

BOLETÍN DERECHO PRIVADO

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº3 | junio 2023

AJFV ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA



SUMARIO:

LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LAU: ¿Ha muerto el espíritu de las leyes?

LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS: Una revisión crítica
DEL BENEFICIO AL DERECHO: la nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho sometida al examen del TJUE.

A VUELTAS CON LA NEGOCIACIÓN PREVIA COMO PRESUPUESTO PROCESAL PARA LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA CIVIL

Nº3 junio 2023

**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

**LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LAU:
¿HA MUERTO EL ESPÍRITU DE LAS LEYES?**

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

23

**LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS:
UNA REVISIÓN CRÍTICA**

Juan León León Reina

37

**DEL BENEFICIO AL DERECHO: La nueva regulación
de la exoneración del pasivo insatisfecho sometida al
examen del tribunal de justicia de la unión europea.**

Gustavo Andrés Martín Martín

45

**A VUELTAS CON LA NEGOCIACIÓN PREVIA COMO
PRESUPUESTO PROCESAL PARA LA ADMISIÓN DE
LA DEMANDA CIVIL**

José Arsuaga Cortázar

LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LAU: ¿HA MUERTO EL ESPÍRITU DE LAS LEYES?

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.
Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz

- I. Introducción.
- II. El texto legislativo.
- III. El preámbulo de la ley.
- IV. La doctrina del Tribunal Supremo.
- V. El parecer contrario de algunas Audiencias Provinciales.
- VI. ¿Hay base para otra interpretación?
- VII. Conclusiones.

RESUMEN

Este artículo aborda la extinción de los antiguos contratos de arrendamiento de local de negocio sujetos a prórroga forzosa y ocupados por personas físicas. El conocido como Decreto Boyer puso fin a esa prórroga a partir del 9 de mayo de 1985. Tras la aprobación de la LAU de 1994, como norma transitoria, se reguló una moratoria para ir extinguendo gradualmente esos contratos. Hablamos de la enigmática disposición transitoria tercera. Desde un principio, el Tribunal Supremo hizo una interpretación literal del precepto, que parecía, según los casos, compadecerse mal con la finalidad propia de la disposición: acortar los arrendamientos.

ABSTRACT

This article deals with the termination of the old business premises leases subject to forced extension. The so-called Boyer Decree, in Spain, put an end to this extension since May 9, 1985. After the approval of the LAU in 1994, as a transitory law, a moratorium was regulated to gradually extinguish those contracts. We are talking about the enigmatic third transitional provision. From the beginning, the Spanish Supreme Court made a literal interpretation of the precept, which seemed, depending on the case, to be inconsistent with the precise purpose of the provision: to shorten leases.

PALABRAS CLAVE

Prórroga forzosa, Local de negocio, Extinción, Arrendatario original, Traspasado.

Keywords: Forced extension, Business premises, Termination, Original lessor, Transferred.

I. INTRODUCCIÓN.

El concreto régimen jurídico de los arrendamientos urbanos tiene siempre una gran importancia en el aspecto social, económico y fiscal de cualquier sociedad. Basta ver la repercusión mediática de la nueva reforma legal sobre el derecho a la vivienda. La antigua Ley 40/1964 de 24 de diciembre de Arrendamientos Urbanos tuvo por objeto atemperar el movimiento liberalizador de la propiedad urbana a las circunstancias económicas y a las exigencias de justicia. Dicha norma pretendía fomentar los arrendamientos, pero ese objetivo fracasó por dos razones principales: una, las rentas congeladas no se actualizaron y, dos, el régimen de subrogaciones prolongaba largamente los arrendamientos, con lo cual no se incentivaba el mercado del alquiler.

Hubo que esperar hasta el conocido Decreto Boyer para cambiar el panorama normativo. El Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, introdujo dos cambios importantes. Por un lado, permitió la transformación de viviendas en locales y, por otro, suprimió el carácter obligatorio de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos.

Ya con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU 1994) se buscó un equilibrio entre los intereses en juego, de modo que los propietarios pudieran rentabilizar sus inmuebles y los ciudadanos dispusieran de una vivienda digna y adecuada. Para conjugar esos intereses, el legislador optó por estipular plazos mínimos de duración. Además, consciente de la problemática que representaban los arrendamientos de renta antigua, que seguían sujetos a la prórroga forzosa, intentó equilibrar las prestaciones, distinguiendo entre los contratos de arrendamiento de vivienda y los de local de negocio, otorgando condiciones más suaves de modificación al arrendatario de vivienda que al de local de negocio. Así, con esas intenciones, se alumbró la oscura y enigmática disposición transitoria tercera de la vigente LAU. Norma que dictamina la suerte de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985. En el apartado B) se regula su extinción y subrogación.

Esta disposición transitoria, que ya ha cumplido 28 años, sigue dando que hablar. Ciertamente, el Tribunal Supremo (TS) ha cumplido su función y, desde el principio, fijó doctrina al respecto. Sin embargo, por las propias carencias de la disposición transitoria, se siguen dictando resoluciones por juzgados y audiencias que hacen otra lectura del precepto. Aunque el asunto pueda parecer ya jurídicamente agotado,

de vez en cuando asoma algún rescoldo judicial que vuelve a poner en tela de juicio, nunca mejor dicho, su exacto alcance y contenido. Prueba de su actualidad es que el TS sigue pronunciándose en 2023 sobre estos arrendamientos, algunos de ellos casi centenarios y con rentas irrisorias.

II. EL TEXTO LEGISLATIVO.

La disposición transitoria tercera afecta solo a los contratos de arrendamiento de local de negocio sometidos a prórroga forzosa.

Su apartado A), sobre el régimen normativo aplicable dispone lo siguiente:

«Los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por las normas del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de esta disposición transitoria».

El apartado B), alusivo a la extinción y subrogación, en cuanto a las personas físicas y en un inciso rubricado con el número 2, reseña esto: *«Los contratos que en la fecha de entrada en vigor de la presente ley se encuentren en situación de prórroga legal, quedarán extinguidos de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 3 a 4 siguientes».*

A continuación, en su largo epígrafe tercero, relaciona en siete párrafos separados lo siguiente: *«Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.*

En defecto de cónyuge superviviente que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley.

La primera subrogación prevista en los párrafos anteriores no podrá tener lugar cuando ya se hubieran producido en el arrendamiento dos transmisiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La segunda subrogación prevista no podrá tener lugar cuando ya se hubiera producido en el arrendamiento una transmisión de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 60.

El arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local

de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley.

Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años.

Se tomará como fecha del traspaso, a los efectos de este apartado, la de la escritura a que se refiere el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964».

III. EL PREÁMBULO DE LA LEY

En lo que aquí interesa, hace primero unas observaciones generales sobre las viviendas y locales: «Por lo que se refiere a los contratos existentes a la entrada en vigor de esta ley, los celebrados al amparo del Real Decreto-ley 2/1985 no presentan una especial problemática puesto que ha sido la libre voluntad de las partes la que ha determinado el régimen de la relación en lo que a duración y renta se refiere. Por ello, estos contratos continuarán hasta su extinción sometidos al mismo régimen al que hasta ahora lo venían estando. En ese momento, la nueva relación arrendaticia que se pueda constituir sobre la finca quedará sujeta a la nueva normativa. De esta regulación no quedan exceptuados los contratos que, aunque en fecha posterior al 9 de mayo de 1985, se hayan celebrado con sujeción al régimen de prórroga forzosa, al derivar éste del libre pacto entre las partes.

Por lo que se refiere a los contratos celebrados con anterioridad, la ley opta por una solución que intenta conjugar el máximo de sencillez posible con un trato equilibrado de las distintas situaciones en que las partes en conflicto se encuentran.

Por ello, se introduce un planteamiento que mantiene el criterio de trato diferenciado entre los contratos de arrendamiento de vivienda y los de local de negocio otorgando condiciones más suaves de modificación del arrendatario de vivienda que al de local de negocio.

Teniendo en cuenta los perjudiciales efectos que ha tenido la prolongada vigencia de la prórroga obligatoria impuesta por la Ley de 1964, se aborda la necesidad de poner límite a la duración de esta prórroga obligatoria restableciendo la temporalidad de la relación arrendataria de conformidad con su propia naturaleza,

pero esta modificación se realiza teniendo en cuenta los efectos sociales y económicos de la medida tomando en consideración la situación personal y familiar y la capacidad económica de los arrendatarios».

Y específicamente, respecto de los locales de negocio, hace estas consideraciones: «En el caso de los arrendamientos de locales de negocio, se ha optado por articular un calendario de resolución temporal de estos contratos, aunque distinguiendo entre los arrendamientos en los que el arrendatario sea una persona física de aquéllos en los que sea una persona jurídica, presumiendo mayor solvencia económica allí donde el entramado organizativo sea más complejo.

Por ello, se mantienen, aunque de forma limitada, derechos de subrogación mortis causa en el primer supuesto, garantizándose al grupo familiar vinculado al desarrollo de la actividad, un plazo mínimo de veinte años, que podrá superarse mientras el arrendatario y su cónyuge vivan y continúen el ejercicio de la actividad que se venga desarrollando en el local.

Para los arrendamientos de personas jurídicas se configuran plazos de resolución tasados, entre cinco y veinte años, en función de la naturaleza y del volumen de la actividad desarrollada en el local arrendado, configurándose un plazo de duración breve para aquellos arrendamientos en los que se desarrollan actividades con un potencial económico tal que coloquen a los titulares de estos contratos en posiciones de equilibrio respecto de los arrendadores a la hora de negociar nuevas condiciones arrendaticias.

En lo que aquí interesa, hace primero unas observaciones generales sobre las viviendas y locales: *«Por lo que se refiere a los contratos existentes a la entrada en vigor de esta ley, los celebrados al amparo del Real Decreto-ley 2/1985 no presentan una especial problemática puesto que ha sido la libre voluntad de las partes la que ha determinado el régimen de la relación en lo que a duración y renta se refiere. Por ello, estos contratos continuarán hasta su extinción sometidos al mismo régimen al que hasta ahora lo venían estando. En ese momento, la nueva relación arrendaticia que se pueda constituir sobre la finca quedará sujeta a la nueva normativa. De esta regulación no quedan exceptuados los contratos que, aunque en fecha posterior al 9 de mayo de 1985, se hayan celebrado con sujeción al régimen de prórroga forzosa, al derivar éste del libre pacto entre las partes.*

Por lo que se refiere a los contratos celebrados con anterioridad, la ley opta por una solución que intenta conjugar el máximo de sencillez posible con un trato equilibrado de las distintas situaciones en que las partes en conflicto se encuentran.

Por ello, se introduce un planteamiento que mantiene el criterio de trato diferenciado

entre los contratos de arrendamiento de vivienda y los de local de negocio otorgando condiciones más suaves de modificación del arrendatario de vivienda que al de local de negocio.

Teniendo en cuenta los perjudiciales efectos que ha tenido la prolongada vigencia de la prórroga obligatoria impuesta por la Ley de 1964, se aborda la necesidad de poner límite a la duración de esta prórroga obligatoria restableciendo la temporalidad de la relación arrendataria de conformidad con su propia naturaleza, pero esta modificación se realiza teniendo en cuenta los efectos sociales y económicos de la medida tomando en consideración la situación personal y familiar y la capacidad económica de los arrendatarios».

Y específicamente, respecto de los locales de negocio, hace estas consideraciones: «En el caso de los arrendamientos de locales de negocio, se ha optado por articular un calendario de resolución temporal de estos contratos, aunque distinguiendo entre los arrendamientos en los que el arrendatario sea una persona física de aquéllos en los que sea una persona jurídica, presumiendo mayor solvencia económica allí donde el entramado organizativo sea más complejo.

Por ello, se mantienen, aunque de forma limitada, derechos de subrogación mortis causa en el primer supuesto, garantizándose al grupo familiar vinculado al desarrollo de la actividad, un plazo mínimo de veinte años, que podrá superarse mientras el arrendatario y su cónyuge vivan y continúen el ejercicio de la actividad que se venga desarrollando en el local.

Para los arrendamientos de personas jurídicas se configuran plazos de resolución tasados, entre cinco y veinte años, en función de la naturaleza y del volumen de la actividad desarrollada en el local arrendado, configurándose un plazo de duración breve para aquellos arrendamientos en los que se desarrollan actividades con un potencial económico tal que coloquen a los titulares de estos contratos en posiciones de equilibrio respecto de los arrendadores a la hora de negociar nuevas condiciones arrendaticias.

En cuanto a la renta pagada en estos contratos, se reproduce el esquema de revisión establecido para los arrendamientos de viviendas, graduando temporalmente el ritmo de la revisión en función de las categorías antes expuestas.

Para favorecer la continuidad de los arrendatarios, la ley regula una figura de nueva creación que es el derecho de arrendamiento preferente, que concede al arrendatario un derecho preferente a continuar en el uso del local arrendado al tiempo de la extinción del contrato, frente a cualquier tercero en condiciones de mercado.

Asimismo, se estipula un derecho indemnizatorio en caso de no continuar en el uso del local arrendado cuando otra persona, sea el propietario o sea un nuevo arrendatario, pueda beneficiarse de la clientela generada por la actividad del antiguo arrendatario».

IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Fija el siguiente criterio: los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 subsisten a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca su jubilación o su fallecimiento y, sin perjuicio, de la posible subrogación del cónyuge superviviente.

Como fundamento se invoca el apartado B) de la disposición transitoria tercera, párrafo primero del epígrafe 3º: «*Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subroge su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local*».

Para el Supremo, dicha norma se aplica al arrendatario vigente al tiempo de la entrada en vigor de la LAU 1994, al actual, no al inicial o primigenio arrendatario.

Alega que el precepto no establece ninguna discriminación, siendo indiferente que se trate del arrendatario original o del que hubiera pasado a ocupar su posición contractual por subrogación o traspaso.

El alto tribunal entiende que la disposición transitoria solo regula las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley, prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente. Concluye que el arrendamiento puede extenderse a toda la vida del arrendatario y, en su caso, a la del cónyuge que se subroge, o a un máximo de veinte años desde la entrada en vigor de la LAU 1994 si la subrogación se produce a favor de un descendiente.

Sobre los traspasos, argumenta que, cuando han tenido lugar bajo la vigencia de la LAU 1964, el traspasado pasa a ser arrendatario a todos los efectos, con todos los derechos, incluida la prórroga forzosa; de modo que puede permanecer en el local hasta su jubilación o fallecimiento, ya que, de no ser así, se le estaría privando de un derecho adquirido. Se indica también que ha sido deseo del legislador mantener estos arrendamientos por voluntad del arrendatario para garantizar las expectativas de continuidad existentes al tiempo del contrato.

No obstante, en alguna ocasión y como *obiter dicta*, el Supremo ha llegado a decir que los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994 podrían merecer una especial consideración (STS 440/2018, 12

de julio de 2018. ECLI:ES:TS:2018:2743). En esa sentencia se ventilaba precisamente el caso de un traspaso habido en 1982, esto es, ocurrido con anterioridad a los diez años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994. El Supremo desestimó el recurso de casación al reconocer que, pese a ese traspaso de 1982, el inquilino tenía derecho a continuar el arrendamiento hasta su fallecimiento. Lo inusual es que fue en esa misma resolución donde dispuso que los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994 podían merecer una especial consideración.

Parecido supuesto se abordó en la STS 863/2021, de 14 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4565). Se trataba de un contrato de 1966 con un traspaso efectuado en 1989, es decir, dentro de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994. La propiedad hizo valer la previsión legal según la cual, en tal caso, el plazo de veinte años para la expiración del arrendamiento podía ampliarse en cinco años más. El Supremo, sin embargo, no hizo distinciones y se ajustó a su regla general, de modo que reconoció al inquilino su derecho a mantener el arrendamiento hasta su fallecimiento.

De nuevo prescindió del momento en que tuvo lugar el traspaso, pues bastaba con que fuera inquilino al tiempo de la entrada en vigor de la ley. En esta resolución, en relación con la ampliación legal de cinco años para aquellos traspasos acontecidos en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley, se indicó que esa regla constituía un indiferente jurídico.

Por otra parte, en la STS 46/2018, de 30 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:207) también se ha querido ver que la jurisprudencia distingue entre subrogados y traspasados. Sin embargo, dicha resolución no versa sobre un traspasado.

Traía causa de un arrendamiento de 1979 donde, por razón de fallecimiento, se produjo una subrogación del hijo en 1991 por fallecimiento. En ese caso, se confirmó el derecho del inquilino a permanecer en el local.

Es destacable también, como luego desarrollaremos, que algunos tribunales creyeron ver matices en los razonamientos de algunas sentencias del TS, para, según los casos, hacer efectiva la extinción del arrendamiento en el plazo de los veinte años.

Todas esas sentencias fueron con posterioridad casadas, salvo aquellas que no pasaron el corte de admisión. Sea como fuere, las últimas resoluciones del TS parecen despejar del todo esta cuestión, en una especie de huida hacia delante. La sentencia 669/2022, de 14 de octubre de 2022 (ECLI:ES:2022:3702), dictada por el Pleno, descarta que los traspasados tengan una específica causa de extinción de los contratos de arrendamiento, cuyos derechos hayan sido adquiridos dentro

del periodo de los diez años anteriores a la vigencia de la nueva LAU. Esto es, no hay excepción a la regla general de pervivencia del contrato hasta la jubilación o fallecimiento del arrendatario. La sentencia 927/2022, de 19 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:2022:4700), en el caso de un arrendamiento de 1940, con subrogación posterior de la hija, con un primer traspaso en 1986 y otro segundo en 1991, reconoce que no puede identificarse traspaso con subrogación. Reseña que la subrogación tiene su origen en la ley, opera a favor de personas normativamente predeterminadas vinculadas con el arrendatario, sin posibilidad de extenderla a otras distintas, y es gratuita para el subrogado; mientras que el traspaso es un negocio jurídico oneroso, susceptible de celebrarse con terceras personas, y se lleva a efecto necesariamente en vida del arrendatario cedente. No obstante, interpreta que la norma transitoria parte de una regla general para respetar los derechos adquiridos.

La sentencia 218/2023, de 13 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:937), para un arrendamiento de 1978, con posterior subrogación y con traspaso en 1988, confirma que el traspasado sigue la regla general.

