

ANALES DEL V CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO INMOBILIARIO:

LOS EFECTOS DEL COVID EN EL DERECHO
INMOBILIARIO COMPARADO

GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO
COORDINADOR



**CICAJ
PUCP**



OIM
Observatorio Inmobiliario y Mercantil
PUCP



PUCP

**ANALES DEL
V CONGRESO
IBEROAMERICANO
DE DERECHO
INMOBILIARIO
LOS EFECTOS DEL
COVID EN EL DERECHO
INMOBILIARIO
COMPARADO**

**ANALES DEL
V CONGRESO
IBEROAMERICANO
DE DERECHO
INMOBILIARIO
LOS EFECTOS DEL
COVID EN EL DERECHO
INMOBILIARIO
COMPARADO**

**COORDINADOR
GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO**

**CICAJ
PUCP**



OIM
Observatorio Inmobiliario y Mercantil
PUCP



PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

David Lovatón Palacios

Director del CICAJ-DAD

Betzabé Marciani Burgos

Consejo Directivo del CICAJ

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Alexia Gaitán Meléndez

Camila Canova Casusol

Guillermo Robilliard Silva

Genesis Mendoza Lazo

Anales del V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario. Los efectos del COVID en el Derecho Inmobiliario Comparado

Coordinador: Gilberto Mendoza del Maestro

Imagen de cubierta: leolintang/Shutterstock.com

Primera edición digital: abril de 2022

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Grupo de Investigación Observatorio Inmobiliario y Mercantil

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo de los textos en español: Loreta Alva Mansilla y
María Gracia Tamara Minaya Chávez

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

ISBN: 978-612-48287-9-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-02486

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
Arbitraje en las Expropiaciones en el Perú <i>Rita Sabroso Minaya</i>	11
Indebida Aplicación de la Excesiva Onerosidad en el Ámbito Inmobiliario <i>Gilberto Mendoza del Maestro</i>	25
El Arbitraje Inmobiliario en Tiempos de Pandemia en el Derecho Español <i>Remedios Aranda Rodríguez</i>	37
COVID-19, Caso Fortuito, Incumplimiento Contractual y Suspensión del Contrato <i>Marco Antonio Sepúlveda Larroucau</i>	51
La Cláusula <i>Rebus Sic Stantibus</i> en Tiempos de Crisis <i>Manuel Ignacio Feliu Rey</i>	67
Las Consecuencias del COVID-19 en los Préstamos Hipotecarios en España <i>María Goñi Rodríguez de Almeida</i>	81
La Mediación y los <i>Dispute Resolution Boards</i> (DRB), en Materia de Construcción en Chile: Una Perspectiva Jurídica desde el Efecto de las Obligaciones <i>Santiago Zárate González</i>	95
El Fideicomiso como Instrumento en el Sector Inmobiliario en el Perú <i>Mónica Arteaga Reátegui</i>	109
Las Consecuencias Restitutorias en Sede de Resolución Contractual por Incumplimiento, y de Rescisión Contractual (con Especial Atención a la Rescisión por Fraude de Acreedores) <i>Ángel Juárez Torrejón</i>	129
Lesión Enorme en la Compraventa de Inmuebles en el Código Civil Chileno. Una Invitación a Repensar el Modelo <i>Nathalie Walker Silva</i>	157

Ocupación Ilegal Inmobiliaria. Tratamiento en el Ordenamiento Jurídico Español <i>Ma. del Rosario Díaz Romero</i>	171
A Atividade Notarial E Registral Em Tempos De Pandemia (Brasil) <i>Milena Zampieri Sellmann</i>	189
La Emergencia Sanitaria como Causa de Fuerza Mayor en los Contratos de Arrendamiento Comercial en Nuevo León, México <i>Eduardo Rocha Núñez</i>	201
La Incidencia del COVID-19 en el Derecho de Propiedad a Través del Contrato de Arrendamiento <i>Mónica Muñoz-Alonso López</i>	221

PRESENTACIÓN

Los presentes Anales se realizaron con motivo del V Congreso de Derecho Inmobiliario, “Los efectos del COVID en el Derecho Inmobiliario” llevado a cabo a propósito de la Cátedra UC3M - UCEN de Derecho Inmobiliario, organizada por el CICAJ y el Observatorio Inmobiliario y Mercantil de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El evento, realizado entre el 16 y 17 de octubre de 2020, abordó diferentes temas en diferentes mesas, como el desarrollo inmobiliario en época de pandemia, la excesiva onerosidad y la imposibilidad sobreviniente en el ámbito inmobiliario, los remedios contractuales inmobiliarios y la resolución de los conflictos inmobiliarios.

Esta publicación es la concretización académica de dicho evento, el cual reunió académicos reconocidos de Latinoamérica y Europa, quienes analizaron el impacto de las medidas tomadas por los diferentes gobiernos a propósito de la pandemia del COVID- 19.

La afectación del mercado inmobiliario fue evidente, no sólo en nuestro país sino en general, ya que las instituciones estatales, así como las privadas, tuvieron que adecuarse a un nuevo escenario , el cual requería respuestas rápidas y creativas frente a los diversos problemas que se presentaron.

Los registros públicos en nuestro país, así como otras instituciones, se vieron en la obligación de implementar servicios en línea, digitalizar títulos y modernizarse para responder a una necesidad de dejar la documentación física por la digital que brinde la misma seguridad. Los notarios, a través de sus instrumentos protocolares digitales, así como de los servicios de integración directa con los registros, respondieron de igual manera frente a la nueva realidad.

Del mismo modo, las empresas inmobiliarias no sólo tuvieron inconvenientes por la dificultad de avanzar sus proyectos inmobiliarios debido a la paralización de las obras y la caída de las ventas, sino que, dada la situación imprevisible, generaron conflictos con sus acreedores lo cual derivó que estos casos se vieran en sede judicial como arbitral.

Asimismo, las empresas que arrendaban locales comerciales, así como los ciudadanos que alquilaban sus inmuebles para vivienda, frente a la falta de pago por supuestos de suspensión perfecta u otras circunstancias, debieron de enfrentarse a situaciones no previstas en los contratos ni en el Código Civil.

