso declarativo. Este hecho, a juicio del Tribunal, era lo suficientemente relevante como para que los órganos judiciales competentes hubieran ponderado y motivado si, frente a la literalidad de las causas de oposición legalmente previstas, las circunstancias del caso imponían superar una mera respuesta formalista basada, por una parte, en la extralimitación de las causas de oposición aducidas por la parte ejecutada en el procedimiento ejecutivo y, por otra, en la remisión a la demandante de amparo

a un futuro procedimiento declarativo para invocar las circunstancias invocadas en el proceso ejecutivo.

El Tribunal en su sentencia destaca y reitera que, dada la función tuitiva de los órganos judiciales en causas que pudieran afectar a menores, las causas de oposición previstas en las normas procesales no pueden interpretarse con un formalismo rigorista, de forma que tales motivos de oposición no eximen del deber de motivación reforzado que incumbe a los jueces cuando en el procedimiento están implicados menores de edad, personas con discapacidad y la protección de la familia, bienes que están tutelados especialmente en nuestra Constitución y en instrumentos normativos del derecho regional e internacional de derechos humanos suscritos por España.

En relación con la ampliación del plazo para ejecutar el desalojo, solicitado también por la demandante de amparo en el previo proceso de ejecución, el Tribunal también considera que se ha incurrido en un exceso de formalismo rigorista en la interpretación de la legislación procesal. Es por todo ello por lo que el Tribunal Constitucional concluye que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, procediendo a declarar la nulidad del auto que resolvió la oposición a la ejecución formulada por aquélla y el auto dictado por la Audiencia Provincial que confirmó el anterior.

IV. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ENRÍQUEZ SANCHO.

La decisión asumida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional incluye un motivado voto particular del magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho, quien discrepa de la decisión asumida por la Sala por las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, porque introduce una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales contemplada en la ley procesal: la protección de los menores y de las personas con discapacidad.

b) En segundo lugar, porque ese corolario es incoherente con la jurisprudencia precedente del Tribunal Constitucional sobre la configuración legal de las causas de oposición a la ejecución. A tal efecto, el magistrado discrepante alude al ATC 113/2011, 19 de julio, que inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad por entender que el régimen o esquema legal que se regulaba en la ejecución hipotecaria no podía ser cuestionado de modo genérico o abstracto por el órgano en sede de una cuestión de inconstitucionalidad ni podía ser valorado por el Tribunal Constitucional, en contraste con otro hipotético modelo alternativo, al ser una materia de competencia exclusiva del legislador. También se refiere a la STC 32/2019, de 28 de febrero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido contra varios artículos de la Ley 5/2018, de 11 de junio, que modificó la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas, norma que no previó la posibilidad de

suspender el lanzamiento de la vivienda ocupada en función de las circunstancias familiares del demandado, a pesar de lo cual el Tribunal declaró que tal norma no lesionaba la tutela judicial efectiva ni la inviolabilidad del domicilio porque no correspondía al juez civil, en el ejercicio de su función jurisdiccional, el análisis de las medidas necesarias para prevenir situaciones de exclusión residencial, sino a las Administraciones Públicas. Asimismo, esta sentencia determinó que estas nuevas reglas procesales no eran contrarias al derecho a una vivienda digna del artículo 47 CE porque este mandato no es incompatible con la existencia de procedimientos judiciales en los que se discute la titularidad y posesión de los bienes inmuebles.

c) En tercer lugar, el magistrado discrepante alude a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), cuya sentencia de 13 de diciembre de 2018, asunto Casa di Cura Valle Fiorita, SRL. versus Italia, indicó que la demora prolongada en la ejecución de una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble vulnera el derecho del titular legítimo del mismo a un proceso equitativo y a su derecho de propiedad, aun cuando concurra una situación de vulnerabilidad de sus ocupantes.

d) Y, en cuarto lugar, el magistrado enfatiza que la necesaria ponderación del interés superior del menor, reconocido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 39 de nuestra CE, ha

de ser interpretado dentro de los límites concedidos por las disposiciones legales o reglamentarias aplicables.

Por eso, la única excepción que, a juicio del magistrado por Enríquez, justificaría un análisis de cuestiones ajenas a las causas tasadas de oposición, en el ámbito del procedimiento de ejecución, serían aquéllas de naturaleza procesal que pudieran condicionar la existencia del propio proceso.