V. EL PARECER CONTRARIO DE ALGUNAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Hemos hecho una selección de resoluciones que han declarado la extinción de arrendamientos al amparo de la norma transitoria y que, en consecuencia, se han apartado de la jurisprudencia del TS.

V.1. Sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (SAP 101/2022, 14 de febrero de 2022. ECLI:ES:APTF:2022:625).

Contrato de arrendamiento de 1984 que fue objeto de traspaso en 1988. La propiedad interpuso demanda pidiendo la extinción con fecha 31 de diciembre de 2019. El demandado replicó que, al tiempo de la LAU 1994, era arrendatario y, por ende, podía permanecer en el local hasta su fallecimiento. Tanto en primera como en segunda instancia se accedió a la extinción. La Audiencia se hizo eco de la jurisprudencia del TS, pero mantuvo que dicho supuesto no debía seguir la regla general. Argumentó que esa interpretación era la correcta sin perjuicio de aquellos casos en que el legislador tuviera establecida alguna particularidad, como ocurría con los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU. La Audiencia consideró que era justamente el caso, dado que el traspaso tuvo lugar en ese periodo, con lo cual debía operar la regla del párrafo sexto de la disposición transitoria (cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años más). En resumen, la Audiencia se apartó de los postulados del TS y, únicamente, por las dudas jurídicas del caso, no impuso las costas en ambas instancias. Esta sentencia está recurrida en casación.

V.2. Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo (SAP 890/2021, de 13 de octubre de 2021. ECLI:ES:APO:2021:3139).

Arrendamiento de zapatería celebrado en 1940 y que se traspasó en 1991. El Juzgado rechazó la extinción y la Audiencia estimó la demanda. Citó la jurisprudencia del Supremo, pero advirtió que el traspasado no se equipara siempre al arrendatario, pues hay supuestos en que el legislador ha establecido alguna especialidad. Es el caso de los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores. En concreto, defendió lo siguiente: *«Entendemos por todo lo considerado que la examinada DT Tercera contempla dos supuestos diferenciados. El primero, la situación del arrendatario persona física que lo es al momento de entrada en vigor de la LAU 1994 en virtud de subrogación o de traspaso producido con anterioridad a los 10 años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994, quien a su voluntad puede bien permanecer en el uso del local hasta su jubilación o fallecimiento, bien traspasar el local, dedicando la DT tercera sus cinco primeros párrafos a regular esta situación y las condiciones subjetivas y objetivas de subrogación por fallecimiento o jubilación de este arrendatario. El segundo supuesto, objeto particular del párrafo sexto de la norma, es el del arrendatario persona física al momento de entrada en vigor de la LAU 1994 que lo es virtud de traspaso efectuado dentro de los 10 años anteriores a esta entrada en vigor en enero de 1995, arrendatarios cuyos arrendamientos vencen el 31 de diciembre de 2019»*. Esta resolución fue revocada (STS 927/2022, de 19 de diciembre de 2022. ECLI:ES:2022:4700). Se puntualizó que la transitoria tercera abarca también al traspasado. Abunda en que la norma transitoria solo regula los traspasos llevados a efecto con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LAU. Para salvar las contradicciones, literalmente, como ya hemos comentado, el Supremo aclaró que su sentencia 440/2018, de 12 de julio, debía interpretarse como un mero obiter dicta. No se apreciaron dudas jurídicas en relación con las costas.

V.3. Sentencia de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP 457/2021, de 30 de septiembre de 2021. ECLI:ES:APM:2021:11695).

Partimos de un contrato celebrado en 1976, con traspaso producido en 1993. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia, tras reproducir la jurisprudencia del TS, accedió a la extinción aplicando la regla según la cual, al tratarse de un traspaso producido en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley, hay lugar a una ampliación de la duración del contrato en cinco años. Argumentó que tal ampliación quinquenal tenía su razón de ser en el propio hecho del traspaso, pues, en ese caso, accedía un tercero a la situación de arrendatario. Y sostuvo también que la previsión contenida en el primer párrafo del epígrafe 3 del apartado B) de la disposición transitoria tercera, cuando dice que *los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento*, era alusiva ineludiblemente al arrendatario original, no a los sucesores. No se impusieron las costas.

V.4. Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava (SAP 744/2021, 22 de septiembre de 2021. ECLI:ES:APVI:2021:949).

Contrato de 1978, con posterior subrogación de un hijo y con traspasos posteriores: uno en 1981 y otro en 1988. El Juzgado rechazó la extinción y la Audiencia, en cambio, la declaró. En síntesis, diferencia a los traspasados. Expuso lo siguiente: *«Y es que, como aquí ocurre, si el traspaso se efectuó con anterioridad a los diez años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994 (1 de enero de 1995) y, por tanto, bajo la vigencia del TR de 24 de diciembre de 1964, se hizo con pleno derecho a prórroga forzosa, de modo que “... fuera de los casos en que dicha prórroga pudiera ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende hasta su jubilación o fallecimiento de conformidad con la norma transitoria citada. De no ser así se le estaría privando de un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a prórroga forzosa. De ahí que esta sala ha estimado que esa es la interpretación que ha de merecer la disposición transitoria tercera de la LAU, sin perjuicio de aquellos supuestos en que el legislador haya establecido alguna particularidad, como ocurre con el caso de los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores que han merecido una especial consideración...”.* Como puede inferirse ya de esta sentencia, la propia Sala Primera establece una excepción a la regla general. Lo vuelve a decir en la STS 74/2020, de 4 de febrero». Este razonamiento, aunque trata de apoyarse en resoluciones del Supremo, no se compagina bien con la doctrina de dicho tribunal, pues, como ya hemos mencionado, no hace de distinta condición a los traspasados. Tanto es así que esta sentencia ha sido casada (STS 218/2023, de 13 de febrero de 2023. ECLI:ES:2023:937). El Supremo repite que el arrendatario hace alusión al que lo sea a la entrada en vigor de la LAU de 1994, con independencia de que sea el originario arrendatario o el que hubiera ocupado su posición contractual por traspaso. Se abunda en que la disposición transitoria tercera respeta los derechos adquiridos que traen causa del originario arrendatario.

V.5. Sentencia de la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Santander (SAP 305/2021, de 6 de julio de 2021. ECLI:ES:APS:2021:845).

El traspaso tuvo lugar en 1990. El juzgado rechazó la demanda y la Audiencia la estimó. Esta resolución, después de describir la jurisprudencia del TS, hace la siguiente distinción: *«En el caso de arrendatario persona física que lo es en el momento de la entrada en vigor de la LAU 1994 en virtud de subrogación o de traspaso producido con anterioridad a los 10 años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994, éste puede, a su voluntad, permanecer en el uso del local hasta su jubilación o fallecimiento, o bien optar por traspasar el local, dedicando la DT tercera sus cinco primeros párrafos a regular esta situación y las condiciones subjetivas y objetivas de subrogación por fallecimiento o jubilación de este arrendatario. En el caso de arrendatario persona*

física que lo es en el momento de la entrada en vigor de la LAU 1994 en virtud de traspaso efectuado dentro de los 10 años anteriores a su entrada en vigor, en enero de 1995- que es el caso que ahora nos ocupa- existe un régimen legal especial, tal y como se explicita en la STS 440/2018, antes citada. Habiéndose producido el traspaso- y no una subrogación- el 9 de julio de 1.990, dentro de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley, la vigencia del contrato litigioso concluye, conforme a la indicada DT, una vez hayan transcurrido veinticinco desde la entrega en vigor de la ley arrendaticia, por lo que la expiración del plazo de vigencia del contrato litigioso se produjo el 31 de diciembre del año 2.019». Esta argumentación tampoco se ajusta en realidad a la doctrina del TS, que trata del mismo modo al traspasado que al subrogado.

V.6. Sentencia de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (SAP 275/2021, 24 de junio de 2021. ECLI:ES:APPO:2021:1593).

Arrendamiento de ferretería concertado en 1949, con subrogación a favor de una hija en 1990, traspaso en 1992 y con una renta actual de 90 euros mensuales. El Juzgado desestimó el desahucio. La Audiencia empezó recordando que el derecho de traspaso es uno de los más característicos del arrendamiento de local negocio, por lo que necesariamente tuvo que ser abordado por el legislador en cuanto a su régimen transitorio. Después de reproducir la disposición transitoria tercera, aludió a la exposición de motivos de la ley, que también se hizo eco del calendario de extinciones. Asimismo, siguiendo a autorizada doctrina, la sentencia distingue entre un traspaso posterior y otro anterior en estos términos: «*i) El traspaso futuro o posterior, que obviamente solo lo pueden hacer el arrendatario actual y su cónyuge subrogado (por lo tanto, después del 25 de noviembre de 1994 ya que el párrafo tercero de la disposición final segunda, crea la ficción de suponerlos hechos después de la entrada en vigor de la ley -1 enero 1995-), a los cuales les sucederá el cesionario en dicha condición de arrendatario, el cual no podrá realizar otro nuevo. Traspaso que habrá de ser realizado en los términos previstos en el art. 32 LAU y que aparece normativamente limitado en dos aspectos, por un lado, respecto a determinados arrendatarios: el actual y su cónyuge, con lo que los descendientes ya no tendrán esta posibilidad de traspasar; por otro, en cuanto al tiempo de duración, señalando que durará como máximo un plazo hasta de 20 años a contar desde la aprobación de la Ley, o un mínimo de 10 años a contar desde su realización. ii) Y el que aquí nos interesa, es decir el traspaso anterior (celebrado en los 10 años antes de la entrada en vigor de la Ley, es decir, entre el 1 de enero de 1985 y, el 25 de noviembre de 1994) durará los mismos plazos antes mencionados, incrementados en 5 años. Se trata, por tanto, de traspasos celebrados entre el 1 enero 1985 y el 25 noviembre 1994».* También aquí la Audiencia hizo ver que sus considerandos venían avalados por resoluciones del Supremo, siquiera tangencialmente. Pero esta resolución también fue casada (STS 669/2022, de 14 de octubre de 2022. ECLI:ES:2022:3702). Además, el recurso

se elevó al Pleno. El Supremo hizo un extenso y completo resumen de su propia jurisprudencia. Convino en que los traspasados son arrendatarios. Y para sortear la regla del párrafo sexto de la transitoria, aclaró que alude a los traspasos futuros; esto es, a los llevados a efecto tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, por quienes ostentaban, en tal momento, la condición de arrendatarios en virtud de un traspaso llevado a efecto en los diez años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de dicha ley. Explicó que con ello el legislador trató de compensar la pérdida de valor que implicaba la extinción del régimen de la prórroga forzosa, pues se ampliaba el plazo legal de duración del contrato previsto en el párrafo quinto, a cinco años más. No obstante, rechazó que los traspasos tuvieran una específica causa de extinción.

V.7. Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo (SAP 2053/2020, 14 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APO:2020:4534).

Contrato celebrado en 1965, que fue seguido de un traspaso en septiembre de 1994. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, en cambio, declaró la extinción del arrendamiento. Después de examinar la tesis del Supremo y al igual que otras sentencias de la llamada jurisprudencia menor, mantuvo que la disposición transitoria contempla dos supuestos diferentes. Por un lado, la situación del arrendatario persona física que lo es al momento de entrada en vigor de la LAU 1994 en virtud de subrogación o de traspaso producido con anterioridad a los diez años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994, quien a su voluntad puede bien permanecer en el uso del local hasta su jubilación o fallecimiento, bien traspasar el local, dedicando la disposición sus cinco primeros párrafos a regular dicha situación y las condiciones subjetivas y objetivas de subrogación por fallecimiento o jubilación de este arrendatario. Y por otro, el segundo supuesto, objeto particular del párrafo sexto de la norma, que regula la situación del arrendatario persona física al momento de entrada en vigor de la LAU 1994 que lo es virtud de traspaso efectuado dentro de los 10 años anteriores a esta entrada en vigor en enero de 1995, arrendatarios cuyos contratos vencen el 31 de diciembre de 2019. Esta decisión fue objeto de un recurso de casación. Sin embargo, por auto de 7 de julio de 2021, tal recurso no fue admitido a trámite por falta de interés casacional (ECLI:ES:TS:2021:9159). Se reprobó que el recurrente invocara sentencias de subrogación y no de traspaso. Como se puede observar, en esa fecha, imperaba ya el criterio de que el traspasado tenía el mismo derecho de permanencia que los subrogados.

V.8. Sentencia de la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla (SAP 401/2020, 3 de diciembre de 2020. ECLI:ES:APSE:2020:1089).

El contrato se concertó el 1 de marzo de 1973. Falleció el inquilino y fue sustituido por su esposa. En 1990, el local se traspasó. El Juzgado desestimó la demanda siguiendo la jurisprudencia del TS, si bien no impuso las costas al vencido por la

existencia de serias dudas jurídicas. La Audiencia empezó diciendo que la disposición transitoria debe leerse en toda su extensión y, en concreto, los párrafos que se refieren a la extinción y subrogación contractual. No consideró que el demandado fuese el arrendatario original, pues a su fallecimiento se subrogó en su posición su viuda y esta después traspasó el local. Para el tribunal esta cesión en bloque exigía acudir a las específicas pautas de la disposición transitoria tercera, que prevé limitaciones temporales según los casos. Proclama que, al tratarse de un traspaso ocurrido en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley, el arrendamiento podía prolongarse hasta los veinticinco años. Argumentó además que, desde 1973, disfrutaba de un local en una zona privilegiada de Sevilla a cambio de una renta muy exigua. Recordó que la letra y el espíritu de la LAU 1994, y más en lo que respecta a inmuebles con destino distinto a la vivienda, es contraria al mantenimiento de la locación indefinida en el tiempo; consciente, como lo fue el legislador de la anomalía jurídica que, en esencia, fue el sistema de prórroga forzosa de la LAU 1964. Esta sentencia, pese a todo, fue casada por el Tribunal Supremo (STS 279/2022, 31 de marzo de 2022. ECLI:ES:TS:2022:1389). El traspaso en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994, no excepciona la regla general. Esa previsión se calificó de nuevo como un *indiferente jurídico*.

V.9. Sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida (SAP 387/2017, 28 de septiembre de 2017. ECLI:ES:APL:2017:758).

Aborda un supuesto donde se habían producido ya dos subrogaciones. Interpreta como no querido por la ley una tercera titularidad en el mismo contrato de arrendamiento. Resalta que el espíritu de la norma es poner límite a la duración de las prórrogas forzosas restableciendo la temporalidad en los contratos anteriores a 1985. Considera que la fijación de un periodo máximo de veinte años a partir de la entrada en vigor de la ley se justifica en el hecho de que estamos hablando de contratos de larga duración y con rentas bajas y antieconómicas. Alude asimismo al preámbulo de la ley. No entiende asumible una nueva subrogación de quien ya era subrogado por razón de un traspaso anterior de un contrato formalizado antes de la LAU 1964. Concluye que la ley de 1994 no puede pretender supuestos, como el examinado, donde el arrendamiento sobrepase ampliamente los setenta años o más. Esta sentencia fue casada por el TS (STS 344/2022, 23 de junio de 2020. ECLI:ES:TS:2020:2000). Nuevamente, se razonó que el arrendamiento estaba sujeto a la anterior LAU 1964, con derecho del arrendatario a sucesivas prórrogas legales y por ello la nueva ley extendió la vigencia del contrato al menos hasta la jubilación o fallecimiento del arrendatario que hubiera accedido a dicha posición en el contrato cuando aún existían dichas prórrogas.

V.10. Sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga (SAP 102/2017, 14 de febrero de 2017. ECLI:ES:APMA:2017:680).

Arrendamiento concertado en 1978, donde una hija se subroga en el lugar de su madre tras su fallecimiento en 1986. El Juzgado acordó la extinción. La Audiencia confirmó dicha decisión. Rechazó la aplicación del primer párrafo del apartado B) de la disposición transitoria y acudió al tercer párrafo alusivo a las transmisiones ya habidas. El tribunal, textualmente, argumentó que la dicción del precepto no dejaba lugar a dudas. Esta sentencia también fue casada por el Supremo (STS 74/2020, 4 de febrero de 2020. ECLI:ES:TS:2020:209). Se reiteró que la norma transitoria se aplica al subrogado y no al inicial arrendatario, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente.

V.11. Sentencia de la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, (SAP 422/2015, 2 de diciembre de 2015. ECLI:ES:APM:2015:18821).

Versa sobre un arrendamiento concertado el 1 de mayo de 1931. Al fallecimiento del arrendatario en 1968 se subrogó un hijo y, al deceso de este, se subrogó otro hijo en 1990. Tanto el Juzgado como la Audiencia convinieron en la extinción del contrato con fecha 1 de enero de 2015. La parte demandada postuló que el referido plazo de veinte años no era aplicable al caso, pues las subrogaciones eran anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994. Se defendió que el arrendamiento debía seguir vigente hasta el fallecimiento o la jubilación, pues el citado plazo de veinte años solo opera para las subrogaciones producidas tras la nueva LAU. Se sostuvo por el inquilino que la norma transitoria solo se prevé para las subrogaciones que se produzcan tras la entrada en vigor de la LAU, no para las anteriores. La Audiencia respondió en estos términos: *«No podemos estar de acuerdo con este criterio interpretativo del apelante, la norma transitoria se dicta precisamente para las situaciones contractuales derivadas de una situación anterior a la entrada en vigor de la LAU, por tanto no contempla una aplicación retroactiva de la norma, pues por el contrario lo que hace es regular conforme a la actual norma, los contratos que siguen funcionando a dicha norma regulados bajo la anterior legislación. No tiene sentido considerar como titular original del contrato arrendaticio, al que lo es por subrogación a la entrada en vigor de la LAU, ignorando al original que firmó el contrato, pues estaríamos realizando una peculiar novación contractual por ley, que hubiera determinado en su caso la aplicación del Art. 33 de la nueva LAU, y no la DT 3ª. Con lo cual es evidente que cuando se está estableciendo un límite en las subrogaciones, y ello sin diferenciar cuando han tenido lugar, pues lo trascendente es que hayan tenido lugar»*. Recurrida en casación, sin embargo, el TS confirmó la sentencia. Lo hizo por razones formales al apreciar falta de interés casacional por haberse fundado el recurso en normas que no llevaban más de cinco años en vigor, cuando no era cierto (STS 575/2018, 17 de octubre de 2018. ECLI:ES:TS:2018:3515).