Todas estas situaciones enriquecieron el análisis del derecho inmobiliario, ya no sólo visto como un área en la que convergen el derecho civil y administrativo, sino como una materia que posee cierta autonomía y responde a las diversas necesidades de nuestros ciudadanos.

Los artículos presentados en estos Anales enriquecen el contenido del derecho inmobiliario con problemas muchas veces comunes pero que poseen distintas

soluciones las cuales responden a la regulación, cultura e idiosincrasia de cada ordenamiento. Esto permite no sólo el conocimiento de otras realidades, sino también, mediante la comparación es posible pensar en nuevas opciones para cada uno de nuestros sistemas.

Todo lo mencionado anteriormente puede revisarse en los textos de los diferentes autores que han tenido a bien transmitir sus investigaciones, los cuales se encuentran a su disposición en los presentes Anales.

Valga la oportunidad mencionar que, en la presente publicación, puede encontrarse el último trabajo de investigación de la profesora Rita Sabroso Minaya, quien participó en este Congreso, pero que lamentablemente ya no se encuentra con nosotros. Su apoyo para la realización del Congreso ha sido invaluable, por lo que esta publicación es también un homenaje a ella y un reconocimiento a su labor profesional, académica, y en especial, a lo que significó ella como persona.

Los invito a leer el presente texto, el cual estoy seguro que será de utilidad para ustedes los lectores interesados en el derecho inmobiliario.

Gilberto Mendoza Del Maestro

ARBITRAJE EN LAS EXPROPIACIONES EN EL PERÚ ARBITRATION IN EXPROPRIATIONS IN PERU*

*Rita Sabroso Minaya***

Resumen

A través del presente artículo, se analiza la figura del arbitraje en la expropiación de bienes inmuebles en el Perú. Se parte de un recuento de las distintas normas que han regulado la materia y se cuestiona algunos aspectos de la regulación actual. Asimismo, se analiza las características de este tipo de arbitraje y las materias arbitrables. Finalmente, el artículo brinda un panorama de cómo se han llevado a cabo en la práctica los arbitrajes en materia de expropiación desde 1999.

Palabras clave: arbitraje, expropiación, justiprecio

Abstract

Through these pages, we analyze the concept of arbitration in the matters of expropriation of real assets in Peru. We start with the recount of the different regulations about this matter, and later we discuss some aspects of the current legislation. Likewise, we will analyze the features of this kind of arbitration and the matters subject to this form of justice. Lastly, this paper proposes a general view of how the arbitration procedures in expropriation have been carried since 1999.

Key words: arbitration, expropriation, fair value

* El presente artículo se basa en la ponencia realizada, con fecha 17 de octubre de 2020, en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario: "Los Efectos del Covid en el Derecho Inmobiliario comparado". Sin embargo, dicha ponencia se ha complementado en base al Texto Único de la Ley de Expropiación peruana, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA, publicado con fecha 26 de octubre de 2020.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Observatorio Inmobiliario y Mercantil. Profesora de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro en el Registro Nacional de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre otros. Correo: arbitraje@ritasabroso.com

1. Introducción

Todos estamos atravesando una situación que ha desbordado la capacidad de acción de los países. Obviamente, nos referimos a la pandemia del COVID, que ha puesto en evidencia, hoy más que nunca, la falta de una infraestructura sanitaria idónea. Incluso, en países como el Perú, no solo existe un déficit de infraestructura sanitaria sino en diversos rubros: vial, educativo, aeroportuario, entre otros.

Dentro de un contexto de análisis en torno a los efectos del COVID en el derecho inmobiliario, un tema de suma importancia es el arbitraje en las expropiaciones, porque todos nosotros podríamos ser —en algún momento— sujetos pasivos de una expropiación y eso tiene un impacto en el derecho inmobiliario.

En efecto, el Estado tiene muchas obras de infraestructura pendientes de ejecución, con el objetivo de cerrar las brechas que existen en nuestro país, pero también como un tema de reactivación de la economía “pos-COVID” (si es que se puede emplear dicha expresión, conociendo que ya existe una segunda ola en Europa y que el Perú está a la expectativa de lo que pueda suceder en los próximos meses).

Estas obras de infraestructura se pueden realizar a través de diversos mecanismos; a saber: el contrato de obra regulado por la Ley de Contratación del Estado, la participación del sector privado a través de la Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas, así como en la modalidad de “obras por impuestos”.

Por ejemplo, la Ley de Contratación del Estado (Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N°082-2019-EF) y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N°344-2018-EF) regulan todo lo relativo a la celebración y ejecución de los contratos de obra que celebran las entidades a cambio de una contraprestación asumida íntegramente por el Estado. Así, el artículo 176 del Reglamento regula el inicio del plazo de ejecución de una obra. Dicho plazo está supeditado, entre otros requisitos, a que la entidad entregue total o parcialmente el terreno en donde se va a ejecutar la obra.

Si el Estado no cumple con entregar el terreno, la obra no se inicia, como resulta evidente; pero, además, transcurrido un determinado plazo (30 días desde la suscripción del contrato), el contratista puede resolver el contrato y solicitar una indemnización a la entidad. Es decir, no solo no se construye, sino que además la entidad debe resarcir por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasiona al contratista.

La pregunta que surge es ¿por qué la entidad no cumplió con la entrega del terreno? Lo que sucede es que, en algunas ocasiones, el Estado no es el propietario del terreno en donde se realizará la obra. Es aquí, precisamente, en donde entra a tallar la expropiación.

Precisamente, en el marco de la reactivación económica, se acelera el proceso de las expropiaciones. Por ello, en el presente artículo recordaremos brevemente el concepto de expropiación y veremos cómo ha estado y está regulado en el Perú, con especial énfasis en el arbitraje sobre dicha materia.

2. ¿Qué Es la Expropiación?

La expropiación, también llamada dominio eminente, es un acto administrativo que se caracteriza por la compraventa o transferencia forzosa, a través de la cual se priva de la propiedad a su legítimo titular, como consecuencia del ejercicio del poder soberano del Estado (Guerra, 2009, pp. 109-112).