En suma, el voto particular colige que no cabe pretender que el juez civil asuma unas nuevas causas de suspensión o de oposición en los procesos de ejecución, no incluidas en la LEC, ya con eficacia suspensiva, ya con unas consecuencias resolutorias del procedimiento.

V. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

El derecho a una vivienda digna está incluido entre los denominados derechos de segunda generación. Este derecho no implica la disponibilidad de un alojamiento que subjetivamente se considere adecuado o digno o, aún, que se desea, sino que presenta un contenido definible prevalentemente por la diferencia, implicando, al contrario, una obligación positiva de *facere* para los Estados, que están llamados a garantizar la disponibilidad de un espacio habitacional, provisto de los servicios esenciales, a un precio accesible.

En el ámbito internacional se ha

establecido el derecho a disponer de una vivienda adecuada en numerosos convenios. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su art. art. 25.1 expresamente prevé que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...], la vivienda, [...]». Asimismo, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 prevén la tutela de la “dimensión espacial” del individuo y de su vida privada estableciendo «el derecho ... a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia», prohibiendo, al mismo tiempo, «injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ... su domicilio ...». El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce en en artículo 8 que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Y la Carta social europea de 1996, reconoce también el derecho a la vivienda, vinculando a los Estados miembros a que adopten medidas concretas que tiendan «1. a favorecer el acceso a una vivienda de nivel suficiente; 2. a prevenir y reducir el status de sin techo para eliminarlo gradualmente; 3. a hacer que el precio de la vivienda sea accesible a las personas que no disponen de recursos suficientes». También la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006,

prevé disposiciones concretas en sus arts. 9, 19 y 28 que pueden vincularse con el derecho a una vivienda de las personas discapacitadas³.

No obstante, el derecho de la vivienda, aun reconociéndose en los Tratados Internacionales, no se configura de forma precisa en los mismos, sino que estos instrumentos normativos, aunque vinculantes para los Estados, conceden cierto margen de discrecionalidad al legislador de cada Estado miembro para que pueda configurar de una forma precisa y concreta los términos en los que dicho derecho puede ser efectivo. Y es que, dado que las medidas más viables para aplicar el derecho a una vivienda adecuada varían entre los Estados, los tratados internacionales no ofrecen prescripciones rígidas al respecto. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales simplemente declara que la plena efectividad de los derechos que contiene debe lograrse “por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”⁴.

³ Otras normas internacionales que aluden al derecho a la vivienda son, entre otras, las siguientes: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, art. 21; el Convenio N° 117, de 1962, de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), art. 5 2); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, art. 5 e); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, arts. 14 2) y 15 2); la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, arts. 16 1) y 27 3); el Convenio N° 169, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, arts. 14, 16 y 17; o la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, art. 43 1) d).

⁴ Es cierto que el Comité sobre los Derechos económicos, sociales y culturales, encargado del cumplimiento de las disposiciones del Pacto ha resaltado que: “Este comité considera que mientras que la plena realización de los derechos puede ser culminada progresivamente... determinados pasos hacia el objetivo precisado deben ser adoptados dentro de un corto plazo con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio para los Estados miembros...”. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment, 3, 14/12/90.

Ésta ha sido la línea asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵ (en adelante, TEDH), el cual, especialmente, a partir de finales de los años setenta del pasado siglo, muestra la consciencia de la estrecha interrelación entre las libertades negativas tuteladas expresamente y las implicaciones de naturaleza social o económica que las mismas tienen⁶. Los jueces de Estrasburgo tratan de acoger el nexo entre disponer de una vivienda adecuada y el valor/principio de la dignidad humana, concibiendo lo primero como una condición necesaria para una existencia digna. El TEDH ha previsto formas articuladas de tutela para los derechos de vivienda interpretando extensivamente algunas disposiciones del Convenio, ofreciendo, en cambio, un panorama de geometría fuertemente variable, por razón también del hecho de que cada vez que surgen prestaciones de naturaleza social o asistencial en las que el Tribunal tiende a reconocer un relevante margen de apreciación por los Estados⁷.

⁵ Las referencias relativas a la jurisprudencia del TEDH son extractadas de DRIGO, C. “La protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección: el caso del reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda, por parte del TEDH.” *Anales de Derecho*. Número 2020. Número especial AdH: el TEDH en su sesenta aniversario. Noviembre de 2020. Pág. 1 a 24.