V.12. Sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, (SAP 211/2015, 30 de septiembre de 2015. ECLI:ES:APBA:2015:877).

Trae causa de un contrato de arrendamiento concertado en 1951 sobre un local ubicado en el centro de Mérida, donde el arrendatario falleció en 1962 y se subrogó su viuda. En 1980, se produjo una segunda subrogación a favor de un hijo y, posteriormente, a la muerte de este, se subrogó un nieto. En total se sucedieron tres subrogaciones, siendo la renta actual de diez euros. Según la Audiencia, la primera regla según la cual el arrendamiento se extingue por la jubilación o el fallecimiento del arrendatario ha de compasarse con las previsiones posteriores de la norma. De su interpretación conjunta colige que la regla contenida al inicio del epígrafe 3º de la disposición transitoria tercera, cuando dice que *los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento*, es alusiva ineludiblemente al arrendatario original, no a los sucesores; una cosa es el arrendatario y otra muy distinta son los subrogados o traspasados. Recuerda que la propia LAU de 1964, a lo largo de su articulado, hablaba del tercero que sucede, del subrogado, del sustituto del arrendatario, etcétera. Añade también que los párrafos posteriores del apartado 3º de dicha disposición regulan precisamente los derechos arrendaticios de los subrogados y traspasados, dejando claro que, respecto de estos, la duración del contrato tiene concretos límites temporales, con independencia de su jubilación o fallecimiento. Planteado recurso de casación, el TS lo estimó (STS 34/2019, 17 de enero de 2019. ECLI:ES:TS:2019:55); si bien no impuso las costas de apelación al entender que, al tiempo de la interposición de dicho recurso, podían existir dudas de derecho al faltar todavía doctrina jurisprudencial al respecto.

VI. ¿HAY BASE PARA OTRA INTERPRETACIÓN?

Expuestas las líneas básicas de unos y otros criterios judiciales, en lo que todos estamos de acuerdo es que la norma es oscura. No está bien redactada, es incompleta y, desde luego, hace plausibles los distintos pareceres.

El art. 3.1 CC dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Como hemos apuntado, la principal razón de ser de la interpretación seguida por el TS es el criterio literal. Extiende el arrendamiento hasta la jubilación o fallecimiento del ocupante, del inquilino actual. El primer párrafo del epígrafe 3º del apartado B), tomado aisladamente, es por completo conforme con esta solución.

El problema es que dicha interpretación choca de plano con la propia finalidad de la norma y con los párrafos posteriores del precepto.

Para empezar, una obviedad: la norma transitoria se aprobó con la evidente finalidad de acortar los arrendamientos. Lo dice el texto y lo ratifica la exposición de motivos. Esa exposición recoge que, en los arrendamientos de locales de negocio, se opta por articular un calendario de resolución temporal de tales contratos, según el arrendatario sea persona física o jurídica. Por otro lado, la norma enuncia que los contratos en situación de prórroga legal a favor de persona física quedarán extinguidos de acuerdo con los apartados siguientes (el subrayado es nuestro). Por ello, es difícil asumir el argumento de que ha sido deseo del legislador mantener estos arrendamientos por voluntad del arrendatario para garantizar las expectativas de continuidad existentes al tiempo de la contratación. Tal parecer no es convincente desde el momento en que estamos hablando de contratos de larga duración y con rentas bajas y antieconómicas. Por esa razón, con carácter general, se fija un periodo de duración de veinte años a partir de la entrada en vigor de la ley, plazo de por sí bastante largo.

Además, aunque sea confusamente, la norma transitoria va regulando los supuestos según la condición de cada inquilino. Identifica primero al arrendatario, después al subrogado y, por último, al traspasado. Sin embargo, a la postre, el TS opta por un tratamiento lineal de los inquilinos.

En particular, resulta chocante la solución dada a los traspasados. Sobre ellos, el propio texto legal es menos permisivo y acota los plazos contractuales. Además, se regulan los traspasos pasados y futuros. Para los nuevos traspasos, la norma fija un plazo de diez años y, para los viejos, concede un plazo de veinte años desde la entrada en vigor de la ley. Asimismo, prevé una tercera posibilidad. Es el supuesto de los traspasos habidos en los últimos diez años. La ley, para compensar la sobrevenida eliminación de la prórroga forzosa, acreció la duración del arrendamiento en cinco años más. Por ejemplo, quien concertó un traspaso en 1990 y, cuatro años después, se quedó sin prórroga forzosa, podría continuar el arrendamiento hasta 2019. Es un periodo de tiempo razonable para recuperar la inversión, el precio del traspaso.

Desde el momento en que se parte de la premisa de que todo inquilino, con independencia de su origen, tiene un derecho adquirido para permanecer en el local hasta su fallecimiento o jubilación, estamos en buena medida vaciando de contenido la disposición transitoria. Si el legislador alumbró una norma con el evidente fin de mitigar el derecho a la prórroga forzosa, es contradictorio sostener que ese derecho es intocable. Una misma cosa no puede ser y dejar de ser a la vez.

Eso, por un lado. Por otro, si nos atenemos al contenido material de la norma, nos encontramos con que la interpretación del Supremo deja sin virtualidad distintos preceptos de la disposición.

Se quiera o no, el sentido literal del primer párrafo no puede ser inmune a las reglas que le siguen en el texto legal. Dicho con otras palabras, hay que conjugar ese primer párrafo con el resto. Una interpretación sistemática y lógica hace cuestionable la doctrina mantenida por el TS.

Se postula que el legislador, en ese primer párrafo, no hace distinciones, que no discrimina entre arrendatarios, con lo cual el intérprete tiene que aceptar que no se refiere al arrendatario original o primigenio, sino al actual, con independencia de su procedencia, ya sea subrogado o traspasado.

Sin embargo, esa disposición transitoria emplea la expresión *arrendatario actual* cuando regula el traspaso. Es decir, la propia norma sí hace distinciones, sí discrimina. Cuando el legislador, en la misma norma, habla de arrendatario actual y no utiliza esa misma expresión en el caso del párrafo primero del epígrafe 3º, no parece acertado concluir que donde solo se consigna la palabra arrendatario se quiera decir arrendatario actual. No se pueden equiparar de forma automática dos colectivos que son designados legalmente de distinta forma. En fin, desde un punto de vista gramatical, también habría base para la discrepancia.

Y las dudas se alimentan también a la vista del contenido sustantivo de los párrafos consecutivos. Ese resto de párrafos del epígrafe 3º del apartado B) dejan claro que el contrato se puede extinguir antes de la jubilación o el fallecimiento del arrendatario actual en función de las subrogaciones o traspasos habidos. La propia disposición transitoria nos dice ya de antemano que los contratos que se encuentren en situación de prórroga legal quedarán extinguidos de acuerdo no solo con ese primer párrafo primero, sino también por el resto de párrafos del epígrafe 3º del apartado B). Concretamente, si el traspasado con anterioridad a la LAU 94 lo equiparamos al arrendatario, los plazos de duración del contrato previstos en la norma transitoria serían un brindis al sol, toda vez que, ordinariamente, se verían superados por acontecimientos como la jubilación o el fallecimiento. Esto es, el precepto sería vano. Jamás existiría un traspasado anterior a la LAU 94, todos serían arrendatarios.

Asimismo, la aseveración de que la norma transitoria contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley es una proposición apodíctica, pues el legislador no prescinde de las transmisiones habidas con la ley anterior. De ser verdad que el traspasado puede continuar en el arrendamiento hasta su fallecimiento, no se explica la regla del párrafo sexto del epígrafe 3º: «*Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años*». Por otra parte, es indiscutible que al tiempo de la entrada en vigor de la LAU 1994 había arrendatarios originales. Esto es, el famoso primer párrafo cuando alude al arrendatario está realmente pensando en el arrendatario original, no en

terceras personas como subrogados o traspasados. Insistimos, la interpretación literal del primer párrafo del apartado 3º es plausible, pero sería concluyente si viniera acompañada del adjetivo *actual*.

También el párrafo cuarto del epígrafe 3º sustenta la tesis contraria. Ahí se recoge que el arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el art. 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si extendemos la expresión *arrendatario actual* a los subrogados y traspasados llegamos a una conclusión ilógica. El propio precepto distingue entre el arrendatario actual y su cónyuge. Pero al cónyuge solo lo toma en consideración en la medida que con carácter previo a la entrada en vigor de la LAU 94, se hubiera subrogado (obsérvese que el tiempo verbal es pasado, concretamente pretérito pluscuamperfecto). Por tanto, conforme a la interpretación extensiva, si a la entrada en vigor de la ley el cónyuge se hubiera subrogado, sería arrendatario actual. Es decir, el legislador no habría aludido al arrendatario actual y al cónyuge subrogado. Esa diferenciación no tendría ningún sentido.

Volvemos al art. 3.1 CC. Este precepto exige que la interpretación de las normas se haga de acuerdo con su espíritu y finalidad. Por una parte, la disposición transitoria tercera tenía como objetivo la extinción de estos arrendamientos. Con carácter general, no es lógico optar por una interpretación que haga casi inaplicable un precepto. Asimismo, los argumentos de refuerzo empleados para prolongar los arrendamientos son cuestionables. El criterio de los derechos adquiridos, como hemos apuntado, no es consistente. La Constitución, art. 9.3, garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales. Es verdad que las situaciones jurídicas preexistentes deben ser respetadas, pero no siempre con carácter absoluto. Por el principio de seguridad jurídica se mantienen las situaciones de hecho producidas y consumadas bajo la ley anterior. La disposición transitoria tercera de la LAU 1994 se formula en unos términos flexibles, con fundamento en principios económicos y distributivos. Es dudoso que tal norma, según está redactada, pudiera dar lugar a una indebida privación de derechos adquiridos. De hecho, garantizaba al grupo familiar vinculado al desarrollo de la actividad un plazo mínimo de veinte años, que podría superarse mientras el arrendatario y su cónyuge vivieran y continuaran con la actividad. El legislador dejó fuera de las subrogaciones al heredero y al socio. Se limitaron al cónyuge superviviente y al descendiente, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de los veinte años. Es más, estas dos posibles subrogaciones dependían también del histórico de transmisiones.

Igualmente, la propia regulación que hace del traspaso la norma comentada abona otra interpretación. Primero, alude al arrendatario actual y, segundo, acrece el plazo del arrendamiento cinco años más cuando el traspaso se produjo en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994. Eso desmonta la teoría de que la

disposición transitoria solo regula las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley.

Sea como fuere, a estas alturas, ante una doctrina consolidada y uniforme del TS y sin votos discrepantes, bien podemos decir que estamos ya ante un caso judicialmente cerrado. Enmendar ahora la interpretación restrictiva de la extinción en los casos de los arrendatarios que tenían la condición de persona física, es solo una ilusión. Y menos cuando, por el solo paso del tiempo, prácticamente se han agotado los plazos de extinción alternativos que contemplaba la norma transitoria. Aunque todavía quedan arrendamientos de locales sujetos a la prórroga forzosa, este tipo de litigios están llegando a su fin.

VII. CONCLUSIONES.

1. El apartado B) de la disposición transitoria tercera de la vigente LAU regula el destino de los arrendamientos de locales de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, sujetos a la prórroga forzosa y cuyos arrendatarios tienen la condición de persona física. Dicha norma tenía como finalidad anticipar la extinción de tales arrendamientos.
2. Ese objetivo se resaltaba tanto en la exposición de motivos como en el propio texto legal. Es más, con carácter general, la propia jurisprudencia del TS venía incidiendo en que la LAU 94 quiso introducir un criterio de temporalidad en los arrendamientos de locales sometidos por imperio de la ley a un régimen de prórroga forzosa.
3. En virtud de ese fin, la LAU 94 introdujo reglas especiales en materia de subrogaciones y traspasos.
4. Con todo, la redacción de la disposición transitoria tercera fue caótica. Es un texto confuso, incompleto y laberíntico.
5. Desde un principio, el TS hizo una interpretación literal. Interpretación que, a efectos prácticos, ha supuesto que los arrendamientos de locales hayan pervivido más allá del plazo que, previsiblemente, cabía esperar.
6. El TS, además, ha considerado que la prórroga forzosa es un derecho adquirido, viniendo a decir que la norma transitoria debe respetarlo.
7. La práctica judicial demuestra que, con carácter general y como es lógico, los jueces se vienen ajustando fielmente a la doctrina del TS.
8. No obstante, algunos tribunales, según los casos, defienden que los arrendamientos pueden extinguirse antes del fallecimiento o de la jubilación del último inquilino.
9. Solo con una interpretación estricta del concepto de arrendatario (entendido como la persona que suscribió el contrato originario) cobraría sentido la disposición transitoria comentada.
10. Para sortear la indeterminación de la ley, hay muchos criterios hermenéuticos y, entre otros, cuenta el teleológico: la letra mata y el espíritu vivifica. Como dijo el célebre civilista Antonio Hernández Gil, *para juzgar acerca de la bondad del sentido literal lo primero que ha de hacerse es superarlo.*

LA ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES MORATORIOS: UNA REVISIÓN CRÍTICA.

THE ABUSIVITY OF DELAY INTEREST: A CRITICAL REVIEW.

Juan León León Reina

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 43 de Barcelona

I. Introducción.

II. Marco Normativo y jurisprudencial relativo a la declaración de abusividad.

III. El Umbral de la abusividad y la Ley 5/2019.

IV. El interés legal del dinero como factor de corrección

V. El tipo anual como índice de referencia o comparación para la declaración de abusividad;

VI. Crítica al Marco jurisprudencial relativo a los efectos de la declaración de abusividad;

VII. Otra lectura posible.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto; por un lado, analizar y someter a crítica la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación tanto a los criterios para determinar el carácter abusivo de los intereses moratorios contenidos en un contrato de financiación celebrado con consumidores y usuarios, como a los efectos que deben derivarse de la efectiva declaración de abusividad; y por otro, exponer otra lectura “posible” en relación a dichas cuestiones.

ABSTRACT

This article is intended; on the one hand, to analyze and criticize the jurisprudential doctrine established by the Civil Chamber of the Supreme Court in relation to both the criteria for determining the abusive nature of late-payment interest contained in a financing contract signed with consumers and users, as well as the effects that must be derived from the effective declaration of abusiveness; on the other hand, to expose another “possible” reading in relation to these issues.

Palabras clave:

Consumidor; Interés Moratorio; Desproporción; abusivo; Jurisprudencia; Nulidad.

Key words:

Consumer; Delay Interest; Disproportion; Abusivity; Jurisprudence; Nullity.

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis crítico de la doctrina jurisprudencial mantenida desde 2015 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en relación a la tutela de los consumidores y usuarios frente a la predisposición de cláusulas de intereses moratorios abusivas en los contratos de financiación. Y ello teniendo en cuenta los cambios normativos producidos en España desde entonces, así como los múltiples pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han ido perfilando los efectos que deben anudarse a una declaración de abusividad.

II. Marco Normativo y jurisprudencial relativo a la declaración de abusividad

En relación a esta materia, lo cierto es que; al margen del concepto genérico de cláusula abusiva contenido tanto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE como en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; las citadas normas (comunitaria y estatal) no contienen más previsión que la de considerar abusivas *“Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”* (Anexo 1.e de la Directiva y artículo 85.6 del Texto Refundido de la Leu de Consumidores y Usuarios).

Ante la ausencia de un criterio normativo expreso y la consiguiente disparidad de criterios de los juzgados y audiencias provinciales en relación al modo en que había de fijarse el umbral entre lo admisible y lo abusivo en materia de intereses moratorios predispuestos frente a consumidores y usuarios, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó las sentencias 265/2015, de 22 de abril (ROJ: STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723), y 705/2015, de 23 de diciembre (ROJ: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618) en las que, en relación a los contratos de financiación sin garantía hipotecaria, estableció que debía declararse *“abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo”*. Y ello, sobre la base de considerar: que *“que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos”*, pues *“Se trata del criterio”* que *“Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo”*; *“evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio”*; *“indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante”*; y *“contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia”*.

De igual modo, la sentencia 79/2016, de 18 de febrero, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ROJ: STS 626/2016 - ECLI:ES:TS:2016:626) indicó

que, *“respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril”*.

Finalmente, debe resaltarse:

En primer lugar, que la Sala Quinta del Tribunal de Justicia ha declarado en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17) que *“La Directiva (...) no se opone a una jurisprudencia nacional (...) según la cual una cláusula (...) es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio”*.

Y en segundo lugar, que la doctrina iniciada con la sentencia de 22 de abril de 2015 se mantiene actualmente inalterada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, a modo de ejemplo: la sentencia 671/2018, de 28 de noviembre, del Pleno (ROJ: STS 3889/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3889); o la reciente sentencia 122/2023, de 31 de enero, de su Sección 1ª (ROJ: STS 1079/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1079).

III. El Umbral de la abusividad y la Ley 5/2019

Sentado lo anterior, lo cierto es que, tras la promulgación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, el criterio jurisprudencial relativo al “Umbral” de la abusividad de los intereses moratorios podría considerarse “superado”, al menos en lo que se refiere a los préstamos hipotecarios en los que el bien gravado sea una vivienda.

Efectivamente, el artículo 25 de la citada norma, que no habla de abusividad (y se aplica también a contratos no sometidos a la normativa tuitiva de consumidores y usuarios) establece; primero, que *“En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible”*; y segundo, que *“Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario”*.