Como bien señala Gutiérrez (2002), “la expropiación es la expresión más radical de las limitaciones al derecho de propiedad, ya que elimina la perpetuidad de este derecho, para trasladarlo a la esfera patrimonial del Estado” (p. 213).

Sobre el particular, García de Enterría y Fernández (2006) señalan que “la propiedad es un derecho *inviolable et sacré*, aceptándose — como único límite del mismo — la posibilidad de ser privado de él cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización” (p. 1115).

Asimismo, se debe tener presente que la expropiación es una prerrogativa del Estado, regulada en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú de 1993, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 70 de la Constitución y la doctrina mencionada, se desprenden ciertas características que son importantes. No solo nos referimos a la definición de la expropiación, sino también a los requisitos que se deben presentar para que opere dicha figura jurídica; a saber:

- La expropiación debe ser realizada por el Estado, es decir, el sujeto activo será el Estado; y el sujeto pasivo será el propietario del bien a expropiar.
- Las causas para que se expropie un bien de propiedad privada serán solo: (i) por necesidad pública; o (ii) por seguridad nacional.
- La expropiación deberá ser autorizada únicamente por la ley expresa del Congreso, es decir, una ley autoritativa, en la cual se incorporarán las causas.
- Se aplica como condición suspensiva para la procedencia de la expropiación, el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada.
- Se podrá incluir en el valor de la indemnización justipreciada, la compensación por el eventual perjuicio.

De los requisitos mencionados, se desprenden varias cuestiones. Respecto de los sujetos que participan en la expropiación, se tiene que son principalmente¹ dos los integrantes de esta figura: el expropiante y el expropiado.

¹ En el presente artículo veremos que, en el caso peruano, también existe la figura del beneficiario, distinto al sujeto activo de la expropiación.

Por otro lado, respecto de la justificación para realizar una expropiación, García de Enterría y Fernández (2006) afirman que “ha de justificarse en una finalidad legal de utilidad pública o de interés social, sin la cual no cabe siquiera iniciarla, pero ha de legitimarse, una vez consumada, en el servicio efectivo de esa finalidad legal, que es algo que se llama técnicamente causa, y que supone una transformación ulterior del bien expropiado, material o jurídica, en el sentido postulado por esa finalidad, sin lo cual la expropiación, aun realizada no puede mantenerse” (p. 1141).

Sobre el particular, Gutiérrez (2002) establece que “la primera y más importante de las etapas para que se configure correctamente la expropiación es que se dé una ley autoritativa, la cual deberá contener la calificación de necesidad pública o seguridad nacional de la expropiación. En efecto, la necesidad pública es la causa y fin de la expropiación, y quien califica dicha necesidad es el Congreso. Sin embargo, que el juicio sobre necesidad pública pertenezca al Congreso no significa que resulte desprovisto de controles, toda vez que su decisión es revisable ante el Tribunal Constitucional” (p. 216).

Debemos resaltar el tema del previo pago de una indemnización justipreciada, lo que implica que antes de transferir la propiedad al Estado, este deberá cumplir con tal exigencia. El incumplimiento de dicho requisito, como resulta evidente, contraviene la Constitución. Sin embargo, en el presente artículo veremos cómo se ha regulado este requisito a través de las leyes dadas en los últimos años.

Al respecto, García de Enterría y Fernández (2006) sostienen que “la indemnización es, pues, un elemento esencial de la institución expropiatoria; si no está presente, estaremos en presencia de otra institución esencialmente diferente (comisos, confiscaciones, socializaciones generalizadas, etc.; en otro sentido, limitación de derechos no indemnizables)” (p. 1185).

3. ¿Cómo Ha Estado Regulado el Arbitraje en las Expropiaciones en el Perú?

Como ya hemos visto, en el Perú, el tema de la expropiación está regulado en el artículo 70 de la Constitución, el cual hace énfasis en que el derecho a la propiedad es inviolable, salvo la expropiación en virtud de causas de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada. Este artículo hace referencia a que toda acción para contradecir o cuestionar el valor de ese justiprecio, tiene que ser iniciada ante el Poder Judicial. Y así fue hasta el año 1999, cuando se emite la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, en donde se incorpora por primera vez la posibilidad de acudir al arbitraje.

¿Por qué se optó por el arbitraje? Históricamente el tema expropiatorio implicaba acudir al Poder Judicial, en donde las partes —luego de muchos años— lo graban obtener una sentencia que ponía fin a la controversia en torno al valor de la expropiación o, incluso, a la validez de la expropiación misma. En esos escenarios, muchas veces, la sentencia final (con calidad de cosa juzgada) carecía de sentido, ya que la finalidad por la cual se había expropiado el inmueble ya no era relevante, justamente por la demora del Poder Judicial.

Ripol (2013) señala que “probablemente sea la falta de agilidad de los juzgados y tribunales una de las cuestiones que en mayor medida provocan la pérdida de confianza en los ciudadanos hacia esta. Desde un punto de vista práctico, no debe olvidarse que quien acude a un juzgado lo hace solicitando el reconocimiento de un derecho cuyo ejercicio entenderá que le ha sido perturbado [...] mientras no obtenga esta satisfacción de manera efectiva [...] no sentirá restituido su derecho. Es por ello que el arbitraje es presentado en muchas ocasiones como una alternativa a la falta de agilidad de los juzgadores y tribunales” (p. 31).

Teniendo en cuenta que, en el Perú, el arbitraje tiene reconocimiento a nivel constitucional como jurisdicción, el legislador consideró conveniente incorporar dicho mecanismo de solución de controversias en la legislación sobre expropiaciones, a efectos de agilizar los procedimientos expropiatorios, sobre todo para poder iniciar la ejecución de obras de gran importancia para la economía del país. La principal controversia que se presentaba ante el Poder Judicial era cuestionar el monto indemnizatorio, tema que podría ser resuelto con mayor celeridad a través de un arbitraje.