⁶ Ha habido frecuentes casos de tutela de los derechos de vivienda sustentados en las previsiones del art. 1 del protocolo adicional nº 1 al Convenio, y en las previsiones del art.8, que tutela el respeto de la vida privada y familiar. Otras disposiciones que han permitido al TEDH de tutelar pretorianamente los derechos de vivienda han sido los del art. 3, relativo a la prohibición de tortura o de tratos inhumanos y degradantes²⁹; del art. 6, relativo al derecho a un justo proceso, y del art. 14, que prohíbe toda forma de discriminación. En relación a la vivienda y a los derechos a ella conectados los jueces de Estrasburgo han establecido para los Estados firmantes del Convenio una serie de obligaciones, sea de naturaleza negativa, sea de carácter positivo, «con una operación interpretativa que ha acogido las conexiones del bien mismo con varios derechos fundamentales y que no es inmune a las consideraciones de justicia social».

⁷ Como se ha sostenido recientemente en el caso Hudorovič et al. c. Eslovenia, del 10 de marzo de 2020, párrafo 141: «In socio-economic matters such as housing the margin of appreciation available to the State is necessarily a wide one.” Véase también James and Others v. the United Kingdom, 21 February 1986, § 46,

Ciertamente, para el TEDH no es necesariamente relevante el título jurídico que permite a un sujeto usar una cierta vivienda, habiendo conocido de diversos litigios suscitados entre los derechos del propietario de un inmueble y los derechos invocados por personas que lo ocupan sin título o cuando existen controversias sobre la tenencia del inmueble por concurrir derechos de terceros, incluso respecto de sujetos que pudieran ocupar ilegítimamente una vivienda. En estos supuestos el Tribunal desarrolla una ponderación entre los derechos de los afectados implicados. Pero, no obstante, concede en esta materia un amplio margen de discrecionalidad y apreciación a los Estados afectados para regular esta materia⁸, salvo que las decisiones asumidas por los Estados parte carezcan de fundamento adecuado y razonable⁹. En este sentido, el TEDH ha venido desarrollando el denominado test o principio de proporcionalidad en este ámbito a la hora de evaluar la legislación o la actuación de los Estados miembros, de forma que una injerencia en los derechos a la vivienda ex art. 8 del CEDH podría ser considerada «necesaria en una sociedad democrática» para un fin legítimo...» si responde a una necesidad social imperiosa” y es proporcionada al legítimo fin perseguido»¹⁰. Ciertamente, en el ámbito específico de las personas con discapacidad el TEDH ha insistido en

la necesidad de que los Estados adopten medidas de carácter positivo para garantizar el derecho de aquéllas para su pleno desarrollo de la personalidad, pero no ha desarrollado una doctrina precisa en torno al nivel de prestaciones o de políticas que han de ser asumidas para entender plenamente culminado este derecho¹¹.

Esta misma línea podría deducirse del articulado de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, al menos, en lo atinente a los derechos de índole social o económica que se otorgan a las personas con discapacidad¹². Y es que en la configuración de estos derechos se atribuye a los Estados parte un margen

¹¹ El TEDH ha declarado que el artículo 8 atribuye un deber al Estado de adoptar las acciones más ampliamente factibles para garantizar que las personas discapacitadas tienen acceso a las actividades económicas y sociales esenciales y a un apropiado ámbito de actividades culturales y recreativas para asegurar que sus vidas no estén circunscritas y aisladas como para ser privadas de la posibilidad de desarrollar su personalidad. Tales medidas compensatorias son fundamentales para las personas discapacitadas. Caso Price v. the United Kingdom (application number 33394/96).

¹² Las referencias de esta Convención que podrían vincularse con el derecho a la vivienda de las personas con discapacidad estarían comprendidas en el derecho a la accesibilidad (art. 9), el derecho de las personas discapacitadas a ser integrados en la comunidad y a vivir de forma independiente (art. 19) y al derecho a tener un nivel de vida adecuado art. 28).

• Artículo 19: “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico...”

• Artículo 28: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad...”

Series A no. 98, and Mellacher and Others v. Austria, 19 December 1989, § 45, Series A no. 169)».

⁸ Véanse, en este sentido, casos Scollo c. Italia de 28 de septiembre de 1995 o Lunari c. Italia del 11 de enero de 2001.

⁹ V. Gr., Connors c. Reino Unido del 27 de mayo de 2004, o Mellacher et al. c. Austria, del 19 de diciembre de 1989.