A la vista del citado precepto, habría de concluirse la no abusividad de toda cláusula que, en esta clase de contratos y a la hora fijar los intereses a abonar por el consumidor en caso de mora solvendi, coincidiese literalmente o se mantuviese dentro de los límites de lo que (aunque haya sido posteriormente a la celebración del contrato) el legislador español (en contra, si cabe, del criterio fijado por el Tribunal Supremo en 2015, que le era conocido al tiempo de la promulgación de la norma) ha fijado (imperativamente, sin posibilidad de pacto en contrario) como el interés moratorio que debe regir en los contrato de crédito inmobiliario en los que la garantía recaiga

sobre bienes de uso residencial. Y ello sin que sea relevante que la Ley 5/2019 no resulte “de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor” (Disposición transitoria primera), ya que lo determinante en esta materia sería la aplicabilidad al caso del principio de que “*el legislador no abusa*”, máxima reiterada en múltiples ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, por citar alguna), que tiene declarado; primero, que “*es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar*”; y segundo, que es “*reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia*” que declara “*la exclusión del ámbito de aplicación de esta Directiva (...) a las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas*”. De este modo, no podría calificarse de abusiva una cláusula cuyo contenido se encuentre dentro de lo que el legislador nacional ha considerado (aunque sea a posteriori) como “*un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes*” en este tipo de contratos, pues es esa una facultad que tienen los estados miembros y que “*el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar*”.

En línea con lo expuesto, parecería adecuado acudir (preferentemente) a este criterio legal (previsto en el artículo 25 de la Ley 5/2019) como nuevo umbral (frente al previsto en el artículo 576 de la ley procesal) con el que comparar el tipo de interés moratorio predispuesto por el profesional o empresario en todos los contratos de préstamo o financiación (personales, hipotecarios o pignoratícios). Y ello con base a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, porque ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha entendido que el criterio que fijó en 2015 debía aplicarse de forma unitaria y general para todo tipo de contratos de préstamo, ya sean hipotecarios en general (sentencia 79/2016, de 18 de febrero), ya sean personales (sentencia 265/2015, de 22 de abril). Sin que resultase relevante (ni el tribunal atribuyese importancia alguna a) lo elevado o bajo que fuese el tipo fijado como interés remuneratorio en el contrato.

En segundo lugar, porque en la norma contenida en la Ley 5/2019 se regula de forma específica la distancia que puede existir entre los intereses remuneratorios y los moratorios en un concreto tipo de contrato de financiación (para que estos puedan considerarse válidos). De este modo, es dable apreciar una mayor semejanza e identidad de razón en esta norma que en la prevista en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la integración de lo que, en definitiva, podría considerarse una laguna de derecho (el precepto de la ley procesal no analiza ni regula una distancia admisible entre la remuneración y la mora, sino que cuantifica el mayor reproche que merece la conducta del deudor ya moroso que se mantiene en mora solvendi una vez que su condición de obligado ha sido declarada judicialmente, habiendo

sido condenado por ello). No en vano, la propia exposición de motivos de la Ley 5/2019 indica que, con esta medida, “*se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes*”.

En tercer lugar, porque la aplicación de este criterio también “*evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio*”; “*contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento*” de aquello a lo que está obligado; e “*indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante*” (sentencia 265/2015, de 22 de abril). No en vano, no podría calificarse de abusiva una cláusula cuyo contenido se encuentra dentro de lo que el legislador nacional (exposición de motivos de la Ley 5/2019) ha considerado como “*un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes*” en este tipo de contratos, siendo esa, como ya hemos indicado, una facultad que tienen los estados miembros y que “*el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar*” (sentencia de 7 de agosto de 2018 del Tribunal de Justicia).

Y finalmente, porque no parece existir argumento alguno que justifique que el umbral de la sanción permitida por razón de la mora solvendi en los préstamos a consumidores garantizados (por ejemplo) con su propia vivienda habitual sea superior (tres puntos sobre la remuneración estipulada) a la que el Tribunal Supremo (y el resto de tribunales desde 2015) admite con carácter general para el resto de préstamos (hipotecarios o no) celebrados con consumidores (cualquiera que sea el tipo de interés remuneratorios que el mismo pueda contener). Máxime cuando la lógica y el sentido de las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico parecen apuntar más bien a lo contrario, a proteger en mayor medida a los consumidores que garantizan sus operaciones de financiación con garantías hipotecarias impuestas sobre el inmueble que constituye su vivienda habitual.

Con base a lo expuesto, sería sostenible postular por que el umbral entre lo admisible y lo abusivo en materia de intereses moratorios se fijase en una distancia de tres puntos porcentuales (y no en dos) entre los intereses remuneratorios y los moratorios contenidos en los contratos de préstamo celebrados con consumidores.

IV. El interés legal del dinero como factor de corrección

La fijación por el Tribunal Supremo de un criterio “estático” o fijo a efectos de la declaración de abusividad de los intereses moratorios predispuestos en los contratos consumidores (ya se fije en un incremento de los intereses remuneratorios en dos puntos porcentuales o ya se haga en tres) plantea el problema de cómo actuar en aquellos contratos en los que el tipo de interés remuneratorio (o incluso la Tasa Anual Equivalente) se fija en un 0% (como ocurre en aquellos contratos de crédito dirigidos

a la financiación de la compra de bienes de consumo en los que la remuneración de la prestamista corre a cargo de la empresa vendedora) o en un tipo (fijo o variable) en torno al 1% o al 2% anual (lo que ha resultado frecuente en los contratos de préstamo hipotecario con un plazo de amortización duración superior a 20 años, sobre todo si la garantía recaía sobre la vivienda habitual del consumidor).

Efectivamente, en estos casos, el criterio sentado por la jurisprudencia podría llevar a considerar abusivas cláusulas en las que el tipo anual establecido para la mora solvendi se encontrase por debajo del interés legal del dinero vigente al tiempo de perfeccionarse el contrato, momento al que habría de referirse el control de abusividad de la cláusula (pues basta una simple revisión de su evolución histórica para constatar que, desde 1985, el interés legal del dinero nunca ha estado por debajo del 3%, habiéndose mantenido por encima del 9% hasta 1996 y por encima del 5% hasta abril de 2009).

Pues bien, parecería deseable (y factible jurídicamente) establecer una suerte de factor de corrección al criterio fijado por el Tribunal Supremo en aras a la declaración de abusividad y consistente, precisamente, en excluir dicha declaración en los casos en los que el tipo fijado en el contrato para el caso de mora solvendi del consumidor, no superase el interés legal del dinero vigente a la fecha de celebración del contrato.

En esta línea, no parece posible declarar abusivo un interés moratorio equivalente (o inferior) al tipo de interés que el consumidor habría de abonar (ope legis) de incurrir en mora solvendi de no haberse estipulado contractualmente una sanción para dicha eventualidad (artículos 1100 y 1108 del Código Civil), pues se trataría de una previsión incluso beneficiosa para el consumidor (al menos, al tiempo de celebración del contrato).

A mayor abundamiento, debe recordarse (una vez más) que es doctrina reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; primero, que no podrían ser consideradas abusivas aquellas cláusulas que son simple transcripción del régimen legal que se aplica a dicho contrato (sentencia 106/2020, de 19 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo) ni, por ende, aquellas que impusieren una sanción inferior a la aplicable ex lege; y segundo, que *“es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar”* (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018).

V. El tipo anual como índice de referencia o comparación para la declaración de abusividad.

Otra de las cuestiones que se presentan en la práctica es el modo en que deba

aplicarse el criterio jurisprudencial en los casos en los que los tipos de interés del contrato (o al menos el remuneratorio) se fija en un tipo inferior al anual (mensual o incluso diario).

En estos casos, y aunque la doctrina fijada por el Tribunal Supremo no lo indique de forma expresa (se limita a considerar abusivo *“el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor, en caso de demora, por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio”* – sentencia 122/2023, de 31 de enero), parece asumible que la comparación de los tipos de interés (remuneratorio y moratorio) debe realizarse previa la conversión de ambos a un tipo anual.

Efectivamente, la construcción jurisprudencial realizada por el alto tribunal implica que el “contraste” de los tipos de interés se realice “en cómputo anual”, no mensual o diario, pues se basa en lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto en el que el incremento del interés moratorio se fija en dos puntos respecto de un tipo (el legal del dinero) de naturaleza anual.

Lo contrario implicaría considerar no abusiva, por ejemplo, a una cláusula de interés moratorio del 3% diario (un 1080% anual), si el remuneratorio fuese del 1% diario (360% anual), sancionando la validez de una distancia de 720 puntos entre ambos tipos en cómputo anual.

A la misma solución habría de llegarse de aplicar como criterio los tres puntos a que se refiere el artículo 25 de la Ley 5/2019, pues la propia norma indica que se entiende por tipo deudor (identificado como el remuneratorio en el artículo 6) el indicado como tal en la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo (artículo 2.15 de la ley 5/2019), siendo así que el artículo 6.e) de la citada ley 16/2011 define el tipo deudor como *“porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado”*.

VI. Crítica al Marco jurisprudencial relativo a los efectos de la declaración de abusividad.

Una vez declarada la abusividad de la cláusula que estipula los intereses moratorios, procede entrar a analizar cuáles sean los efectos que se derivan de dicha declaración, lo que exige realizar un estudio de la evolución que ha sufrido la jurisprudencia en relación a este extremo. En esta línea, la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de abril de 2015; de 8 de septiembre de 2015; de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016; sostiene que la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios implica la validez y subsistencia de *“aquella parte de la misma”* (aquel porcentaje del interés de demora estipulado) que tendría por objeto la remuneración del acreedor hasta la plena satisfacción de

su derecho de crédito (que se equipararía al tipo de interés remuneratorio pactado en el contrato).

Efectivamente, la interpretación sostenida por el alto tribunal implica que los intereses remuneratorios que seguirían devengándose tras el vencimiento del plazo de devolución o abono, no se derivan de la aplicación de la cláusula que estipula específicamente la remuneración del prestamista (esta cláusula deja de aplicarse desde el momento en que vence el plazo para el abono de la cantidad aplazada y comienza la situación de mora ya que, en caso contrario, sería plausible que el acreedor que no viera declarada nula su cláusula de intereses moratorios pudiese reclamar al deudor, de forma conjunta y respecto del principal adeudado, la suma de los dos tipos de interés estipulados, el remuneratorio y el moratorio), sino de aquella parte de la cláusula de intereses moratorios que, al decir del alto tribunal, no tiene por objeto sancionar la mora solvendi del deudor, sino “*seguir remunerando*” al prestamista por la tenencia del capital por parte del prestatario (y que coincide con el tipo de interés remuneratorio que resulte aplicable). En este sentido, la ya citada sentencia de pleno 705/2015, de 23 de diciembre, establece: primero, que, “*Como dijimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no sólo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período de tiempo por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: «Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones»*”; y segundo, que, por tanto, “*que la nulidad por abusividad de la cláusula de intereses moratorios “afectará...”, únicamente, “...al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”, manteniéndose la validez de lo reclamado hasta el límite de dicho interés remuneratorio.*

Pues bien, a pesar de la existencia de la doctrina jurisprudencial expuesta, lo cierto es que, en esta materia, habría de estarse (de forma prevalente) a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que goza de efecto directo y primacía respecto del derecho interno de los estados miembros, incluso en los casos de norma interna con rango de ley – sentencias de 9 de marzo de 1978 y 4 de diciembre de 2108, entre otras muchas).

De este modo; y en relación a los efectos que deben anudarse a la declaración de abusividad de una cláusula contractual; no puede obviarse lo dispuesto por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre

de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), en la que (analizando la interpretación dada por el Tribunal Supremo español en relación a los efectos que deben anudarse a la declaración de abusividad de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria) se establece expresamente:

1.- Que *“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula”* (apartado nº 61).

2.- Que *“las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores”* (apartado nº 71).

Sobre la base de esta doctrina expuesta, la declaración de nulidad (por abusiva) de la cláusula que fija la sanción por la mora solvendi obligaría, únicamente, a la inaplicación de la misma (en su totalidad), sin que pueda sostenerse que el consumidor deba seguir *“pasando”* (en su perjuicio) por los efectos de parte de la misma (un porcentaje equivalente al que estaba fijado en la cláusula de intereses remuneratorios), pues ello implicaría contravenir lo dispuesto por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C 70/17 y C 179/17) donde, declarando la inaplicabilidad en esta materia de la doctrina conocida (en los sistemas de la common law) como *“Blue Pencil Rule”* (que permitiría declarar la nulidad solo de aquella parte de la cláusula que pueda considerarse como abusiva) se desprende que *“la mera supresión del...”* porcentaje de intereses moratorios que exceda del pactado como remuneratorio, *“...que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”*.

Con base a lo expuesto, la solución dada por el Tribunal Supremo podría considerarse contraria a lo dispuesto por la meritada sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia. Y ello incluso a pesar de lo dispuesto por la Sala Quinta del propio Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-96/16 y

C-94/17), que parece (solo lo parece) declarar la conformidad a la normativa europea de la interpretación seguida por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, no cabe duda de que la sentencia de 7 de agosto de 2018; ante la cuestión de *“si la Directiva 93/13 (...) se opone a una jurisprudencia (...) según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula (...) de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato”* (apartado 72); concluye que *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato”*.

No obstante lo anterior, la misma sentencia contiene pronunciamientos que permiten sostener; primero, que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo no habría sido entendida correctamente en la alta instancia comunitaria; y segundo, que dicha línea jurisprudencial infringiría lo expuesto por el Tribunal de Justicia, tanto en las sentencias de la Gran Sala de 21 de diciembre de 2016 y 26 de marzo de 2019, como en la propia sentencia de 7 de agosto de 2018; a saber:

En primer lugar, la sentencia reitera una vez más (apartado 73), que *“el juez nacional que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado únicamente a dejarla sin aplicación para que no surta efectos vinculantes frente al consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido”*, esto es, debe limitarse a *“la supresión de la cláusula”* (en su totalidad), sin poder mantener la vigencia de aquella parte de la misma que, analizada aislada o separadamente, no sería susceptible de ser declarada abusiva.

En segundo lugar, la sentencia (apartados 75 y 76) expone de forma tajante que *“la Directiva 93/13 no exige que el juez nacional deje sin aplicación, además de la cláusula declarada abusiva, aquellas cláusulas que no han sido calificadas como tales”*. Y ello en la medida en que; primero, *“el objetivo perseguido”* se consigue *“dejando sin aplicación las cláusulas consideradas abusivas y manteniendo (...) la validez de las restantes cláusulas del contrato”*; y segundo, que *“de la Directiva 93/13 no se desprende que dejar sin aplicar o anular la cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora a causa del carácter abusivo de la misma deba acarrear también la no aplicación o anulación de la cláusula del mismo contrato que establezca el tipo de interés remuneratorio, máxime cuando es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas”*.

Y en tercer lugar, la sentencia parte (como criterio rector de su resolución) de la premisa de que, en el derecho español, *“la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo”*.

mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago”; mientras que, “En cambio, la función del interés remuneratorio consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma” (la resolución expone en su apartado 76 que así se extrae de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo - asunto C94/17-) Partiendo de lo expuesto, el Tribunal de Justicia ha enfocado la resolución de la cuestión sobre la base de entender; primero, que existe una clara distinción entre los intereses remuneratorios (que retribuyen la contraprestación del prestamista) y los moratorios (que no remuneran, sino que se limitan a “disuadir” y, en su caso, “sancionar” al prestatario incumplidor e “indemnizar” al prestamista por los perjuicios derivados del incumplimiento); y segundo, que estas dos modalidades de intereses se encuentran contenidas en cláusulas contractuales distintas (por eso habla de mantener “la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios” – apartado 78 -, así como de que “es preciso distinguir claramente entre ambas cláusulas” – apartado 76 -). Todo ello para concluir que la nulidad de la cláusula que estipula los intereses moratorios debe implicar integra inaplicación de la misma, sin afectar, obviamente, a la validez de la cláusula (distinta) que establece el “precio” que el prestatario debe abonar al prestamista por la concesión del capital y los plazos fraccionados para su devolución.

Sin embargo (como ya se ha expuesto), la clave de arco de la interpretación seguida por el Tribunal Supremo parte de una premisa distinta, cual es que los intereses moratorios tienen también por objeto (en parte) “seguir remunerando” al prestamista por la tenencia del capital mientras se mantenga la situación de mora solvendi y que, por ello, la declaración de abusividad de la cláusula que estipula este tipo de intereses no implica que la misma deje de aplicarse en su totalidad (“pura y simplemente”), sino que la cláusula en cuestión siga aplicándose (incluso en perjuicio del consumidor), pero sustituyéndose su contenido por el tipo nominal previsto en la cláusula que regula los intereses remuneratorios (cláusula que, primero, ya no resulta de aplicación en relación a aquellas cantidades respecto de las que el prestatario, vencido el plazo establecido para su devolución, se encuentra en situación de mora solvendi, y segundo, ni es ni ha sido objeto de declaración de abusividad) lo que, al menos aparentemente, se opondría a la doctrina sentada (y ampliamente expuesta) por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por tanto, sería defendible la inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expuesta.

Baste citar, a estos efectos, la sentencia de 4 de diciembre de 2018 de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-378/17), a cuyo tenor: “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la primacía del Derecho de la Unión exige que los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el ámbito

de sus respectivas competencias, las disposiciones del Derecho de la Unión tengan la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, si es necesario dejando sin aplicar, en el ejercicio de su propia competencia, cualquier disposición nacional contraria, sin instar su eliminación previa por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional y sin esperar a que se lleve a cabo tal eliminación (véase, en este sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, apartados 17, 21 y 24, y de 6 de marzo de 2018, SEGR0 y Horváth, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157, apartado 46 y jurisprudencia citada)”.

VII. Otra lectura posible

Si se descarta el efecto que el Tribunal Supremo aplica a la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios (el devengo de intereses remuneratorios con base en la cláusula que estipula los intereses moratorios), procede analizar cuál sea el efecto que deba anudarse a dicha declaración, pudiendo concluirse (sobre la base de las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 y 7 de agosto de 2018, así como del auto de 11 de junio de 2015) que el mismo será, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, el devengo del interés legal del dinero desde el momento en que, conforme al artículo 1100 del citado cuerpo legal, surgió la situación de *mora solvendi*.