Ahora bien, ¿cómo llegábamos al arbitraje con la Ley N° 27117? El arbitraje lo iniciaba el sujeto pasivo de la expropiación, es decir, si el sujeto pasivo no estaba de acuerdo con la tasación efectuada por el Estado, debía enviar una carta al sujeto activo indicándole precisamente su no acuerdo con el justiprecio y su deseo de que ello sea conocido por un tribunal arbitral. Si el sujeto pasivo no manifestaba expresamente su voluntad de acudir al arbitraje, el sujeto activo tenía que afrontar el cuestionamiento del valor de la tasación en el Poder Judicial.

Dicho mecanismo tomó notable importancia, por ejemplo, en las expropiaciones de los terrenos aledaños al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima, por las ventajas que el arbitraje brinda como método de solución de controversias: celeridad, flexibilidad, especialización, entre otras.

Así, solo para el tema de la ampliación del referido terminal aéreo, entre los años 2008 y 2010, se iniciaron varios arbitrajes en donde, en algunos casos, no solo participaron el sujeto pasivo (propietario del terreno) y el sujeto activo de cada expropiación, sino incluso poseesionarios (que en algunos casos llegaban a ser varias decenas o cientos de personas).

Luego, el Estado — como resultado de la experiencia de dichas expropiaciones y de otras en todo el país — decidió hacer algunas modificaciones a la normativa sobre expropiaciones. En el año 2007, se emite la Ley N° 29171, la cual establece, como su nombre lo indica, “medidas para agilizar el procedimiento de expropiación de los inmuebles afectados por la ejecución de obras públicas de infraestructura de gran envergadura”.

Entre dichas medidas tenemos que el proceso arbitral ya no se iniciaba por voluntad del sujeto pasivo, sino que era el sujeto activo el que empezaba el arbitraje. En efecto, era el sujeto activo el que solicitaba el inicio del arbitraje y el sujeto pasivo tenía un plazo de 20 días para manifestar expresamente su oposición a ir a arbitraje. Si no lo hacía de forma expresa, se entendía que había aceptado este mecanismo alternativo al Poder Judicial.

¿Por qué ocurre este cambio en torno a quién podía dar inicio al arbitraje? Lo que sucedió, en el marco de la Ley General de Expropiaciones, fue que, en algunos casos, a pesar de que dicha norma contemplaba el arbitraje, los sujetos pasivos no lo solicitaban, porque no estaban de acuerdo ni con el monto de la indemnización justipreciada ni con la expropiación misma. De esta manera, se sometía el tema al Poder Judicial para que la demora propia de dicha jurisdicción, de alguna manera, desincentivara al sujeto activo a continuar con la expropiación. En otros casos, si bien el sujeto pasivo solo estaba en desacuerdo con el justiprecio, desconocía que tenía la posibilidad de solicitar el inicio de un arbitraje (recordemos que solo el sujeto pasivo podía activar dicho mecanismo y el sujeto pasivo se allanaba). Teniendo en cuenta dichos escenarios, el Estado —para agilizar el tema— optó por que sea el sujeto activo el que solicitara el inicio de un arbitraje.

Luego, en el 2013, se emite la Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura, Ley N° 30025, la cual mantuvo la dinámica de que sea el sujeto activo de la expropiación el que inicie el arbitraje, otorgando al sujeto pasivo solo un plazo de 10 días para que —de forma expresa— manifieste su rechazo a acudir a la vía arbitral (a diferencia de la anterior norma que establecía un plazo de 20 días).

En torno al justiprecio, la Constitución de 1993 hace referencia al “previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio” y, por su parte, la Ley General de Expropiaciones de 1999 hablaba, en términos muy generales, del “previo pago de una indemnización justipreciada”. Ello implicó que, en la práctica, los tribunales arbitrales que conocieron los casos de expropiación (luego de analizar cada caso en particular) determinarían —en algunos casos— una indemnización que no solo se centraba en el daño emergente y el lucro cesante, sino también en el daño extrapatrimonial demandado por el sujeto pasivo en tanto acreditara el mismo y su cuantía.

Sin embargo, la Ley N° 30025 limitó el tema del monto indemnizatorio con una expresión en la que se señalaba que la tasación del inmueble no solo debía tomar en cuenta el valor comercial del mismo, sino también el daño emergente y el lucro cesante. No hizo referencia a temas extrapatrimoniales ni a favor ni en contra. En virtud de este cambio o este énfasis en que el daño era únicamente el patrimonial, muchas entidades alegaron, en los arbitrajes, que el sujeto pasivo no podía reclamar daño extrapatrimonial o, en otras palabras, que el tribunal arbitral no tenía competencia para emitir un pronunciamiento sobre el particular, bajo causal de anulación de laudo².

Hay quienes podrían pensar que esta modificación en torno al tema indemnizatorio se debió a que, en la práctica, los tribunales arbitrales estaban amparando

2 El literal e) del inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo N 1071 (Ley de Arbitraje peruana) establece que el laudo se puede anular cuando “el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo con la ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional”.

pretensiones por el concepto de daño extrapatrimonial y que ello implicó fuertes sumas de dinero, y que, por eso, el Estado decidió limitar el tema.

4. ¿Cómo Está Regulado Hoy en Día el Arbitraje en las Expropiaciones en el Perú?

4.1. Inicio del arbitraje

Hoy en día, el arbitraje en expropiaciones está regulado por el Decreto Supremo N 015-2020-VIVIENDA, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura³.

Sobre el particular, cabe rescatar que este Texto Único Ordenado era necesario, en la medida de que la Ley Marco de Adquisición y Expropiación es una norma del 2015, que fue modificada luego, un mes después, (mediante el Decreto Legislativo N 1210), en el 2017 (mediante el Decreto Legislativo N°1330), en el 2018 (mediante el Decreto Legislativo N°1366) y en el 2020 (mediante el Decreto de Urgencia N 003-2020 y el Decreto Legislativo N 1486).

En ese escenario, fue acertado que el Poder Ejecutivo emitiera esta nueva versión del Texto Único Ordenado, porque realmente las normas eran tan dispersas que resultaban muy confusas para el sujeto pasivo, para el sujeto activo e, incluso, para los árbitros y abogados.