¹⁰ STEDH Connors c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2004

de apreciación y de discrecionalidad para configurar los derechos de las personas con discapacidad. Ello es así porque, si bien su artículo 4 reconoce que: “1. “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad...”, su apartado 2 añade que: “2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, la plena realización de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.¹³”

Por tanto, si bien la normativa internacional establece unas exigencias a los distintos Estados para adoptar medidas lo más efectivas posibles para garantizar el derecho a la vivienda de sus ciudadanos y no adoptar medidas arbitrarias e injustificadas que vulneren tal derecho, es también cierto que tales Convenios y la doctrina emanada por los órganos judiciales o por los comités que fiscalizan su cumplimiento no se han perfilado concretos parámetros para verificar de forma precisa el

13 No obstante, como resalta Sanjosé Gil, no son los derechos económicos, sociales y culturales los que se remiten a ser alcanzados de manera progresiva, sino las medidas previstas para alcanzar su plena realización. Es decir, se reconoce el derecho, pero no la exigibilidad inmediata de las medidas necesarias para la plena realización del mismo, lo que podría permitir control jurídico del concepto “hasta el máximo de los recursos disponibles”. SANJOSÉ GIL, A. “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la convención de los derechos de las personas con discapacidad.” Revista electrónica de estudios internacionales (REEI). Nº 13. 2007. Págs. 1 a 26.

cumplimiento o efectividad del derecho a la vivienda, incluso respecto de las personas discapacitadas.

VI. EL DERECHO DE LA VIVIENDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La sentencia analizada del Tribunal Constitucional concede el amparo solicitado porque el órgano judicial no había incluido una motivación específica sobre las causas de oposición formuladas ni tampoco sobre el aplazamiento a la ejecución impetrada por la parte ejecutada. Esta decisión del Tribunal supone un reconocimiento, aun de una forma tácita, de una nueva causa de oposición a la ejecución en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias o, al menos, de una nueva causa de suspensión de las mismas, en la medida en que la sentencia exige que los jueces valoren las circunstancias familiares de los ejecutados y su derecho a una vivienda en el ámbito del incidente a la oposición. Por tanto, este pronunciamiento implica el reconocimiento en vía jurisprudencial, de una forma implícita, de una nueva causa de oposición o, en su caso, de suspensión de la ejecución de título judicial.

La CE, como ya se ha apuntado, contempla el derecho a una vivienda digna y adecuada en su artículo 47, dentro del capítulo III del título I, titulado: “Principios rectores de la política económica y social.” Como ocurre con el resto de derechos sociales, la garantía del derecho a la vivienda aparece vinculada también a la existencia de límites y vínculos con los

derechos patrimoniales. Estos límites se expresan en numerosos preceptos que se reparten en el Título I y en el Título VII, referido a Economía y Hacienda. Estas normas comprenden la previsión de la función social del derecho de propiedad (artículo 33); la posibilidad de someter la libertad de empresa a las exigencias de la planificación (artículo 38), de reservar al sector público recursos o servicios esenciales (artículo 128.2) y de planificar la actividad económica general para atender necesidades colectivas (artículo 131.1), y la subordinación, en definitiva, de todas las formas de riqueza al interés general (artículo 128 CE).

La inclusión del derecho a la vivienda en el Capítulo III del Título I ha llevado a la mayoría de la doctrina, con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a considerar que no se trataría de un derecho fundamental. El hecho de que solo puedan “ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53 CE) sería una prueba de su constitucionalización débil y del mayor margen de discrecionalidad concedido a los poderes públicos en esta materia, si bien otro sector doctrinal entiende que determinadas facetas de este derecho pueden ser directamente invocables ante la jurisdicción, por ejemplo, ante desalojos de viviendas arbitrarios¹⁴.