Efectivamente, no puede obviarse la prolija existencia de pronunciamientos jurisprudenciales (emanados del propio Tribunal Supremo en doctrina consolidada con carácter previo a la sentada a raíz de la ya citada sentencia de pleno de 22 de abril de 2015) que sostienen que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil implicaría una integración del contrato que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Sin embargo, debe partirse de que lo que prohíbe el Tribunal de Justicia (incluso en la propia sentencia de 7 de agosto de 2018) es el “*mantenimiento*” de la vigencia de una cláusula abusiva sustituyendo su contenido por el propio de “una disposición supletoria de Derecho nacional” (salvo en los “*supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización*”); pero no la aplicación de los efectos que el derecho nacional (en su soberanía) anuda o impone, “*ope legis*”, a una determinada realidad fáctica (el retraso del deudor en el pago puntual a su acreedor de una

obligación pecuniaria líquida, vencida y exigible) respecto de la que no existe una previsión contractual (porque la cláusula que “*regulaba*” en el contrato dicho supuesto de hecho ha sido “*expulsada originariamente*” del mismo por considerarse abusiva).

En este sentido, la ya citada sentencia de 21 de diciembre de 2016 es meridianamente clara: “*la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*” (apartado nº 61). De este modo, la “*situación de hecho*” a reponer sería que el consumidor ha incumplido la obligación de pago de una cantidad de dinero en el plazo contractualmente estipulado, mientras que la situación “*de Derecho*” consistiría en que; primero, el mismo habría incurrido en mora solvendi (artículo 1100 del Código Civil); y segundo, que, por tanto, no existiendo ninguna estipulación contractual que regule los efectos de dicha situación fáctica (“*situación de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido*” la cláusula que ha sido declarada abusiva), el consumidor viene obligado a abonar; “*como indemnización de daños y perjuicios*” y por imperativo legal (no por una práctica empresarial abusiva); “*el interés legal*” del dinero (artículo 1108 del Código Civil).

En apoyo de lo expuesto también debe traerse a colación lo dispuesto en el apartado 43 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, a cuyo tenor: “*Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”, se encuentran excluidas “*del ámbito de aplicación de esta Directiva (...) las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las partes contratantes, tanto si son normas imperativas como si se trata de normas dispositivas, es decir, de normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa*”. Y ello “*por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar*”. Por tanto; dada la situación de mora solvendi en que se encuentra el prestatario (que no se deriva del contrato y sus cláusulas, sino de la legislación nacional imperativa - artículo 1100 del Código Civil -, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva); y dada la ausencia de previsión de las partes en relación a que efectos deben aplicarse a dicha situación (la cláusula que preveía dichos efectos debe ser “*pura y simplemente*” inaplicada, como si nunca hubiera existido); debe acudir a las disposiciones normativas del Estado para el caso de no haberse dispuesto otra cosa por las partes del contrato, esto es, al artículo 1108 del Código Civil.

Finalmente, debe hacerse constar que la adecuación al derecho comunitario de esta solución ha sido expresamente declarada (aunque se trate de una resolución no muy afortunada en su redacción y en su sentido didáctico) por la Sala Sexta del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su ya citado auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), en el que; resolviendo una cuestión formulada por un tribunal

español sobre si es conforme al derecho de la unión la aplicación (precisamente) del artículo 1108 del Código Civil en los casos en los que se declare la abusividad de la cláusula de intereses moratorios; se establece (en lo que aquí nos interesa): *“que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas (...)*

Una vez recordados estos principios, debe señalarse que (...) el artículo 1108 del Código Civil dispone que, si el deudor incurre en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá, a falta de intereses convenidos, en el pago del interés legal del dinero. Así pues (...) el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios... En este sentido ha de recordarse, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicarlas disposiciones del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 38).

Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales”.

Con base a lo expuesto, parece existir base normativa y jurisprudencial para concluir que la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios, al suponer (únicamente) que el consumidor queda en la situación de derecho equivalente a la de no existir pacto de intereses moratorios en el contrato (ni haber existido nunca), implicaría la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, debiendo aplicarse a la cantidad adeudada el interés legal del dinero desde la constitución del consumidor en situación de mora solvendi.

DEL BENEFICIO AL DERECHO: La nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho sometida al examen del tribunal de justicia de la unión europea.

FROM BENEFIT TO RIGHT: The new regulation of the exemption of dissatisfied liabilities submitted to the examination of the court of justice of the european union.

Gustavo Andrés Martín Martín.

Magistrado-Juez. Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, de Marca de la Unión Europea de España. Tribunal de Primera Instancia de Marca de la Unión Europea. Doctor Internacional en Derecho.

RESUMEN:

La entrada en vigor de las modificaciones operadas por Ley 16/2022 de 5 de septiembre ha traído consigo varias cuestiones prejudiciales que plantean al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la opción del legislador nacional es realmente compatible con el Derecho de la Unión europea. Se sigue así la senda de las cuestiones prejudiciales de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante que, sobre la base de la anterior normativa aprobada durante el plazo de transposición había planteado si la norma adoptada durante el periodo de transposición podría poner en grave riesgo el fin previsto por la norma comunitaria.

ABSTRACT:

The entry into force of the modifications operated by the law 16/2022 september 5th, has brought several preliminary questions, that raise to the court of justice of the european union if the option of the national legislator is really compatible with the law of the european union. We follow the section 8ª preliminary questions of the provincial court of alicante, which on the basis of the previous regulation, approved during the transposition period, had raised whether the rule adopted during that period, could put into serious risk the purpose provided by the community law

PALABRAS CLAVE:

Derecho de la Unión Europea; cuestión prejudicial; crédito público; exoneración de pasivo.

KEYWORDS:

European union law, preliminary question, public credit, exemption of liabilities.

1. Contexto.

El mecanismo de segunda oportunidad implica un cambio profundo y radical respecto de un sistema inspirado en el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC¹.

La Directiva 2019/1023 entró en vigor el 16 de julio de 2019 y los Estados miembros tenían que transponerla, con carácter general, antes del 17 de julio de 2021, sin perjuicio de que los Estados miembros podían solicitar una prórroga del plazo de trasposición de un año más. Dicha prórroga fue solicitada por el Reino de España que, por tanto, tenía que transponer la Directiva (UE) 2019/1023 antes del 17 de julio de 2022. Finalmente, la trasposición se llevó a cabo por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, que entró en vigor el 26 de septiembre. El 25 de abril de 2023 se acordaba por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante (AJM Alicante sección 1 del 25 de abril de 2023 (ROJ: AJM A 133/2023 -ECLI:ES:JMA:2023:133A) la remisión de una amplia cuestión prejudicial al tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la exoneración del pasivo y la nueva regulación introducida en la normativa concursal por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

Por su parte, el juzgado de lo mercantil número 10 de Barcelona ha planteado igualmente una nueva cuestión prejudicial mediante auto de 2 de mayo de 2023 (ECLI:ES:JMB:2023:146A).

A nadie le debe de extrañar. No se trata de una especial guerra contra el Reino de España por parte de los jueces de lo mercantil. Se trata, simplemente, de intentar determinar cuál es la correcta interpretación de la norma europea y, en consecuencia,

¹ En la evolución, nos encontramos en el estadio antagónico al sistema ideado por el Derecho romano originario en el que el deudor respondía no solo con su patrimonio sino con su propia vida y libertad del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. La ejecución del derecho de crédito en el caso de insolvencia del deudor se encontraba detalladamente regulada en las XII Tablas. La tabla III dotó de fuerte seguridad jurídica al mercado al permitir que los deudores pudieran conocer las consecuencias de sus actos. El impago era castigado, en último término, con la ejecución material del deudor o con la venta transiber, la forma romana de la venta de la unidad productiva, con el fin de poder recuperar así lo debido. En el caso de que fueran varios los acreedores, transcurridos los plazos establecidos y siendo definitivo el impago, se podrían cortar al deudor en tantas partes como acreedores, no obstante establecer que en el corte de las partes más o menos grandes, no debería haber fraude en ello. Es cierto, con todo, que Aulio Gelio limitaba ya al plano teórico la facultad de despedazar al deudor, dado que no se conoce ningún caso en el que se llegara a hacer efectivo este castigo. La ejecución personal del deudor era ineficiente en términos económicos. Ejecutado el mismo, el impago no solo era definitivo sino irremediable. Desde una perspectiva económica, la venta transiber era lo más beneficioso para los acreedores que, de esta forma, podrían recuperar parte de la deuda. Por otra parte, la existencia de un mercado de esclavos más o menos importante, conllevaba la existencia de un mercado de liquidación de activos bastante eficiente, que permitía obtener un precio de mercado razonable en atención a las circunstancias del deudor. Véase, La Ley de las Doce Tablas. Texto y Notas de Mario A. Mojer. Universidad Nacional de la Plata. Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en file:///C:/Users/53166431e/Downloads/Ley%20de%20las%20Doce%20Tablas%20(2).pd

determinar la compatibilidad de la norma comunitaria con aquella. La cuestión no ha podido sorprender a nadie dado que, durante los años que ha durado la trasposición de la Directiva, los jueces de lo mercantil habíamos venido advirtiendo de las dudas que, ya las proposiciones normativas que se iban conociendo, nos planteaban.

No debemos olvidar que la exoneración del pasivo insatisfecho no es una institución baladí. Como institución reconoce el derecho a un *fresh start*, derecho que ha sido reconocido hace mucho tiempo en el sistema norteamericano y que, en cierto sentido, determina también la competitividad de aquel mercado. El derecho a la exoneración es uno de los pilares de la regulación europea. No en vano, la Directiva (UE) 2019/1023 lleva por nombre “sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y *exoneración de deudas*”. La exoneración de deudas se convierte así en un verdadero derecho de origen europeo que integra el patrimonio de los empresarios y que debe ser respetado por los ordenamientos jurídicos nacionales. Es cierto, con todo, que la directiva dejaba un amplio margen de trasposición a los Estados miembros. En este sentido, podría parecer que los Estados miembros tienen libertad prácticamente absoluta de transposición.

No es esta la posición del auto del Juzgado de lo Mercantil número1 de Alicante, del 25 de abril de 2023. De existir libertad prácticamente absoluta se puede comprometer gravemente el fin perseguido por el legislador europeo, algo que, por cierto, ya había sido objeto de planteamiento con anterioridad por la sección 8 de la Audiencia Provincial de Alicante con cita de la importante sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C 129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région wallonne de 18 de diciembre de 1997*². La cuestión tiene relevancia constitucional dado que el derecho a la exoneración de pasivo ha de vincularse necesariamente a los artículos 15 y 16 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En definitiva, el derecho a la exoneración tendría un contenido esencial que no es libremente disponible por los Estados miembros. Al mismo tiempo, el legislador nacional no puede reformar *in peius*, esto es, restringiendo sustancialmente el acceso y alcance de la exoneración respecto de la normativa anterior cuando en el derecho nacional ya recogía esta regulación.

2. La exoneración del pasivo insatisfecho y la lucha por el mercado global.

No excepcionar el artículo 1911 del Código Civil (principio de responsabilidad patrimonial universal) supone alimentar el crédito irresponsable, abocar a la economía

²Asunto C 129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région wallonne de 18 de diciembre de 1997* (ECLI:EU:C:1997:628 ap. 50)

sumergida, y generar altas tasas de desempleo aumentando el déficit público³. Ello supone que el tejido empresarial se esclerotice al sacrificar la flexibilidad necesaria para recuperarse con rapidez tras las crisis económicas en pos de una expectativa generalmente irreal de cobro de los créditos que han llevado al deudor a la insolvencia.

La existencia de mecanismos de segunda oportunidad verdaderamente efectivos lo que pretenden es evitar la muerte civil del deudor. En definitiva, todo empresario tiene derecho a equivocarse y a una segunda oportunidad, especialmente, cuando la situación de insolvencia, no se produce realmente por un factor endógeno al modelo de negocio sino exógeno (crisis económicas).

En definitiva, la disputa se suscita en un momento histórico de una trascendencia inusitada para el futuro de Europa. La Unión Europea se encuentra en estos momentos intentando determinar cuál es su posición en el mercado global en lucha directa con Estados Unidos, China y Rusia. En este contexto, la configuración de un mercado único verdaderamente competitivo resulta tangencial para cualquier aspiración europea. Y la exoneración del pasivo ha sido identificada por el legislador de la Unión Europea como un elemento esencial para la competitividad del mercado europeo.

3. El auto de 25 de abril de 2023 ((AJM Alicante sección 1 del 25 de abril de 2023 (ROJ: AJM A 133/2023 - ECLI:ES:JMA:2023:133A)).

El auto plantea interrogantes tanto sobre el artículo 487 TRLC como sobre el artículo 489 TRLC a través de 10 cuestiones formuladas (cinco referentes a cada artículo). El auto plantea las principales dudas de compatibilidad que el caso presenta con la normativa europea ofreciendo una posible respuesta lo que facilita la comprensión de las dudas que, para el magistrado, propone la regulación llevada a cabo por el legislador español.

Las dudas afectan, en definitiva, tanto al acceso a la exoneración como al alcance de la exoneración.

4. El caso.

El deudor A solicitó la declaración de concurso de acreedores en fecha 7 de julio de 2022 Al tiempo de solicitud del concurso de acreedores, el deudor declaró deudas por valor de 537.787,69€. En fecha, 28 de septiembre de 2022 se solicitó la exoneración de pasivo insatisfecho. La AEAT se opone a la concesión de la exoneración por la existencia de una deuda tributaria que, en un 90%, responde a una derivación de responsabilidad al amparo del 43.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General

³ CUENA CASAS, Matilde y FERNANDEZ SEIJO, Jose María. La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física. Aranzadi. 2023.

Tributaria, contra el deudor A por liquidaciones y autoliquidaciones no abonadas de una sociedad limitada de la que era administrador en el año 2010. La sociedad limitada se dedicaba a la construcción.

5. La derivación de responsabilidad.

En el presente caso nos encontramos con una derivación de responsabilidad subsidiaria realizada al amparo del 43.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria- La jurisprudencia ha señalado que la imputación de responsabilidad en el caso de una derivación de responsabilidad “es consecuencia de los deberes normales en un gestor, siendo suficiente la concurrencia de la mera negligencia⁴” y que el instituto de la derivación tiene una finalidad “*meramente recaudatoria*⁵”. Por todo ello, se suscitan serias dudas de que una deuda de tal tipo pueda configurarse como una circunstancia objetiva que delimita el carácter deshonesto del deudor.

Especialmente en un caso en el que el concurso ha sido declarado fortuito.

6. Dudas sobre el acceso a la exoneración: la buena fe del deudor.

Las cinco primeras preguntas que se formulan al Tribunal de Justicia tienen que ver con el concepto de buena fe del deudor o, mejor dicho con la forma en la que el legislador español ha decidido identificar a los deudores deshonestos, dado que la buena fe parece presumirse, aunque ello genere un equívoco normativo de proporciones siderales que, a nivel judicial, está llevando al absurdo⁶. Con todo, el peligro del sistema normativo empleado por el legislador radica en que, bajo la excusa de evitar *a patrones de conducta vagos o sin suficiente concreción o cuya prueba imponga una carga diabólica al deudor*⁷, se busque limitar la capacidad judicial de valorar

4 STS, Contencioso sección 2 del 18 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4973/2015 -ECLI:ES:TS:2015:4973 – y la STS, Contencioso sección 2 del 09 de abril de 2015 (ROJ: STS 1491/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1491

5 5.6. SAP, Barcelona, Civil sección 1 del 10 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP CC 1239/2020 - ECLI:ES:APCC:2020:1239), SAP, Barcelona, Civil sección 15 del 28 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 8676/2022 - ECLI:ES:APB:2022:8676; SAP, Sevilla, Civil sección 5 del 21 de julio de 2021 (ROJ: SAP SE 2368/2021 -ECLI:ES:APSE:2021:2368, SAP, Cáceres, Civil sección 1 del 10 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP CC 1239/2020 - ECLI:ES:APCC:2020:1239).

6 La presunción de buena fe en un sistema de buena fe normativa que establece conductas objetivas que delimitan en qué casos el deudor no va a poder acceder a la exoneración es simplemente absurda si ello revela de la carga de la prueba al deudor. El ejemplo lo tenemos con la inexistencia de antecedentes penales. Tal circunstancia es fácilmente (extraordinariamente) por el deudor que puede acompañar un certificado de antecedentes a la solicitud de exoneración. El hecho de que los juzgados la requieran de oficio no es más que la muestra de que la presunción no existe (puesto que entonces la carga de la prueba le corresponde a los acreedores, pero no al juzgado que no es parte alguna y, por tanto, no le afectan las reglas de carga de la prueba). Por otra parte, tanto la legislación europea como nacional ponen el acento en que la prueba de la buena fe por parte del deudor no debe ser diabólica o desproporcionada. En modo alguno se opone la regulación comunitaria a que el deudor tenga que acreditar mínimamente su buena fe o, en un sistema principalmente normativo, a que tenga que presentar ciertos documentos, como sería un certificado de antecedentes penales, para acreditar que no se encuentra, prima facie, en un supuesto de exclusión.

7 Exposición de motivos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (ap. IV)

la buena fe del deudor. Y ello cuando se introducen excepciones cuya inclusión es seriamente discutible dado que parece que la mismas están guiadas por fines que nada tienen que con la mala fe en el endeudamiento o el carácter deshonesto, sino con finalidades puramente recaudatorias.

En definitiva lo que está en juego es el control mismo del Derecho de Insolvencia.

Por otra parte, la transposición implica una importante paradoja. La exoneración de pasivo existía ya con anterioridad a la transposición de la directiva. El acceso a la exoneración se delimitaba sobre la base de la identificación de un deudor de buena fe.

Sin embargo, tal identificación pivotaba sobre dos elementos: a) la no calificación culpable; b) la inexistencia de antecedentes penales en un ámbito delimitado. La reforma, al establecer nuevas circunstancias de mala fe ha restringido sustancialmente el acceso de forma que la reforma ha situado al deudor español en una posición peor que antes de la transposición de la Directiva. Tal operación se realiza, además de forma ciertamente controvertida, en la medida en que el legislador nacional no ha justificado la razón de tales inclusiones.