Teniendo en cuenta que el sujeto activo de la expropiación es aquella dependencia administrativa que se encarga de la tramitación de la expropiación, sea a nivel ministerial, gobiernos locales o gobiernos regionales; debemos diferenciarlo del “beneficiario” de la expropiación, quien “es el titular del derecho de propiedad del inmueble como resultado de la [...] Expropiación”, según lo establecido en el artículo 4.2 del Texto Único Ordenado.

En algunos casos de expropiación, el sujeto activo y el beneficiario serán una única entidad; sin embargo, pueden darse casos en los que sean entidades distintas. En efecto, el beneficiario siempre va a ser el Estado, entendido como cualquier entidad del Estado; incluso, empresas prestadoras de servicios de saneamiento, servicios públicos, en tanto tengan participación del Estado.

Por ejemplo, mediante la Ley N° 29980, se declara de necesidad pública la expropiación de un determinado terreno para ser destinado a la operación de la planta del tratamiento de lodos de los estanques reguladores de la planta La Atarjea (para el servicio de agua potable de la capital). Dicha ley autoritativa permitió una expropiación en donde el sujeto pasivo eran aquellos identificados como los propietarios de los bienes inmuebles a ser expropiados, el sujeto activo

³ Cabe señalar que la primera versión de este Texto Único fue aprobada mediante Decreto Supremo N°011-2019-VIVIENDA, publicado con fecha 12 de marzo de 2019. Luego, con fecha 26 de octubre de 2020, se aprueba.

era el Ministerio de Vivienda, es decir, el encargado de llevar a cabo todo el trámite de la expropiación, pero el beneficiario era el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal).

Entonces, no es raro encontrar expropiaciones en donde identifiquemos a tres sujetos. En otros casos, como en el caso del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, el sujeto activo y el beneficiario eran la misma entidad: el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En el Texto Único Ordenado también encontramos artículos como el 4.5⁴ y 24.2⁵, que hacen referencia al previo pago de la indemnización, tal como lo dispone el citado artículo 70 de la Constitución.

Sin embargo, si revisamos con detenimiento el Texto Único Ordenado, en realidad, hoy en día en el Perú, no necesariamente hay un previo pago de la indemnización justipreciada previo a la expropiación. Por ejemplo, el literal d) del artículo 28 establece que la norma que aprueba la expropiación debe incluir, entre otros, “la orden de inscribir el bien inmueble a favor del Beneficiario ante el Registro de Predios de la Oficina Registral [...] bajo responsabilidad”; asimismo, el literal e) señala que la norma que aprueba la expropiación debe incluir la “orden de notificar al Sujeto Pasivo del bien inmueble a expropiarse, requiriéndole la desocupación y entrega del bien inmueble expropiado dentro de un plazo máximo de diez días hábiles siguientes de notificada la norma [...]”.

¿Por qué nos llama tanto la atención lo dispuesto en los citados literales? Porque la norma que aprueba la expropiación también aprueba la indemnización que solo se refiere al daño patrimonial. En este caso (en la norma actual), el artículo 13.2. del Texto Único Ordenado señala expresamente que “no procede indemnización de carácter extrapatrimonial”.

Si con la legislación previa quedaba alguna duda sobre el particular (más allá de que, en la práctica, las entidades ya sostenían que los árbitros no eran competentes para emitir pronunciamiento alguno en torno a daños extrapatrimoniales), el citado artículo 13.2 es claro.

Más allá de que no se incluyan los daños extrapatrimoniales dentro del pago de la “indemnización justipreciada” a la que hace referencia la norma constitucional, hoy en día se pueden presentar casos en los que el sujeto pasivo deba entregar el inmueble sin el previo pago de esa indemnización justipreciada.

4 4.5. Expropiación: Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago [énfasis añadido] en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo.

5 24.2 La Expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, de inmuebles que se requieren para la ejecución de Obras de Infraestructura o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago [énfasis añadido] de la indemnización justipreciada que incluye compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo.

En efecto, si el sujeto pasivo de la expropiación no está de acuerdo con la tasación (elaborada por la Dirección General de Políticas y Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento), y desea acudir al arbitraje, ello no suspende la orden de desalojo ni la orden de inscribir la transferencia de propiedad a favor del Estado.

Este cuestionamiento en torno a que, en los hechos, realmente no se produce un previo pago de la indemnización al sujeto pasivo se presenta desde el 2015, y a pesar de las continuas modificaciones a la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, no se vislumbra voluntad del Poder Ejecutivo en modificar dicha norma a lo establecido por el artículo 70 de la Constitución.

Dejando de lado este importante cuestionamiento, nos centraremos en cómo está regulado el arbitraje actualmente en temas expropiatorios.

El sujeto activo realiza una oferta, entendida como una carta de intención de adquisición al sujeto pasivo. Esta carta de intención implica una etapa de trato directo, a través del cual el sujeto activo manifiesta su voluntad de adquirir el inmueble a cambio del pago de un monto que corresponde al valor comercial de inmueble y la indemnización patrimonial, de corresponder. Además, se ofrece un 20 % del valor comercial como monto adicional, a efectos de incentivar que el sujeto pasivo acepte la propuesta.

Cabe precisar que este incentivo ha estado regulado desde la Ley General de Expropiaciones de 1999, en donde se contemplaba un 5 %. En el 2013, dicho monto adicional se incrementó al 10 % del valor comercial. Quizás, en un futuro, el Estado aumente dicho incentivo, a efectos de que el sujeto pasivo no opte por la vía arbitral y acepte la transferencia de propiedad vía el trato directo.

El sujeto pasivo tiene 15 días hábiles para comunicar su aceptación de la oferta, con lo cual se da la adjudicación a favor del Estado, para lo cual se llena un formulario registral que finalmente se inscribe. Se paga al sujeto pasivo y este desaloja el inmueble.