Ciertamente, el TC ha recalcado la íntima conexión que el derecho a una vivienda mantiene con otros derechos

fundamentales¹⁵. Pero cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la legislación que desarrolla el derecho a la vivienda, ha impuesto únicamente la necesidad de que el legislador respete la configuración constitucional del derecho de propiedad al afectar a su contenido esencial, indisponible para el legislador (STC 32/2018, de 12 de abril) y de que su regulación sea proporcionada con arreglo a los fines que la justifican, admitiendo la discrecionalidad que tiene el mismo para regular este derecho, especificando: “este Tribunal aprecia que el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el art. 53.1 CE de ‘los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título’, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el ‘equilibrio justo’ o ‘relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida’ (por todas, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y

¹⁵ Al respecto ha declarado: “la vivienda, cuya protección se configura como un principio rector de la política social y económica en el art. 47 CE, constituye, especialmente en el caso de la vivienda habitacional, el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Entre ellos se encuentran señaladamente los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); derechos estos que son equiparables a los reconocidos en el art. 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), con los efectos interpretativos que de ello derivan ex art. 10.2 CE (por todas, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3). La conexión entre vivienda y vida privada y familiar ha sido puesta de manifiesto, por lo demás, tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C- 34/13, Monika Kuionová c. Smart Capital, a.s., § 65) como por el Tribunal Europeo Derechos Humanos (por todas, STEDH de 24 de abril de 2012, Yordanova y otros c. Bulgaria, § 102 a 105). De otro lado, la vivienda constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado -el mercado inmobiliario-, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado.” (STC 37/2022, de 10 de marzo, FDº 4).

¹⁴ PISARELLO, G. “El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas.” *Espaço Jurídico: Journal of Law*. Vol. 14 Nº. 3. 2013. Págs. 135-158.

económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (inter alia, asunto James y Otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 46; asunto ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, 23 de noviembre de 2000, § 87; asunto Broniowski c. Polonia, 22 de junio de 2004, § 149)".(STC 32/2018, de 12 de abril). (STC 32/2018, de 12 de abril).

Asimismo, el TC ha declarado que compete al Poder Legislativo regular y delimitar el marco propio y relativo a la función social que ha de cumplir el derecho de propiedad¹⁶.

Por ello, en cuanto al concreto diseño de las políticas desarrolladas en materia de vivienda por el Estado, el TC asume que carece de competencia para enjuiciarlas desde una perspectiva de oportunidad política¹⁷. En esta misma

¹⁶ En este sentido, la STC 16/2018, de 22 de febrero, expone: "... la función social del derecho de propiedad, el punto de partida ha de ser la doctrina constitucional establecida en la STC 37/1987, de 26 de marzo, según la cual "la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes... Esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses -o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad- establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Esta doctrina supone, en segundo lugar, en cuanto a cómo debe ejercitar esta competencia aquel poder público a quien le corresponda, que, aun cuando la atención de las concretas exigencias sociales que imponen una delimitación específica del derecho de propiedad de un cierto tipo de bienes sea competencia de una Comunidad Autónoma y, en consecuencia, corresponda a ésta, en principio, la disciplina de la función social de ese derecho de propiedad, no necesariamente la concreta regulación que haga de esa función social será constitucional, pues, claramente, el Tribunal precisó que a quien tenga atribuida la tutela de tales intereses le corresponderá "establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad" (FDº 7). Un pronunciamiento similar se contiene, v. gr. En las recientes SSTC STC 32/2018, de 12 de abril, STC 43/2018, de 26 de abril ó la STC 93/2015, de 14 de mayo.

¹⁷ A tal efecto, declara en la misma sentencia STC 16/2018, de 22 de febrero: "...con este trasfondo, y sin prejuzgar si es acertado o no el equilibrio definido así por el Estado, pues tal apreciación

idea insisten las resoluciones citadas por el magistrado Enríquez Sancho en su voto particular (ATC 113/2011, 19 de julio, y la STC 32/2019, de 28 de febrero), que, en última instancia, reconocen la discrecionalidad del legislador para configurar la regulación y régimen del derecho a la vivienda.

Todo lo expuesto cuestiona la solución adoptada por el Tribunal Constitucional en el supuesto analizado, ponderando que -como se ha expuesto- la jurisprudencia previa sobre esta materia emanada por nuestro Tribunal de garantías había establecido que la tutela de este derecho debía depender de la configuración legal que, del mismo, se asumiera en cada momento en nuestro Derecho y, por tanto, del concreto modelo o sistema que se haya implantado por el legislador, máxime habiéndose dictado en un contexto histórico en el que el legislador español, estatal y autonómico, precisamente, acababa de promulgar numerosas normas con la finalidad de proteger los derechos de las personas vulnerables sometidas a ejecuciones hipotecarias o incapaces de hacer frente a las rentas derivadas de contratos de arrendamiento¹⁸.

de oportunidad queda fuera de los márgenes de enjuiciamiento de este Tribunal..." (FDº 13).