7. El alcance de la exoneración y su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

El segundo bloque de preguntas se dirige a determinar si la regla de no exoneración de crédito público es compatible con el derecho de la Unión. Como punto de partida el auto de 25 de abril de 2023 toma el contexto internacional. Tanto el FMI como el Banco Mundial se muestran poco favorables a una regla de no exoneración con carácter general del crédito público⁸. A nivel internacional, las corrientes actuales parecen llevar a que el crédito público debe situarse al mismo nivel que el resto de acreedores sin que existan razones objetivas, más allá de algún caso concreto, que justifiquen tal protección con carácter general⁹. La protección absoluta del crédito público puede generar incentivos negativos para la economía toda vez que, si la no exoneración favorece el crédito irresponsable, no hay motivo alguno por el que pensar que en el caso de que el acreedor sea el Estado, no sucederá así también. En

⁸ CUENA CASAS, Matilde. la exoneración del pasivo insatisfecho en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*, N° 4, 2021, págs. 37-78, con cita del WORLD BANK: “Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”. World Bank, Washington, DC. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606>. CUENA CASAS, Matilde y FERNANDEZ SEIJO, José María. La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física. Aranzadi. 2023. Puede verse también, LADO CASTRORIAL, Cayetana. El crédito público en la ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R)*. Extra 7, 2022, págs. 173-2011

⁹ Es el caso de las sanciones administrativas muy graves, supuesto de deuda no exonerable tampoco en Alemania y que nuestro legislador ha introducido en el apartado 6º del 489.1 TRLC. Llama la atención que el legislador la introduzca en un supuesto a parte, a diferencia del apartado 5º. Quizás la razón de ello es que se pretende que se

este sentido, el derecho de insolvencia y, en particular, del derecho a la exoneración como elemento disciplinador de mercado, alcanza su máxima potencia.

El legislador nacional decidió establecer una complicada regla de no exoneración absoluta sin perjuicio de que existen ciertos límites de exonerabilidad¹⁰. La norma tuvo que ser completada por la Disposición Adicional Primera para extender la referencia a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a las Haciendas Forales de los territorios forales, lo que deja fuera de la exonerabilidad a cualquier otro crédito público. El límite de cinco mil euros se ha calificado como arbitrario y, ciertamente, exonerar sin tener en cuenta la magnitud de la deuda, no parece justificado. Pensemos en el caso concreto. La deuda pública alcanza los 127.170,56€ euros. Una exoneración de tan solo cinco mil euros no parece que tenga efecto real alguno sobre el deudor.

8. Reflexión final.

La exoneración del pasivo ha venido para quedarse. Es normal que en los primeros impases de una normativa que revoluciona nuestro sistema tradicional de responsabilidad por deudas se produzcan situaciones indeseadas. A fin de cuentas, aunque la primera regulación del derecho en nuestro ordenamiento es anterior a la Directiva, lo cierto es que se retrotrae a 2014. Por tanto, no tiene más de diez años. La extensión de la protección a los consumidores, a pesar de ser querida por el legislador europeo y racional desde una perspectiva exclusivamente empresarial por las dudas que pueden surgir sobre la naturaleza del pasivo en determinadas ocasiones¹¹, pueda resultar controvertida. Pero el mercado está cambiando, y el derecho a la exoneración supone un elemento más que disciplina ese mercado. La competitividad del mercado único está en juego y, para ello, es necesario que los empresarios puedan beneficiarse de mecanismos de segunda oportunidad verdaderamente efectivos sin que sea admisible que la economía sumergida se convierta en un refugio habitual ante el fracaso empresarial. En un país como España, con altas tasas históricas de desempleo, tal admonición debería no caer en saco roto. Al mismo tiempo, ello sucede en un momento histórico trascendental para la Unión Europea en el que está en juego la lucha por la hegemonía mundial. Garantizar normas uniformes en toda la Unión pero, sobre todo, el respeto del contenido esencial del derecho a la exoneración, parece necesario y oportuno. La cuestión prejudicial solicita la

¹⁰ Establece el artículo 489.1 TRLC en el ordinal quinto: Las deudas por créditos de Derecho público. No obstante, las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor; para los primeros cinco mil euros de deuda la exoneración será íntegra, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo indicado. Asimismo, las deudas por créditos en seguridad social podrán exonerarse por el mismo importe y en las mismas condiciones. El importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad

¹¹ Puede verse el paradigmático caso del techador austriaco de una granja de cerdos. Asunto C-464/01 Johann Gruber contra Bay Wa AG (ECLI:EU:C:2005:32).

interpretación del Derecho de la Unión Europea para poder testar el margen de libertad que los Estados miembros tienen en la transposición del citado derecho y, de esta forma, permitir que se fijen los parámetros de competitividad europeos que se consideren correctos. El Tribunal de Justicia tendrá la última palabra.

JURISPRUDENCIA

Asunto C-464/01 Johann Gruber contra Bay Wa AG (ECLI:EU:C:2005:32).
STS, Civil, de 2 de julio de 2019 (-ROJ: STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253-).
STS, Contencioso sección 2 del 18 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4973/2015 -ECLI:ES:TS:2015:4973).
STS, Contencioso sección 2 del 09 de abril de 2015 (ROJ: STS 1491/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1491).
SAP, Barcelona, Civil sección 1 del 10 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP CC 1239/2020 - ECLI:ES:APCC:2020:1239).
SAP, Barcelona, Civil sección 15 del 28 de julio de 2022 (ROJ: SAP B 8676/2022 - ECLI:ES:APB:2022:8676).
SAP, Sevilla, Civil sección 5 del 21 de julio de 2021 (ROJ: SAP SE 2368/2021 -ECLI:ES:APSE:2021:2368).
SAP, Cáceres, Civil sección 1 del 10 de diciembre de 2020 (ROJ: SAP CC 1239/2020 - ECLI:ES:APCC:2020:1239)

BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, Matilde y FERNANDEZ SEIJO, José María. La exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores de persona física. Aranzadi. 2023.
Puede verse también, LADO CASTRO-RIAL, Cayetana. El crédito público en la ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. Revista General de Insolvencias &Reestructuraciones: Journal of Insolvency &Restructuring (I&R). Extra 7, 2022, págs. 173-2011.
CUENA CASAS, Matilde. la exoneración del pasivo insatisfecho en el anteproyecto de reforma del texto refundido de la ley concursal. Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R) , Nº. 4, 2021, págs. 37-78
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/econ/avis/2017/608079/ECON_AD\(2017\)608079_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/econ/avis/2017/608079/ECON_AD(2017)608079_ES.pdf) (último acceso: 5/6/2023)
WORLD BANK: “Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. 2014. Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”. World Bank, Washington, DC.
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606> (último acceso: 5/6/2023)

A VUELTAS CON LA NEGOCIACIÓN PREVIA COMO PRESUPUESTO PROCESAL PARA LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA CIVIL.

GOING BACK TO PRELIMINARY NEGOTIATION AS A PROCEDURAL REQUIREMENT FOR THE ADMISSION OF CIVIL LAWSUITS.

José Arsuaga Cortázar.
Presidente de la Audiencia Provincial de Cantabria.

INTRODUCCIÓN.

I. LA IMPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

1. El requisito de procedibilidad.
2. Fundamento.
3. Tipificación de los medios adecuados de negociación.
4. Valoración.

II. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN.

1. Asistencia letrada y honorarios.
2. Prueba de la negociación.
3. Efectos procesales y materiales. Subsanción.

III. CONFIDENCIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN.

RESUMEN:

La necesidad de impulsar la negociación previa como presupuesto y condición para el inicio del proceso civil se refleja en iniciativas legislativas recientes que buscan potenciar una cultura del acuerdo y lograr un servicio público de justicia sostenible. Del propósito inicial de exigir la mediación mediante su imposición para determinadas materias se ha pasado a otro en el que se amplía el abanico de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) y se restringen los supuestos excluidos del requisito de la negociación previa. El comentario pretende de forma sintética incidir en sus aspectos más significativos con fundamento en la experiencia –sin evitar la crítica–, las aportaciones doctrinales y su tramitación legislativa.

ABSTRACT:

The need to promote preliminary negotiation as a prerequisite and condition for the initiation of civil proceedings is reflected in recent legislative initiatives aimed at fostering a culture of agreement and achieving a sustainable public service of

justice. From the initial purpose of requiring mediation through imposition for certain matters, there has been a shift to an approach that broadens the range of alternative dispute resolutions (ADR) while restricting the cases exempt from the requirement of preliminary negotiation. This commentary aims to succinctly focus on its most significant aspects based on experience –without avoiding criticism – doctrinal contributions, and its legislative process, which on the basis of the previous regulation, approved during the transposition period, had raised whether the rule adopted during that period, could put into serious risk the purpose provided by the community law.

PALABRAS CLAVE:

Proceso, alternativa, imposición, abuso, sostenibilidad

KEYWORDS:

Process, alternative, imposición, abuse, sustainability

INTRODUCCIÓN

La preocupación por contener y, en cierto modo, mitigar los altos niveles de litigiosidad –por lo que ahora nos importa, en el orden jurisdiccional civil- existentes en España ha ocupado la labor del prelegislador en los últimos tiempos.

Aunque no se haya conseguido fraguar una reforma procesal en línea con tal impulso, no puede desdeñarse su propósito. Intención en buena medida provocada por la necesidad de promocionar una “cultura del acuerdo” que no acaba de posar, pero sobre todo por la consolidación de una litigación en masa –con razón en las controversias relativas a la prestación de servicios bancarios y financieros- que hace peligrar una respuesta judicial adecuada en tiempo y calidad y un servicio público de justicia sostenible.

En esta línea, con el impulso de los medios adecuados o alternativos de solución de los conflictos o de las controversias se busca que la concordia presida la posición de las partes antes del proceso judicial.

No es ajeno a esta intención el propio Código Deontológico de la Abogacía Española que en su preámbulo señala que “*La función de concordia, característica de la actuación profesional, impone la obligación de procurar el arreglo entre las partes y exige que la información o el asesoramiento que se preste no sea tendencioso ni invite al conflicto o litigio*”.

El Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (en adelante, ALIM) de enero de 2019 recordaba en su Exposición de Motivos que el legislador a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, apostó por proporcionar a los ciudadanos un mecanismo alternativo a la jurisdicción para solucionar sus contiendas. Y expresamente indicaba que la mediación actuaría así como *“expectativa coadyuvante para reducir los altos niveles de litigiosidad que actualmente España ostenta contribuyendo a concebir los órganos de la Administración de Justicia como un recurso subsidiario para la resolución de conflictos”*.

El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (en adelante, PLMEP), aprobado por el Consejo de Ministros y publicado en el BOCG de 22 de abril de 2022, optaba decididamente por impulsar los medios adecuados de solución de controversias (en adelante, MASC) como medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de justicia sostenible. Y digo optaba porque su tramitación parlamentaria, superado ya el plazo de presentación de enmiendas en el Congreso, ha decaído por razón del Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones.

Se afirmaba en su Exposición de Motivos que *“(...) se cumple con la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o a través de tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil”*.

Las leyes de procedimiento siguen reconociendo la actividad conciliadora de los tribunales en diversos momentos del procedimiento, bien en las comparecencias y vistas, o en la audiencia previa del juicio ordinario.

Pero lo que llama más la atención es que en los dos textos prelegislativos señalados se invierte la tradicional mirada a los medios alternativos como métodos voluntarios de alcanzar un acuerdo por su imposición como presupuesto de admisión o requisito de procedibilidad para el inicio del proceso civil.

El ALIM, en su Exposición de motivos, lo explicaba señalando que desde la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, no se había conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación, por lo que asumiendo que España era ajena todavía a una cultura de búsqueda de un acuerdo a través de la mediación, se consideraba que podría experimentar un aumento a través del impulso de medidas legislativas procesales como su imposición en determinadas materias –aunque sin

obligación de someterse a todo un proceso de mediación o consensuar un acuerdo, mediante la práctica de una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto- bajo el principio de la obligatoriedad mitigada.

Bajo la razón del mismo principio, pero con más ambición, el PLMEP imponía con carácter general el intento de negociación previa como requisito de procedibilidad para la admisión de las demandas. Pero no solo eso.

A esa imposición, a esa obligatoriedad, siquiera mínimamente diluida, se une una íntima relación entre su utilización y el régimen de imposición y tasación de las costas procesales, de un lado, y la incorporación, del otro, de una nueva noción: el abuso del servicio público de Justicia. Se erige así como una excepción al principio general del vencimiento objetivo en materia de costas procesales e informador de los criterios para su imposición, compatible por concomitante –según se afirma en la Exposición de motivos- con otros ya existentes como la temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal.

Por un lado, se indica que *“(...)los tribunales puedan valorar la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y el posible abuso del servicio público de Justicia, regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición (...)”*.

Por otro, se ejemplifica la noción del abuso del servicio público de Justicia *“(...) en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía”*.

I. LA IMPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COMO PRESUPUESTO PROCESAL.

1. El requisito de procedibilidad.

Si el ALIM se centraba en la mediación como único medio de solución alternativo al judicial, el punto de partida del PLMEP era una concepción abierta (art. 1) de los medios adecuados de solución de controversias (en adelante, MASC como *“cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras leyes¹, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral”*. Concepción

¹ Porque existen MASC con regulación ajena específica.

abierta, en todo caso, que no significa un “*numerus apertus*”, porque los medios de negociación tenían que estar previstos en la ley.

El ámbito de aplicación del PLMEC era mucho más ambicioso que la propuesta previa contenida en el ALIM sobre la exigencia de iniciar un proceso de mediación –con la justificación de la celebración de una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto, aunque pudieran realizarse en un solo acto– para que pudiera ser admitida una demanda civil.

El ALIM limitaba la imposición de la mediación, como presupuesto procesal, a unos determinados –aunque numerosos– casos: a) Medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad. b) Responsabilidad por negligencia profesional. c) Sucesiones. d) División judicial de patrimonios. e) Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles. f) Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación. g) Alimentos entre parientes. h) Propiedad horizontal y comunidades de bienes. i) Derechos reales sobre cosa ajena. j) Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual. k) Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo. l) Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra. m) Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen. n) Procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

El PLMEC se proyectaba a los asuntos civiles y mercantiles, con exclusión de las materias laboral, penal y concursal y los asuntos en que una parte –en cualquier orden jurisdiccional– sea una entidad del sector público, aunque no podrían someterse a negociación “*los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de la partes*”, o sobre “*alguna de las materias excluidas de la mediación*” (art. 87. 2 y 3 ter LOPJ), pero lo relevante es que imponía como presupuesto de admisión de la demanda, con carácter general, acudir previamente a un intento de negociación, a la utilización de un MASC de los previstos en su art. 1.

La excepción –no se exigía el requisito de procedibilidad– sería para unos concretos y determinados procedimientos, razón por la que la obligatoriedad de cumplir con el presupuesto procesal se imponía con carácter muy general. Los procedimientos eran los siguientes:

- a) para la tutela judicial civil de derechos fundamentales;
- b) para la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil;
- c) en solicitud de autorización para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil;
- d) de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute;
- e) en pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; e ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, de entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores ni de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.
- f) la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria.

Además, se fijaba inicialmente la necesidad de mantener una homogeneidad sustancial –identidad- entre el objeto de la negociación y del litigio, aunque las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar². Lo relevante, por tanto, eran los hechos, no los fundamentos de derecho, los que debían ser apreciados al controlar el cumplimiento de la identidad entre el proceso de negociación y el proceso judicial. La identidad solo podía ser sustancial, como un supuesto en que concorra suficiente homogeneidad, para que con carácter amplio en la interpretación pueda ser entendido el presupuesto procesal de iniciación. Se cuestionaba inevitablemente la respuesta oportuna cuando entre la negociación y el proceso contencioso surgiera la necesidad de ampliar el objeto inicial con elementos no negociados previamente, bien por ampliación de la demanda, formulación de reconvención, intervención de un tercero, etc.

2. Fundamento.

El TJUE se ha pronunciado sobre la obligatoriedad en sus sentencias de 18 de marzo de 2010, C-317/08, 318/08 y 320/08, asunto Rosalba Alassini (ECLI:EU:C:2010:146), y de 14 de junio de 2017, C-75/16, asunto Livio Menina (ECLI:EU:C:2017:457). Razona que

² 2 En caso de que todas las partes planteen acudir a un MASC y no existiera acuerdo sobre cuál de ellos utilizar se empleará aquel que se haya propuesto antes temporalmente

los derechos fundamentales admiten restricciones cuando respondan a objetivos de interés general perseguidos por la medida –y lo son la resolución más rápida y menos costosa de los litigios y la disminución de la carga de trabajo de los tribunales- y no supongan una intervención desmesurada que afecte a la esencia o al núcleo de los mismos. En definitiva, no debe impedirse con dicha medida el ejercicio por los ciudadanos de su derecho a recurrir al sistema judicial.

La imposición de un procedimiento alternativo al judicial de solución no será desproporcionado cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) El resultado no debe ser vinculante –en el sentido de que no puede obligarse a llegar a un acuerdo- y, por tanto, no debe afectar a su derecho a un recurso judicial.
- b) No debe implicar un retraso sustancial para el ejercicio de una acción judicial.
- c) Debe producirse la interrupción de la prescripción de derechos durante el desarrollo del procedimiento extrajudicial.
- d) No debe ocasionar gastos significativos.
- e) La vía electrónica no debe ser el único medio de acceso al procedimiento.
- f) No debe impedir la adopción de medidas provisionales.

También el TC, en su tradicional y reiterada doctrina sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), como derecho de configuración legal, afirma que su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que la impidan. En concreto, ha recordado que su limitación puede conculcar el derecho fundamental cuando se impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción y cuando resulten innecesarias, excesivas y carente de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente se persigan (v.g., SSTC Nº 352/2006, de 14 de diciembre (ECLI:ES:TC:2006:352), nº 20/2012, de 16 de febrero (ECLI:ES:TC:2012:20) y nº 140/2016, de 21 de julio (ECLI:ES:TC:2016:140).

3. Tipificación de los medios adecuados de negociación.

La concepción abierta de los medios adecuados de solución de controversias prevista en el PLMEP –como he indicado, el ALIM se limitaba a la mediación- incorporaba en cualquier caso un elenco legal de métodos posibles de naturaleza extrajudicial que

se diferenciaban en razón a la intervención o no de un tercero neutral (un mediador, un conciliador, un experto independiente, un LAJG, un Notario, un Registrador).

En particular, se relacionaban los siguientes:

-La negociación directa, o, en su caso, a través de sus abogados.

-La mediación.

-La conciliación ante el Notario (LN), el Registrador de la Propiedad (LH) y ante el LAJ (arts. 139-148 LJV³).