Sin embargo, si transcurren los 15 días hábiles sin respuesta por parte del sujeto pasivo o ante un rechazo expreso de la oferta efectuada por el sujeto activo, se da por concluida la etapa de trato directo y se procede con la expedición de la norma que aprueba la expropiación y el valor de la tasación.

Actualmente, es el sujeto pasivo el que activa la vía arbitral. Recordemos que en 1999 era el sujeto pasivo quien iniciaba el arbitraje y, luego, en el 2007, se modificó ello, siendo el sujeto activo el que podía solicitar el arbitraje. Sin embargo, a partir del 2015, nuevamente, es el sujeto pasivo el que puede solicitar esta vía alternativa de solución de conflictos.

El sujeto activo puede oponerse a ir al arbitraje dentro del plazo de 10 días hábiles, lo que implicaría que los cuestionamientos en torno a la tasación elaborada deberían ser conocidos por el Poder Judicial.

Se critica esta posibilidad de que el sujeto activo pueda negarse a ir al arbitraje, porque aquel, en estricto, no tiene ningún incentivo de aceptar este mecanismo, dado que ya tiene la posesión e inscripción registral a su favor, sin previo pago de

la indemnización. Sin embargo, debemos resaltar que, en los hechos, los sujetos activos sí están aceptando acudir a la vía arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que el inmueble ya está a nombre del sujeto activo o del beneficiario a nivel registral, sin previo pago de la indemnización, sería recomendable que el arbitraje sea obligatorio para el sujeto activo⁶. Ello, en la medida de que, con la regulación actual, cabe la posibilidad de que un sujeto activo se niegue a acudir a la vía arbitral y el sujeto pasivo tenga que litigar durante años en el Poder Judicial, sin ni siquiera cobrar el monto de la tasación inicialmente ofrecida, porque si la cobra, implica que está de acuerdo con la misma, de conformidad con lo establecido por el artículo 34.3 del Texto Único Ordenado.

4.2. Materias arbitrables

Las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje son: (i) la revisión del valor de la tasación del bien inmueble objeto de la expropiación, tema sobre el cual ya hemos comentado en el presente artículo; (ii) la solicitud de expropiación total del inmueble (puede suceder que, por ejemplo, un inmueble tenga 1,000 m², pero para los fines de necesidad pública la expropiación solamente sea por 950 m²; en ese sentido, se puede someter a arbitraje que se expropie todo el inmueble, en tanto el sujeto pasivo acredite que el remanente del mismo sufre una real desvalorización o resulta inútil para los fines a que estaba destinado con anterioridad a la expropiación parcial); (iii) duplicidad de partidas. (artículo 34 de la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles)

En el Perú no es poco usual que existan dos partidas registrales sobre un mismo bien inmueble en donde hay dos titulares distintos. Entonces, en este tercer punto en específico no participa en el arbitraje el sujeto activo de la expropiación. El proceso arbitral se tramita entre los titulares según las partidas.

El artículo 34.2 del Texto Único Ordenado señala expresamente que no se puede cuestionar —ni en sede arbitral ni judicial— la norma que aprueba la ejecución de la expropiación. Ello ha sido objeto de muchos cuestionamientos porque se cierran las puertas tanto de la vía ordinaria como de la vía alternativa, para cuestionar la ejecución de la expropiación. ¿Qué pasa si es que la ley autoritativa de la expropiación en realidad no invoca una causa justa de seguridad nacional o de necesidad pública, pero a pesar de ello la ejecución de la expropiación sigue en curso? Resulta evidente lo peligroso de este artículo.

4.3. Tipo de arbitraje

Feldstein y Leonardi (1998) indican que “el arbitraje forzoso nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones”, mientras que “el arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias” (p. 14).

⁶ Cabe señalar que, en el Perú, ya existe el arbitraje obligatorio para las partes, en los casos bajo la regulación de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, si bien el arbitraje sobre expropiaciones está regulado en el Texto Único Ordenado, ello no lo convierte en uno obligatorio. Todas las normas sobre expropiaciones (más allá de qué parte solicite el arbitraje), han contemplado la necesidad de que la otra parte esté de acuerdo. En ese sentido, estamos frente a un arbitraje voluntario.

Por otro lado, el arbitraje sobre expropiaciones puede ser *ad hoc* o administrado, dependerá de cada caso en particular. Al respecto, Feldstein y Leonardi (1998) afirman que en el arbitraje *ad hoc* “las partes convienen el procedimiento y el Derecho aplicable guardando las garantías básicas”, mientras que “en el arbitraje institucional las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad, experiencia y prestigio. En ese caso, los centros de arbitraje aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico” (p. 15).

En la práctica, acepta la vía arbitral por parte del sujeto activo de la expropiación, las partes suscriben un convenio arbitral en el que determinan si será *ad hoc* o administrado, si la materia será resuelta por árbitro único o por tribunal arbitral. Todo ello, en la medida de que el artículo 35 del Texto Único Ordenado nos dice que se aplica supletoriamente el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje).

Cabe precisar que el proceso arbitral no puede exceder de seis meses desde la admisión de la demanda hasta la emisión del laudo. Ello implica que si, por ejemplo, las partes pactaron un arbitraje administrado por determinada institución arbitral, los plazos del reglamento de dicha institución deberán ser modificados, a efectos de cumplir con el referido plazo. Este plazo de seis meses puede resultar corto si tomamos en cuenta que los árbitros siempre optan por encargar la elaboración de una pericia de oficio, a efectos de contrastar las posiciones de las partes en torno a la tasación (y, en específico, en torno a la valorización comercial del inmueble). Sobre esta pericia, cabe resaltar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 34.5 del Texto Único Ordenado, se debe elaborar conforme a los criterios seguidos por la tasación elaborada por el Estado y respetando la fecha y elementos de la inspección ocular del informe técnico de tasación.

Finalmente, en torno al tipo de arbitraje, tenemos el de derecho y el de conciencia. Al respecto, Feldstein y Leonardi (1998) señalan que, en el arbitraje de derecho, el árbitro “dicta su laudo ajustado a normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado”, mientras que, en el arbitraje de equidad, “el árbitro ‘arbitrador o amigable componedor’ resuelve *ex aequo et bono*, es decir según su leal saber y entender a verdad sabia y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia” (p. 13).