¹⁸ A título meramente ejemplificativo, podemos citar las siguientes normas: Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes; Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19; Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; Real Decreto 15/2020, de 21 de abril, que regula los arrendamientos de local de negocio y de industria; Real Decreto 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adopten medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional.

Más incertidumbre, si cabe, provoca la sentencia examinada al haberse dictado la misma en el seno de un recurso de amparo, y no en un proceso de inconstitucionalidad, en la medida en que la posibilidad de imponer una determinada interpretación de un precepto legal es más limitada en los procedimientos para la tutela de los derechos fundamentales que en aquellos en los cuales el Tribunal revisa la constitucionalidad de la ley, donde la Corte puede suscitar nuevos cauces interpretativos de la norma cuestionada para superar su declaración de inconstitucionalidad. Es más, consideramos que, si el Tribunal Constitucional hubiera concebido la necesidad de que las causas de oposición a la ejecución debieran ser ampliadas para permitir el análisis de circunstancias que pudieran afectar a diferentes derechos reconocidos en nuestra CE, en los términos en que son desarrollados por la normativa internacional, hubiera debido optar por elevar una cuestión de inconstitucionalidad al propio Tribunal, al efecto de cuestionar la conformidad de la legislación procesal con los derechos reconocidos en la norma constitucional y suscitar al legislador la necesidad de reformar la LEC.

VII. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Si bien es cierto que los derechos que, de una forma directa, fueron suscitados en el procedimiento de ejecución están regulados en el capítulo III del título

I de la CE¹⁹, como principios rectores de las políticas sociales y económicas (artículo 39, protección de los menores y de la familia; artículo 47, derecho a una vivienda digna; artículo 49, protección de los discapacitados), los mismos fueron vinculados en el recurso de amparo con la tutela de otros derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia del TC, en todo caso, interrelaciona aquellos derechos con otros derechos fundamentales, tal y como hemos expresado.

En este sentido, entendemos que una de las cuestiones subyacentes a las discrepancias existentes entre la fundamentación jurídica de la sentencia y la del voto particular que la refuta es la influencia, en cada uno de aquellos, de un diferente modelo de interpretación jurídica y de diferentes concepciones de los derechos fundamentales: el que asume la sentencia, que prescinde de una visión puramente legalista y que opta por un proceso interpretativo que interrelaciona la legislación procesal con los convenios internacionales suscritos por España en materia de protección del derecho a la vivienda de los menores de edad y de los discapacitados, otorgando una mayor discrecionalidad al juez para flexibilizar la aplicación de la norma legal; y, por otro, el modelo asumido por el voto particular, más legalista, que limita la discrecionalidad judicial al tenor literal de la legislación.

Ciertamente, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido una

¹⁹ No gozan de los mecanismos específicos de protección contemplados en el artículo 53 CE.

doble dimensión de los derechos fundamentales: su eficacia inmediata sobre los ciudadanos –que exige la necesidad de verificar la vigencia de tales derechos en una relación jurídica concreta- y, en segundo lugar, su eficacia mediata, que supone asumir la relevancia interpretativa que los mismos pueden generar en la interpretación jurídica²⁰.

La relevancia mediata de los derechos fundamentales, por tanto, permitiría el influjo de los mismos en el ámbito de las relaciones entre particulares y, por ende, en el ordenamiento jurídico privado, generando una obligación de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, cumpliendo, de esta forma, el deber de promoción de las condiciones para que las libertades y los derechos se hagan plenamente efectivas. Esta concepción objetiva de los derechos fundamentales ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán en la denominada doctrina *mittelbare Drittwirkung*²¹.

Asimismo, esta dimensión de los derechos nos vincularía más con la teoría holística de los derechos fundamentales, según la cual tales derechos tendrían tres dimensiones relevantes: la primera, que los derechos fundamentales encarnan, no sólo una defensa del ciudadano frente a las relaciones con el Estado, sino

también un orden de valores objetivo, atribuyendo a los derechos un carácter, no sólo de reglas, sino también de principios; la segunda implica que los derechos fundamentales valen para todos los ámbitos del Derecho, no sólo para las relaciones entre el Estado y el ciudadano; la tercera conllevaría la necesidad de que en los procesos de interpretación en los que estén implicados los derechos fundamentales han de resolverse conforme a procesos de ponderación²².