-La conciliación privada (art. 14). El conciliador se perfilaba como una persona con conocimientos técnicos o jurídicos sobre la materia al que se le requiere para que gestione una actividad negociadora⁴.

-La oferta vinculante confidencial (art. 16). La formulación de una oferta vinculante imponía al oferente la obligación de cumplirla si el receptor la aceptaba. Nota característica era su radical confidencialidad (art. 8⁵). Si se rechazaba o no se aceptaba expresamente por la otra parte en el plazo legal (un mes o el plazo señalado por el requirente), podría ejercitarse la acción.

- La opinión de experto independiente (art. 17). Su designación de mutuo acuerdo por las partes tenía como objetivo la emisión de un dictamen –jurídico o sobre la materia en que en la que fuera experto- u opinión no vinculante. Nótese que, por su particular naturaleza, no era propiamente un MASC, pues no coincidía con las características de una actividad que implique negociación.

Junto con estos medios de negociación, el PLMEP contemplaba otros medios de negociación singularmente destinados a materias específicas. Así:

3 BONET NAVARRO, J.-Los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad. Crónica de un bluf anunciado” incluido en “Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, Editorial Tecnos, 2022, pág. 187, considera que esta opción probablemente la más exitosa, porque no tendrá costes especiales, ni preceptiva postulación, lo que puede provocar un indeseable colapso con las consecuencias de afectar al servicio público de justicia.

4 El informe del CGPJ al Anteproyecto criticaba la extensión de la consideración de conciliador a cualquier persona integrada en los colegios reconocidos legalmente o inscrito como mediador y entendía que debía ceñirse a los colegios profesionales para cuya inscripción se precise ostentar la licenciatura o grado en derecho.

5 Expresa CASTILLEJO MANZANARES, R., en Los métodos adecuados de solución de conflictos según el proyecto de eficiencia procesal, incluido en Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia, Editorial Tecnos, 2022, pág. 155, que “la confidencialidad preconizada es incompatible con que con ella se cumpla el requisito de procedibilidad (...). La confidencialidad solo cabe que acoja a los documentos presentados por la otra parte, pero no a la oferta ni a los documentos propios que aportó con la oferta, pues sino de qué forma puede conocer el Juez si se cumplió o no con el requisito de procedibilidad y en qué manera podrá, cuando el condenado en costas lo sea la parte que formuló la oferta vinculante, exonerarle, previa solicitud, del pago de las mismas o modificar su cuantía, en el supuesto de que la resolución judicial que pone término al procedimiento es sustancialmente similar al contenido de la oferta”.

- Litigios de consumo (DA5^a). Acciones individuales promovidas por consumidores y usuarios.

El cumplimiento del requisito de procedibilidad se produciría por (i) la reclamación extrajudicial previa sin respuesta en el plazo legalmente establecido o cuando no sea satisfactoria; (ii) la utilización de cualquier MASC, previstos en la legislación de consumo o en la LEC; (iii) la reclamación ante el BE, CNMV y DGSFP (art. 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero), o ante la entidad que se cree por la DA1^a, 1, Ley 7/2017, de 2 de noviembre, de trasposición de la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

En desarrollo de la DA1^a, 1, Ley 7/2017, se presentó también el Proyecto de Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes (BOCG, 16 de diciembre de 2022⁶), como un mecanismo ágil de solución de controversias alternativo a la vía judicial, y que tenía las siguientes características: (i) la utilización del sistema institucional de resolución extrajudicial es voluntario para los clientes –que podrán plantear el litigio civil en los casos de resoluciones no vinculantes favorables en caso de no ser aceptadas por la entidad financiera, y en las desfavorables–, pero las entidades financieras están obligadas a someterse al procedimiento y a cumplir la resolución que le ponga fin cuando esta tenga carácter vinculante (art. 5.2); (ii) las resoluciones vinculantes podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa según el art. 45; (iii) la resolución será vinculante para la entidad en reclamaciones inferiores a 20.000 euros o de cuantía indeterminada, a cuyo expediente podrá acudir sin abogado ni procurador; será no vinculante cuando supere los 20.000 euros y las que se dicten sobre buenas prácticas y usos financieros; (iv) será necesaria la reclamación previa ante el servicio de atención a la clientela de la entidad financiera, o, en caso de no tenerlo, ante la propia entidad; (v) podrán presentarse reclamaciones económicas derivadas de la vulneración en la prestación de un servicio financiero, como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta, o por la declaración del carácter abusivo de cláusulas contractuales que hayan sido declaradas nulas por la jurisprudencia del TS, TJUE o haya sido declarada en sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 2.3 y 6) o de las buenas prácticas y usos financieros en los términos definidos por las autoridades supervisoras; (vi) el plazo de instrucción del expediente será de 45 días y el de resolución de 20 días (el procedimiento no deberá durar más de 90 días, con

⁶ En su Exposición de Motivos habla de las cuatro vías de reclamación actuales: (i) las reclamaciones y quejas de los clientes a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras; (ii) las reclamaciones ante los servicios financieros del BE, CNMV y DGSFP; (iii) la vía judicial; y (iv) el sistema especial creado por el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, para la resolución extrajudicial de litigios surgidos tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en el ámbito de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo.

posibilidad de prórroga por otros 45 días); (vii) las partes no podrán ejercitar la acción judicial o extrajudicial durante la sustanciación del procedimiento; (viii) por su presentación ante el servicio de atención a la clientela y posteriormente ante la Autoridad Independiente, se interrumpe el plazo de prescripción; (ix) la resolución, cuando la reclamación tenga un contenido económico, podrá acordar la devolución de los importes indebidamente cobrados, con los intereses de demora; si no tiene contenido económico, podrá fijar una compensación resarcitoria entre 100 y 2.000 euros; (x) el plazo para cumplir será de 30 días hábiles desde su notificación; (xi) las costas procesales del proceso posterior, cuando por una parte no se aceptase por cualquier motivo la resolución vinculante, “soportará” las costas del proceso judicial cuando la sentencia no contenga un pronunciamiento más favorable a sus intereses, salvo que se aprecie la especial complejidad o las serias dudas de hecho o de derecho; en lo no previsto, se estará a lo dispuesto en la LEC 1/2000; y (xii) la resolución de reclamaciones conllevará el abono de una tasa de 250 euros, pagadera por la entidad financiera.

- Reclamación extrajudicial previa supuestos del art. 439.5 LEC: cláusulas suelo o cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria (DA6ª).

La reclamación era el primer paso y el prestamista debería admitir o denegar la reclamación. Podía suceder que: (i) la admita –comunicando el cálculo de la cantidad a devolver de forma desglosada y el consumidor debería aceptarlo, pues también podía rechazarlo⁷ – o rechace –comunicando los motivos y no se permitía que alegara otros en el pleito–; o (ii) no conteste en un mes. Se preveía igualmente que si no pagaba en un mes desde la aceptación del consumidor, correrían los intereses legales incrementados en 8 puntos y quedaría expedita la vía judicial.

4. Valoración.

Si el impulso de los medios alternativos de resolución y su expreso reconocimiento legal no debiera suscitar la crítica, no ocurre lo mismo con la propuesta general –o prácticamente general– de exigir la negociación previa como presupuesto de admisión de la pretensión judicial. Parece aceptarse un movimiento pendular: del carácter alternativo –y voluntario– al imperativo sin pisar terreno intermedio.

Se crea, por un lado, el peligro de que la imposición de la negociación –por intentar forzarla– perjudique más que impulse una cultura del acuerdo y convierta la actividad negociadora en rutinaria y meramente protocolaria provocando como resultado el fracaso del sistema. Sucedió con la extinta conciliación obligatoria de la LEC de 1881

⁷ Nada se dice si el consumidor no contestaba a la oferta del prestamista, aunque parece que la contestación era obligada: “El consumidor deberá manifestar (...)”.

–derogada en el año 1984⁸ como hoy pudiera haber sucedido con el expediente de la “*negociación directa o, en su caso, a través de sus abogados*” acreditada a través de un documento firmado por las partes (arts. 4 y 13.1 PLMEP).

No parece, por otro lado, que se profundice –al redactar el PLMEP– en el estudio del resultado de soluciones forzadas semejantes en países de nuestro entorno cultural (UE), donde solo se conocen antecedentes de obligatoriedad verdaderamente mitigada⁹. Ni existe tampoco congruencia con nuestros textos prelegislativos más recientes, en particular, como decimos, con el ALIM, que optaba por un modelo de intento de la mediación de obligatoriedad mucho más limitada¹⁰.

Y, en fin, queda muy diluida la opción por la mediación –que recibió su reconocimiento legal a través de la ley 5/2012, de 6 de julio y que prácticamente ha monopolizado el esfuerzo de los poderes públicos en el ámbito del derecho privado– antes de que se haya desarrollado su potencialidad, a la que se pone en pie de igualdad con otros medios adecuados de solución carentes de mínima experiencia, desarrollo o institucionalización.

En definitiva, es difícil pensar en que puedan tener éxito la imposición del uso obligatorio del MASC sin crear previamente una cultura de la negociación y del acuerdo, por lo que el riesgo de banalización y de aumento de coste podrán ser los resultados más esperados. Lo que podría tener sentido en ámbitos concretos carece en otros de una debida justificación, como son las situaciones en las que puede preverse una actuación de la parte contraria perjudicial a la buena fe procesal o de añejo enquistamiento¹¹. Otras críticas pueden hacerse, como lo desacertado de exigir en todo caso la prueba de la negociación cuando existen varios litigantes en cada posición procesal o cuando el pleito termina con una decisión sin efectos de cosa juzgada (art. 447 LEC) aunque se hayan excluido las tutelas sumarias de la

8 8 El art. 284 de la Constitución de Cádiz ya indicaba que “Sin hacer constar que se ha intentado el medio de conciliación, no se entablará pleito alguno” aunque la función conciliadora correspondía entonces a los alcaldes.

9 En el informe del CGPJ al Anteproyecto se cita el estudio del Parlamento Europeo de 2013 “Rebooting the mediation directive” sobre el estado de la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, en el que se sugería el incremento del uso de la mediación a través de un modelo mitigado de mediación obligatoria, como también se hacía en el European Handbook for Mediation Lawmaking aprobado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), en su sesión de 14 de junio de 2019.

El modelo de obligatoriedad mitigada de intento de mediación es el adoptado por el legislador italiano en el Decreto Legislativo 28/2010, incorporando un elenco amplio pero no exhaustivo de materias (entre ellos, los contratos de seguros, bancarios y financieros). Esta vía ha sido seguida, si bien para determinadas materias por Irlanda (derecho de familia), Austria (conflictos vecinales) o Francia (algunos asuntos de familia, reclamaciones de cantidad inferiores a 5.000 euros o conflictos vecinales).

10 No puede negarse que el intento de conciliación o mediación obligatoria es exigido ante el servicio administrativo correspondiente u órgano que asuma estas funciones, en determinados casos, para iniciar la actividad de la jurisdicción social (arts. 63 y 64 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

11 En la comparecencia de la Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, Victoria Ortega Benito, en el trámite parlamentario ante la Comisión de Justicia en relación con el Proyecto de ley, indicó como ejemplo de inutilidad la exigencia de la prueba de la negociación previa como requisito de procedibilidad en relación con los procesos de división de la cosa común o cuando sea preciso instar medidas cautelares. Otros lo extienden, por ejemplo, al juicio cambiario.

posesión o de obra ruinosas¹².

Estimo que si bien es necesario impulsar los medios previos de negociación mediante incentivos –incluso fiscales– y sanciones –a quien abiertamente los rehúye con abuso del proceso–, resulta necesario identificar previamente los supuestos en que debe imponerse necesariamente como presupuesto procesal. Y quizás, por la ingente litigiosidad civil existente, para contenerla en las materias concretas que puede llevar al colapso del servicio público de justicia, como son las referidas a la prestación de servicios bancarios y financieros. Ahí sí, ciertamente, debería imponerse un método de solución extrajudicial previo, en línea con el PLMEP¹³. Pero, como digo, el riesgo de generalización de la obligatoriedad –muy poco mitigada, según la redacción del PLMEP– puede perjudicar la consecución progresiva de una cultura general del acuerdo.

Las Enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al PLMEP han ido desde relacionar expresamente materias concretas objeto del requisito de procedibilidad¹⁴, a excluirlo mediante la ampliación de las iniciales materias a los procesos sobre adopción de las medidas judiciales de apoyo a las persona con discapacidad, procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, juicio cambiario, la solicitud de medidas cautelares o la interposición de una demanda ejecutiva, requerimiento europeo de pago conforme al Reglamento (CE) Nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece el proceso monitorio europeo o solicitar el inicio de un proceso europeo de escasa cuantía, conforme al Reglamento (CE) Nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007¹⁵.

12 2 SIGUENZA LOPEZ, J.-Porque creemos en la mediación, no a la mediación obligatoria incluido en Horizonte Justicia 2030. Reflexiones críticas sobre los proyectos de eficiencia del Servicio Público de Justicia, Editorial Tecnos, 2022, pág. 214.

13 En congruencia, pero ahora imponiéndolo, con el sistema voluntario creado por el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, para la resolución extrajudicial de litigios surgidos tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en el ámbito de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo.

14 4 La Enmienda nº 707 del G.P. Popular, que las limitaría a medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad; Responsabilidad por negligencia profesional; Sucesiones; División judicial de patrimonios; Conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles; Reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un de la circulación ; Alimentos entre parientes; Propiedad horizontal y comunidades de bienes; Derechos reales sobre cosa ajena; Contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que sido objeto de negociación individual; Reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo; Defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra; Protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen; Procesos arrendaticios.

15 Enmienda nº 563 del G.P. Socialista.

II. PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA NEGOCIACIÓN.

1. Asistencia letrada y honorarios.

En el PLMEP se señalaba que la oportunidad de acudir a los MASC con asistencia letrada (art. 5) era facultativa –si interviene, el pago de sus honorarios sería a su costa (art. 10) –, como regla general; la excepción, cuando se formule una oferta vinculante –salvo que el asunto sea inferior a 2.000 euros o cuando una ley sectorial no lo exija-. Si se deseara acudir con asistencia letrada debería comunicarse a la otra parte para que pueda valerse también de la misma.

Para integrar a las personas que carecen de medios para negociar y después litigar, se pretendía la modificación (F3ª) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, con el objetivo de que quedarán cubiertos los honorarios de los abogados que hubieren asistido a las partes, cuando acudir a los medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda.

Los honorarios del tercero neutral, cuando intervenga, habrían de ser objeto de acuerdo entre las partes intervinientes. Pero si la parte requerida para participar en un proceso de negociación no acepta la intervención del tercero neutral, será el requirente quien deba abonar íntegramente los honorarios hasta este momento por él devengados.

El ALIM solo contenía una precisión en cuanto al mediador. Se reconocía a la mediación como prestación integrada en el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando la intervención del mediador fuera presupuesto procesal para la admisión de la demanda.

2. Prueba de la negociación.

La incorporación de la necesidad de intentar un acuerdo negociado previo al inicio de la vía judicial exige en correspondencia que el control de admisibilidad de las demandas permita verificar tal condición.

Para lograr tal objetivo (i) en el ALIM se preveía la reforma del art. 399.3 LEC para exigir que en la demanda se describiera la forma en que se había desarrollado la mediación y la aportación con la demanda, reformando el art. 266, de la certificación o copia simple del acta del mediador en que consten los extremos precisos para justificar el cumplimiento del presupuesto de admisión; (ii) en el PLMEP, del mismo modo, se preveía la reforma del art. 399.3 LEC, para que se incorporara en la demanda la descripción del proceso de negociación previo llevado a cabo y la manifestación de los documentos que lo justifiquen; y, en correspondencia, se planteaba la necesidad

de añadir el art. 264.4º LEC, para imponer la aportación del documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la Ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad.

Por tanto, la acreditación del intento de negociación –no era necesario lograr la respuesta de la parte requerida, sino la prueba de la propuesta de negociación y la recepción por la parte requerida- previa al proceso debe ser documental.

El PLMEP distinguía la forma de acreditar documentalmente el proceso negociador según se haya utilizado la figura del tercero neutral o cualquier otra.

En el primer caso, era el tercero el que expedía, a instancia de las partes, un documento en el que se reflejaran las circunstancias señaladas en el art. 9.3. En el caso de que no existiera voluntad concorde, por falta de respuesta o por evasivas, es decir, en el caso de que la parte requerida no hubiese comparecido o hubiese rehusado la invitación, el tercero neutral –de existir- debería consignar también la forma de realización de la citación, la justificación de haber sido realizada y la fecha de su recepción.

En el segundo, que sería lo normal, la acreditación podría cumplirse presentando un documento firmado por las partes en el que se deje constancia de su identidad, la fecha, el objeto de la controversia y la determinación de la parte o partes que formularon las propuestas iniciales (art. 9.2).

En el caso de no existir un tercero neutral –o, como hubiera sido más habitual, en el caso de la negociación directa o a través de abogados- y que la parte requerida no comparezca o rehúse contestar, el silencio del PLMEP se integraría a través de la acreditación documental por la parte requirente del intento de negociación –sin exigir, lógicamente, la respuesta de la parte requerida, sino la prueba de la recepción de la solicitud o propuesta para negociar mediante la prueba de su formulación y de su recepción en el domicilio o mediante la forma de comunicación aceptada, o de la existencia misma de la negociación- aun preservando su contenido material esencial por razón del deber de secreto y confidencialidad, en los términos que se señalará a continuación.

El cumplimiento del requisito de procedibilidad exigiría la terminación del proceso relativo al MASC sin acuerdo (art. 9.4). Como digo, para cumplir con tal condición no podía ser necesario que la parte requerida hubiera de responder a la propuesta del requirente, pues es suficiente con que se formule la propuesta y se justifique la recepción por la parte requerida. En consecuencia, lo relevante es que se hubiera intentado la actividad negociadora mediante la prueba documental que justifique que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar, o, en su caso,

la propuesta, y en qué fecha, y que ha podido acceder a su íntegro contenido¹⁶. Precisamente, ante el silencio, el intento se entendería realizado.