El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia, dependerá del acuerdo que finalmente suscriban el sujeto pasivo o el sujeto activo. Si no se dice nada, va a ser de derecho porque se aplica la Ley General de Arbitraje de manera supletoria.

5. Conclusiones

El arbitraje se ha caracterizado por ser un mecanismo alternativo de solución de controversias célere, flexible y especializado. Por ello, resulta sumamente acertado que se mantenga como una vía para la solución de controversias en torno a temas expropiatorios (dentro de los límites a las materias que expresamente el Texto Único Ordenado ha contemplado).

Si bien existen algunos cuestionamientos en torno a cómo está regulado hoy en día el arbitraje (sobre todo con respecto a quién puede solicitar el inicio de este), no podemos dejar de resaltar que desde 1999 es la vía que más se ha empleado en el Perú para solucionar las controversias que, en su gran mayoría, se han centrado en el cuestionamiento a la tasación del bien inmueble a ser expropiado.

Lo que sí genera mucha preocupación es que el Texto Único Ordenado no respete el previo pago de la indemnización al que la misma norma se refiere y, sobre todo, al que se establece en la Constitución. La “justificación” para dicha regulación (inscripción registral y desocupación del bien inmueble antes del previo pago) es el tratar de agilizar la transferencia de propiedad a favor del sujeto activo para que este, a su vez, pueda, por ejemplo, cumplir con su obligación de entregar el terreno para la ejecución de una obra.

Si bien es innegable que nuestro país requiere una fuerte inversión en infraestructura de diversos tipos, ello no puede vulnerar derechos constitucionales.

Finalmente, es importante que los sujetos pasivos conozcan que tienen la posibilidad de activar la vía arbitral para cuestionar aquella indemnización que el sujeto pasivo pretende pagar como justiprecio por la expropiación.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú. Artículo 70, 1993 [Perú]
- Feldstein, S. y Leonardi, H. (1998). *El arbitraje*. Abeledo Perrot S.A.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Palestra Editores S.A.C.
- Guerra, J. (2009). "El procedimiento especial de expropiación y el proceso de expropiación. Análisis de la Ley N° 29320". En M. E. J. García Cerrón: *Actualidad Jurídica*. (pp. 109- 112). Tomo 184, Gaceta Jurídica S.A.C.
- Gutiérrez, W. (2002). "La expropiación". En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica S.A.C.
- Ley de Contratación del Estado, Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N 082-2019-EF, 2019, Artículos 4.5, 24.2, 34.5, 2019.
- Ley de Arbitraje peruana, aprobada mediante, Decreto Legislativo N 1071. Lit. (e), inciso 1 del Artículo 63.
- Ripol, I. (2013). *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. J.M. Bosch Editor, S.A.

INDEBIDA APLICACIÓN DE LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN EL ÁMBITO INMOBILIARIO*

IMPROPER APPLICATION OF "EXCESSIVE ONEROSITY" IN REAL STATE

*Gilberto Mendoza del Maestro***

Resumen

En el presente texto se revisa los supuestos de aplicación indebida de la figura de la excesiva onerosidad de la prestación.

Palabras clave: derecho inmobiliario, excesiva onerosidad, COVID-19

Abstract

This article analyses the instances of improper application of the "excessive onerosity" provision in the real state sector.

Keywords: real state, excessive onerosity, COVID-19

Introducción

El título que voy a tratar el día de hoy parte en negativo. Me hubiera gustado preparar una exposición describiendo el desarrollo de las figuras de la excesiva de onerosidad o la imposibilidad sobreviniente a propósito de lo que estamos viviendo en el Perú a partir de las restricciones sanitarias.

Entre los efectos negativos que conlleva esta situación de confinamiento, tenemos la oportunidad de validar la utilidad de ciertas figuras de nuestro ordenamiento a fin de resolver los casos que se vienen presentando, muchos de los cuales se originan en la falta de previsibilidad en los contratos de lo que viene aconteciendo en nuestro país.

* Algunas ideas presentes en este texto ya se han desarrollado en Mendoza, G. (2020). El Servicio Educativo escolar privado y la Geschäftsgrundlage. *Enfoque Derecho*, disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2020/04/20/el-servicio-educativo-escolar-privado-y-la-geschäftsgrundlage/> y Mendoza, G. y Pareja, V. (2021). La inscripción de las Asambleas Virtuales. *Enfoque Derecho*, disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/09/la-inscripcion-de-las-asambleas-virtuales/>

** Profesor de Derecho Civil a tiempo completo de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Observatorio Inmobiliario y Mercantil – OIM. Miembro del Grupo de Investigación de la Universidad Carlos III de Madrid - DERINRE.

Desde diversos sectores se ha venido alegando que existía imprevisibilidad absoluta de la situación; en otros casos se ha afirmado que la situación era previsible, dado que ha sido un evento que no sucedió de un día para otro, sino que, por el contrario, se fue dando paulatinamente en otros países previamente a las diversas medidas que se adoptaron en nuestro país.

Ahora bien, en el Perú ha ocurrido algo muy particular en la difusión de contenido jurídico en diferentes plataformas y medios, dado que se ha extendido en su tratamiento la aplicación de figuras como la excesiva onerosidad a situaciones en que no se aplica. Evocaciones de autoridad a profesores alemanes e italianos sostendrían estas posiciones, las cuales se han brindado sin lugar a un análisis debido, afirmando inexactitudes en capacitaciones a aquellos que resuelven conflictos en nuestro país: los jueces.

Entonces, la idea de la presente exposición es explicar brevemente la situación de emergencia sanitaria en nuestro país, luego dar una mirada a la alteración de las circunstancias para aterrizar en el art. 1440 de nuestro Código Civil. Una vez descrito el supuesto normativo de la excesiva onerosidad de la prestación (EOP), vamos a indicar los tres supuestos que han sido evocados como supuestos de hecho concreto de la EOP actualmente, verificando si están contenidos en ella.