Sin perjuicio de que los jueces desarrollan la interpretación de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de acuerdo con la regulación legal de aquellos –sobre todo, cuando los mismos tienen una dimensión prestacional- y conforme a las pautas, conceptos y principios fijados por la jurisprudencia ordinaria y constitucional o internacional, que guían su interpretación y argumentación, se suscitan en el ámbito de los derechos fundamentales cuáles han de ser los efectos irradiadores de los mismos en los procesos de interpretación y también si su eficacia ha de ser similar en las relaciones con el poder público que con los particulares.

VIII. CONCLUSIONES.

La cuestión de fondo que late en la controversia suscitada ante el Tribunal Constitucional en la sentencia examinada se centra en la concreción del valor que ha de ostentar el legislador y el juez en la interpretación judicial y

²⁰ Ejemplo de sentencias que recurren a la eficacia mediata de los derechos fundamentales sería la STC 6/1988, en la que el Tribunal emplea los derechos fundamentales para establecer el alcance de conceptos generales que, a su vez, delimitan la relación jurídico-laboral. También el auto 382/1996 asume de una forma evidente la eficacia mediata de los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. PRIETO SANCHÍS, L. El constitucionalismo de los derechos. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs. 216-218.

²¹ Véase la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 465.

²² ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.

qué eficacia y valor mantienen en la misma los derechos fundamentales, es decir, en qué medida los jueces pueden asumir, a través de su interpretación del derecho, ámbitos antes sólo reservados al legislador, cuáles han de ser los límites del proceso interpretativo del juez, esencialmente, en el ámbito de aquellos supuestos íntimamente relacionados con el ejercicio de determinados derechos fundamentales. El equilibrio, en suma, entre un excesivo decisionismo judicial y los límites a los que está sujeto el Poder Judicial en la interpretación de la Constitución.

Ello es una cuestión compleja sobre la que incide la concepción del Derecho desde la que se parta, lo que, incluso, tiene grandes repercusiones en el modelo institucional que se persigue, sobre la función del Parlamento y del Poder Judicial, sobre sus propias relaciones y las funciones que han de asumir en la solución de los problemas sociales y, por ende, en la evolución del propio Derecho. Por tanto, los interrogantes que se suscitan en la fundamentación jurídica de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en este concreto recurso de amparo trascienden en un amplio grado el análisis de las causas de oposición que deben ser entendidas como tales por los jueces ordinarios en los procesos de ejecución, lo que ya, de por sí, es sumamente relevante para otorgar seguridad jurídica y efectividad a la tramitación de tales procesos, incluidos los de ejecución hipotecaria, de los que depende, en gran medida, el tráfico jurídico y económico de nuestro mercado inmobiliario.

Será la propia evolución de la doctrina constitucional la que deberá clarificar, no sólo si los jueces pueden optar por considerar existentes nuevas causas de oposición en los procedimientos de ejecución a las ya reguladas en la legislación procesal, bajo el presupuesto de entender necesaria la tutela de determinados derechos fundamentales, sino, incluso, cuáles han de ser los parámetros o límites que han de guiar los procesos de interpretación cuando en los mismos estén implicados tales derechos y en qué medida la jurisdicción ordinaria puede desarrollar una concepción flexible, amplia y mediata de aquellos para lograr su efectividad, ya estén reconocidos en el ámbito nacional, ya en el supra o internacional. Éste es el desafío que esta sentencia plantea y que, esperamos, sea examinado y analizado de una forma más explícita y fundada en futuros pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional.

Bibliografía.

- ALEXY, R. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. Pág. 465.
- ALEXY, R. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Nº 11. Enero-junio 2009. Págs. 3-14.
- DRIGO, C. “La protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo y los diversos estándares posibles de protección: el caso del reconocimiento de la dimensión social del derecho a la vivienda, por parte del TEDH.” Anales de Derecho. Número 2020. Número especial AdH: el TEDH en su sesenta aniversario. Noviembre de 2020. Pág. 1 a 24.
- PISARELLO, G. “El derechos a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas.” Espaço Jurídico: Journal of Law. Vol. 14 Nº. 3. 2013. Págs. 135-158.
- PRIETO SANCHÍS, L. El constitucionalismo de los derechos. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Págs. 216-218.
- SANJOSÉ GIL, A. “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la convención de los derechos de las personas con discapacidad.” Revista electrónica de estudios internacionales (REEI). Nº 13. 2007. Págs. 1 a 26.