Con el texto proyectado eran predecibles problemas cuando sobrevinieran intentos frustrados de notificación. Se ha señalado que la acreditación de que se ha enviado una comunicación exponiendo la pretensión inicial y la invitación a iniciar una negociación debería ser suficiente para, cuando no interrumpir los plazos de prescripción o suspender los de caducidad¹⁷, sí por lo menos para tener por cumplido el intento de negociación; siempre que pudiera garantizarse que la notificación intentada lo había sido de buena fe, o, en otro caso, cuando el destinatario rehúse deliberadamente su recepción¹⁸.

3. Efectos procesales y materiales. Subsanción.

La apertura del procedimiento de negociación debe generar una especie de litispendencia impropia porque provoca sus efectos tradicionales procesales y materiales: la interrupción de la prescripción y la suspensión de la caducidad. El PLMEP solo se refería a los procesales, pero resultaba obvia la imposibilidad de iniciar un proceso sobre el mismo objeto y contra el mismo sujeto durante su tramitación¹⁹.

La interrupción (art. 1973 CC) de la prescripción de la acción, o la suspensión de la caducidad –incluso la interrupción/suspensión del interés por mora, que no estaría de más que fuera objeto en su día de contemplación– comenzarán a correr, en el ALIM, “*desde la fecha en que consta la recepción de la solicitud por el mediador, o el depósito ante una institución de mediación en su caso*”, o en el PLMEP, “*desde la fecha en que conste el intento de comunicación*” a través de las formas previstas, aunque el reinicio o reanudación del cómputo a los treinta días naturales se computa “*desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida*” sin que se mantenga la primera reunión o no se obtenga respuesta por escrito. La redacción parecía introducir una contradicción sobre el “*dies a quo*”.

En situación ordinaria de comunicación recepticia, no parece que pudieran existir problemas, pero sí cuando a la remisión no se acompañe la recepción y no exista capacidad para la búsqueda o averiguación del domicilio tras un primer intento baldío de comunicación. Quizás lo relevante, en este caso, por encima de cualquier otra

16 6 En línea con las Enmiendas nº 566 del G.P. Socialista y 654 del G.P. Ciudadanos.

17 Quizás porque no pueda desconocerse que el conocimiento por el deudor de la pretensión o reclamación sigue exigiéndose para la interrupción de la prescripción (SSTS nº 972/2011, de 10 de enero, y nº 142/2020, de 2 de marzo).

18 ABELLÁN ALBERTOS, A.-Intervención del abogado en los medios de solución de conflictos en el texto legal de medidas de eficiencia procesal.- Práctica de los Tribunales, nº 153, Editorial Wolters Kluwers, Noviembre de 2021.

19 CALAZA LOPEZ, S.-Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuando más desjudicialización, mejor. Actualidad Civil, nº 6, Sección Persona y derechos/A fondo, Editorial La Ley, Wolters Kluwers, Junio-Junio 2022.

consideración, es la necesidad de que existiera una verdadera voluntad de negociar, de cumplir con el requisito de procedimiento, de actuar de buena fe, cuando se aprecie la verdadera intención de notificar y no una simple añagaza para soslayar la exigencia legal. Parece, por tanto, razonable que el día a quo se iniciara con la fecha de recepción de la propuesta de inicio de MASC por la parte requerida, pero en último caso, cuando la recepción no puede producirse, serviría el intento serio y fundado de comunicación²⁰.

En tal sentido, pudiera ser conveniente incorporar nuevas cláusulas expresas en los contratos que indiquen el domicilio a efectos de la apertura del proceso de negociación, incluso mediante la dirección de correo electrónico, con la advertencia de servir a tal fin²¹.

En cualquier caso, el art. 6.2 PLMEP disponía que *“En el caso de que la propuesta inicial de acuerdo no tenga respuesta o bien de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad.”* Los MASC, por tanto, se sometían a la caducidad de un año. Si se superaba, habría de iniciarse un nuevo proceso de negociación para cumplir con el requisito de procedibilidad²².

Tanto el ALIM como el PLMEP contemplaban la reforma del art. 403.2 LEC, para incorporar el motivo justificativo de la inadmisión de la demanda: el incumplimiento de las condiciones -y su prueba- del presupuesto de admisión.

No expresaban las normas en proyecto si la omisión en el intento de mediación o de utilización de un MASC pudiera subsanarse.

A la vista del art. 404.2 LEC, la concesión de un plazo de subsanación (arts. 11.1 y 243.4 LOPJ, y 231 LEC) parece siempre oportuno, antes de dar traslado al juez para inadmitir la demanda por adolecer de defectos formales insubsanables o no subsanados. Por lo que obviarlos podría resultar inconstitucional²³. El derecho a obtener una resolución sobre el fondo está protegida por el art. 24 CE y forma parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC nº 20/2012, de 16 de febrero (ECLI:ES:TC:2012:20))

20 Como señaló el CGPJ en su informe al Anteproyecto y como se indica en la Enmienda nº 564 del G.P. Socialista en el Congreso (“(…) desde la fecha del intento de comunicación, si dicha recepción no se produce”).

21 Incluso la Enmienda nº 564 del G.P. Socialista en el Congreso busca distinguir el comienzo de la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad según el medio de negociación a través de un tercero neutral elegido.

22 Cuestionado por el CGAE en su informe al Anteproyecto, porque no se consideraba razonable repetir una negociación ya fracasada si no existe un cambio de circunstancias que permitan pensar en su éxito. El CGPJ, al contrario, en su informe, abogaba por un plazo más amplio que los tres meses previstos en el Anteproyecto; el Proyecto amplía el plazo a un año.

23 Se han registrado dos enmiendas para procurar la subsanación. La número 15 del PNV y la nº 319 del G.P. Plural

y 79/2012, de 17 de abril (ECLI:ES:TC:2012:79). Aunque realmente nos encontremos ante un acto procesal omitido, más que ante un acto procesal defectuoso, el TC ha permitido la extensión de la misma consecuencia en los casos en que no se ha acudido a la conciliación previa y preceptiva en el proceso laboral (STC nº 172/2007, de 23 de julio, ECLI:ES:TC:2007:172) o se ha efectuado la reclamación administrativa en un proceso civil en el que se demandaba a la administración pública (STC nº 108/2000, de 5 de mayo, ECLI:ES:TC:2000:108).

III. CONFIDENCIALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN.

Los artículos 6 –derecho a un juicio justo– y 8 –derecho a la vida privada– del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) son normas de amparo para invocar la protección de las comunicaciones por razón del secreto y confidencialidad en la relación entre los abogados y sus clientes. El art. 8, al proteger el derecho a la correspondencia, garantiza la confidencialidad de las conservaciones o intercambios de correspondencia con terceros. Sus limitaciones, en consecuencia, deben estar amparadas por la ley, responder a un interés legítimo y ser necesarias y proporcionales al sacrificio producido.

A tenor del art. 8 PLMEP parecería evidente que la confidencialidad de la negociación solo debía ceder para cumplir con el requisito de procedibilidad legal, al decir inicialmente que *“El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia”*.

Al referirse *“al objeto de la controversia”*, se volvía a incidir sobre un aspecto significativo del requisito de procedibilidad: la verificación judicial de su cumplimiento por comparación –como hemos dicho, siquiera sustancial de los hechos– entre el objeto de la negociación y el objeto del proceso judicial (es decir, la identidad entre el objeto de la negociación y el objeto de litigio).

El Consejo General de la Abogacía Española, en su Observaciones al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, señalaba que *«se hace difícil conjugar la necesidad de acreditar un intento de negociación con el deber de confidencialidad y secreto de las comunicaciones entre abogados, obligación sancionada en el Código Deontológico que se fundamenta en la necesidad de asegurar la libertad negociadora del abogado que solo se logra si puede confiar en que sus propuestas, que a buen seguro suponen renuncia de alguna de las legítimas pretensiones de su cliente, no salgan de ese ámbito²⁴. No debe subestimarse el temor de que el recurso a estos medios alternativos previos pueda comprometer la estrategia procesal en la defensa*

²⁴ El secreto profesional y su variante, la confidencialidad, se reconocen en su art. 5 con extensión, no solo en relación con las confidencias y propuestas del cliente, sino también con las de la parte adversa, las de los compañeros, así como respecto de todos los hechos y documentos de que hayan tenido noticia o haya remitido o recibido por razón de su actuación profesional.

de los derechos confiados, al anticipar y dar a conocer a la parte contraria datos y argumentos que se preferiría mantener reservados». En consecuencia, proponía limitar el levantamiento de la confidencialidad exclusivamente para la oferta vinculante²⁵. Es inevitable pensar en el efecto que una excepción amplia de la confidencialidad puede suponer, pues un debate y una negociación franca y real solo puede producirse cuando se tiene la confianza y la garantía de que lo que se oferte, proponga, renuncie, exhiba o comunique no va a salir de dicho ámbito.

El CGAE, en sus Observaciones al Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal, proponía inicialmente una nueva redacción: debía de ser suficiente la prueba de que se ha intentado abrir un proceso de negociación, aunque no se haya formulado ninguna propuesta concreta, que solo será posible cuando la otra parte haya aceptado la invitación. No estimaba verosímil que en la primera comunicación se incorporara ya una propuesta con rebaja de sus expectativas legítimas, a quien no sabe si va a rechazar la oferta. Por tanto, abogaba por la suficiencia de acreditar que se ha enviado una comunicación exponiendo la pretensión inicial y la invitación a negociar. Más tarde, en las propias Observaciones, proponía que el levantamiento de la confidencialidad quedara exclusivamente acotado para la oferta vinculante²⁶. En la misma línea, para acreditar el intento de negociación estimaba que pudiera servir cualquier documento que pruebe que la parte requerida ha recibido la solicitud o invitación para negociar.

A las anteriores consideraciones se añade que con fecha 14 de abril de 2023, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, en cuyo art. 15 literalmente se señala que *“1. Todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial y sólo podrán ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente recogidos en la ley.*

2. Las comunicaciones mantenidas exclusivamente entre los defensores de las partes con ocasión de un litigio o procedimiento, cualquiera que sea el momento en el que tengan lugar o su finalidad, son confidenciales y no podrán hacerse valer en juicio, ni tendrán valor probatorio, excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal u otras leyes de aplicación o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente.

3. No se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan

²⁵ En semejantes términos se expresaba la Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia, pues se preguntaba de qué manera se puede, en el ejercicio del derecho de defensa, acreditar que he iniciado un MASC y sus términos cuando su código deontológico prohíbe, por ejemplo, la presentación ante el juzgado de la correspondencia habida entre los letrados, aun admitiendo que hoy se presentan las comunicaciones recíprocas. Expresaba, en fin, su preocupación sobre una realidad: no es posible ser libre en la negociación si después su contenido aparece en el juzgado. Quizás por ello proponía como solución que el requisito de procedibilidad se cumpliera por sus aspectos externos: la prueba de la negociación y los intervinientes.

²⁶ 6 La Enmienda nº 19 del PNV pretende la supresión de la excepción relativa a la tasación de costas del régimen de la confidencialidad.

A VUELTAS CON LA NEGOCIACIÓN PREVIA COMO PRESUPUESTO...

la anterior prohibición, salvo que expresamente sea aceptada su aportación por los profesionales de la abogacía concernidos o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio.

4. Excepto en los casos que expresamente recojan las leyes, la entrevista entre el profesional de la abogacía y su cliente defendido tendrá carácter confidencial.

5. El secreto profesional comprenderá las siguientes manifestaciones:

a) La inviolabilidad y el secreto de todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa.

b) La dispensa a prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional, con las excepciones legales que puedan establecerse.

c) La protección del secreto profesional en la entrada y registro de los despachos profesionales respecto de clientes ajenos a la investigación judicial.”

Debe pensarse, siquiera para un futuro próximo en el que se aprueban nuevos proyectos legislativos semejantes, en una solución armónica que trate de conjugar la confidencialidad y el secreto profesional con el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Aunque no es tarea fácil, estimo, no obstante, que el integro recorrido del proceso de negociación y, especialmente, su contenido –representado por las ofertas y contraofertas–, como la documentación que se utilice, debengozar de confidencialidad, por lo menos, inicialmente, para cumplir con la exigencia de procedibilidad.

Pero la necesidad, en todo caso, de acreditar documentalmente el intento de negociación sin romper con la confidencialidad exigiría conjugar las dos exigencias.

Entiendo que el presupuesto de admisión impondría acompañar (i) la prueba de su objeto a través de una reseña, aunque sea mínima, que identifique los hechos de la eventual negociación, pero sin integrar en ningún caso una oferta concreta de solución, ni el curso y contenido de la negociación posterior –formulación de ofertas y contraofertas, propias del tira y afloja–, ni menos la documentación que las partes se han podido cruzar; y (ii) la prueba de la recepción de la invitación a la negociación, o su intento de comunicación cuando no se produzca la recepción.

La Enmienda nº 653 del G.P. Ciudadanos en el Congreso trataba de incorporar un nuevo apartado de excepción a la confidencialidad con un cariz ciertamente general con la siguiente redacción: “b) Cuando se suministre información o documentación relativa

únicamente al hecho de que se ha producido la negociación, o el intento de llevarla a cabo, y a cuál es el objeto de la controversia, sin aportar ninguna otra información ni documentación derivada del proceso de negociación o relacionada con él”.

La confidencialidad se extendería a las partes y, de existir, al tercero neutral, que por ello no podrían declarar ni aportar documentación sobre el proceso o derivada del mismo, con las excepciones siguientes, esencialmente iguales que las previstas hasta ahora para la mediación, pero incorporando dos nuevas (art. 9.2):

“a) Cuando todas las partes de manera expresa y por escrito se hayan dispensado recíprocamente o al tercero neutral del deber de confidencialidad.

b) Cuando se esté tramitando la impugnación de la tasación de costas y solicitud de exoneración o moderación de las mismas según lo previsto en el artículo 245 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y a esos únicos fines, sin que pueda utilizarse para otros diferentes ni en procesos posteriores.

c) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

d) Cuando sea necesario por razones de orden público, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona²⁷”.

La consecuencia de incumplir las excepciones era tajante: el juez debía inadmitir la prueba (art. 283.3 LEC). Sin perjuicio de pararle la responsabilidad que corresponda (art. 8.3).

Cuestión distinta al difícil equilibrio señalado era la aplicación de una nueva figura de exclusión legal de la confidencialidad. La prevista en el apartado b) del art. 9.2 del PLMEP.

El CGPJ, en su Informe al Anteproyecto, entendió justificadas las dos nuevas excepciones, es decir, la b) (cuando se impugnen las costas procesales) y la d) (cuando concurren razones imperiosas de orden público). La primera, por las nuevas reglas de imposición de las costas procesales; la segunda, como expresión de un conflicto de intereses en

²⁷ El art. 245.5 LEC tiene la siguiente redacción :

“5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores y en el mismo plazo, la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

Las mismas consecuencias tendrá el rechazo injustificado de la propuesta que hubiese formulado el tercero neutral, cuando la sentencia recaída en el proceso sea sustancialmente coincidente con la citada propuesta. A la solicitud de exoneración o modificación deberá acompañar la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad. De no acompañarse dicha documentación, el Letrado de la Administración de Justicia, mediante decreto, inadmitirá a trámite la solicitud. Frente a este decreto cabrá interponer recurso de revisión”.

que deben prevalecer las exigencias de protección de bienes jurídicos de relevancia fundamental.

Esa exclusión responde a una figura de creación judicial anglosajona denominada “*Calderbank letter*”. La confidencialidad, que hasta entonces es regla de aplicación, cedería ahora por esta causa y con esa exclusiva justificación²⁸.

IV. CONCLUSIONES.

1. El reconocimiento e impulso mediante incentivos de los medios de solución extrajudicial de los conflictos permitiría avanzar en la consecución de una cultura del acuerdo y en la consolidación de un servicio público de justicia sostenible.
2. La imposición inicial de los medios de solución extrajudicial como presupuesto de admisión -o requisito de procedibilidad- de las demandas civiles debería, evitando la generalización, identificar los casos o materias con pronóstico más favorable. En particular, sin perjuicio de otros, debería imponerse para las controversias con origen en la prestación de servicios bancarios y financieros.
3. El control del presupuesto de admisión impone una identidad sustancial entre los hechos del intento de negociación y de la demanda mediante la presentación de prueba documental y la producción de efectos procesales y materiales como la interrupción de la prescripción y la suspensión de la caducidad y el interés moratorio.
4. El contenido del proceso de negociación -ofertas y contraofertas- y la documentación utilizada deben ser confidenciales.
5. En la imposición y tasación de las costas procesales debiera permitirse valorar la conducta y colaboración de las partes en orden a conseguir un acuerdo en el proceso de negociación previo a la vía judicial.

28 8 El Sr. Director general de ASEMED (Asociación Española de Mediación), D, Lorenzo Aguilar, explicó en su comparecencia parlamentaria como experto, durante la tramitación del proyecto de ley, que “la figura procede del derecho anglosajón llamada *calderbank letter*, que es una creación jurisprudencial del tribunal de apelación británico por la cual si un matrimonio se va a divorciar y la esposa le hace una propuesta irrevocable a su marido ofreciéndole 10 000 libras esterlinas por su divorcio -la cantidad no es importante-, el esposo no lo acepta y demanda a su esposa pidiéndole 15 000 libras y luego el juez falla reconociendo al esposo 7000 libras, es decir, que ha tenido un reconocimiento menor de lo que su esposa ofrecía, ¿cómo van a condenar en costas a esa señora si ella actuó diligentemente? El que hizo un uso abusivo de la justicia fue él, puesto que pidió una cosa que no le han dado. ¿Cuándo se quiebra la confidencialidad? En el procedimiento no, porque en el procedimiento la oferta vinculante confidencial no se puede presentar ni el juez la puede aceptar. Pero cuando haya una pieza de tasación de costas, que el asunto ya está enjuiciado, y vaya a tasar las costas el esposo, ella podrá presentar su oferta vinculante confidencial, porque lo que hace es compartir la confidencialidad con el juez, que es el que protege los derechos del ciudadano. No sé si me he explicado. Con lo cual, no hay ninguna vulneración de la confidencialidad, porque el fondo del asunto ya está resuelto. Ella lo que va a pedir es una excepción para no tener que pagar las costas porque actuó diligentemente, quien no actuó diligentemente fue él (...)”.