1. Situación de emergencia sanitaria

En primer lugar, debemos recopilar evidencias de la situación en la cual nos encontramos, no solo porque es distinta a cualquier otra que recientemente se haya dado, sino porque las medidas adoptadas por el Gobierno fueron muy estrictas al inicio.

El 11 de marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 008-2020-SA¹, el cual, en su artículo 1, dispuso declarar en emergencia sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, y el D.S. N° 044-2020-PCM², el cual estableció una inamovilidad que fue ampliada mediante sucesivos decretos supremos.

Esta situación de emergencia sanitaria afectó a las personas tanto en sus relaciones con otros sujetos así como en su esfera privada. Como muestra de ello, en el ámbito jurídico, podemos mencionar los problemas que ocurrieron para las sesiones de las personas jurídicas. Asimismo, encontramos el supuesto de las clases presenciales y virtuales en el nivel escolar.

Al declararse el régimen de inamovilidad, ciertas actividades fueron limitadas, dado que la presencialidad era un requisito para su ejecución. En el caso de las personas jurídicas, precisamente de las sociedades y asociaciones,

1 Decreto Supremo N° 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-a-nivel-decreto-supremo-n-008-2020-sa-1863981-2/>.

2 Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. El Peruano. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-estado-de-emergencia-nacional-po-decreto-supremo-n-044-2020-pcm-1864948-2/>

casi la totalidad de estatutos no previeron la posibilidad de tener que realizar sesiones virtuales. Esto generó que, con el transcurso del tiempo, dada la imposibilidad de llevarse a cabo dichas sesiones, las personas jurídicas se tornasen acéfalas.

Es por ello que se emitió el Decreto de Urgencia N° 100-2020³, el cual brindó la facultad a las sociedades, asociaciones, fundaciones, comités u otras personas jurídicas reguladas por leyes especiales, la posibilidad de convocar y celebrar juntas generales o especiales de accionistas y/o asamblea general de manera virtual o no presencial, incluso si estas no se encuentran en el estatuto.

Otro caso fue la disposición de cambiar legalmente la prestación de los servicios educativos de forma temporal, de una ejecución presencial a una virtual. La Resolución N° 079-2020-MINEDU, del 12 de marzo de 2020, dispuso, en su artículo 2.1, la suspensión del servicio educativo hasta el 29 de marzo de 2020, debiendo reprogramarse las horas lectivas, situación que no afectaba el pago de las pensiones siempre y cuando: (a) Se apruebe el plan de recuperación de las horas lectivas, (b) Se comunique dicho plan a los usuarios del servicio, y (c) Se cumpla con el plan.

El 31 de marzo de 2020, mediante la Resolución Ministerial N° 160-2020-MINEDU, se dispuso el inicio del año escolar a través de la implementación de la estrategia denominada “Aprendo en casa”, a partir del 6 de abril del 2020, para las instituciones públicas, debiendo el 4 de mayo tanto las instituciones educativas públicas y de gestión privada, reiniciar las clases presenciales de forma gradual.

Ahora bien, la norma dio la posibilidad —en el caso de las instituciones privadas— de prestar el servicio educativo a distancia hasta antes del 4 de mayo de 2020, siempre y cuando tales instituciones dispusieran de las metodologías y herramientas apropiadas para dicho fin, debiéndose comunicar la adaptación del plan de recuperación a los usuarios del servicio educativo.

El 3 de abril de 2020 se aprobó la norma técnica denominada “Disposiciones para la prestación del servicio de educación básica a cargo de instituciones educativas de gestión privada, en el marco de la emergencia sanitaria para la prevención y control del COVID-19”, mediante la Resolución Ministerial N° 090-2020-MINEDU. Dicha norma técnica definió el servicio educativo a distancia como modalidad de estudio no presencial, la cual es supervisada por la UGEL.

El 18 de abril de 2020, el presidente de la República anunció que las clases no iban a reiniciarse el 4 de mayo, sino hasta nuevo aviso (Redacción Gestión, 2020), con lo cual actualmente tenemos en la realidad una suspensión del servicio educativo en la modalidad presencial y una migración al sistema a distancia, por lo que se puede entender que, mediante la Resolución Ministerial N° 160-2020-MINEDU, se ha dispuesto una dación en pago legal para la prestación de servicios educativos.

3 Antecedentes normativos encontramos en el Decreto de Urgencia N° 056-2020 (entidades bajo competencia de la Superintendencia del Mercado de Valores) y el Decreto de Urgencia N° 075-2020 (cooperativas) en los cuales previamente se autorizó a llevar a cabo sesiones virtuales, siendo ahora la Ley N° 31029.

Casos como los anteriormente mencionados, las asambleas virtuales y la prestación de servicios educativos, requirieron de una norma para poder despejar la incertidumbre frente a una situación que fue imprevisible para los ciudadanos afectados. Ahora bien, no en todos los supuestos existió una norma que definiera los conflictos presentados, por lo que la interpretación e integración fueron vitales para la solución de conflictos que —normalmente— los contratos no habían previsto *ex ante*.

2. La alteración de las circunstancias y la *geschäftgrundlage*

Luego de celebrar un contrato, todo el programa contractual que se regula debe aplicarse y ejecutarse según lo dispuesto por las partes. Sin embargo, existen diversos casos en los que las circunstancias cambian, se alteran, y esto puede repercutir (*rebus sic stantibus*) o no (*pactan sunt servanda*) en la ejecución del contenido contractual.

Así pues, Windscheid (1859) buscó, en el siglo XIX, explicar el cambio de las circunstancias a partir de su teoría de la presuposición (*voraussetzung*), desarrollando el concepto de una condición no desarrollada (*unentwickelte bedingung*) que traduce como aquella condición no expresada o no tomada en cuenta en el momento de la celebración del contrato, por lo que, posteriormente, el cambio de las condiciones de la presuposición (*voraussetzung*) crea una discrepancia entre la voluntad de los efectos (*der wirkliche wille*) y la voluntad real (*der eigentliche wille*) (Windscheid, 1859). La posición crítica fue manifestada por Lenel, quien ubicó a la *voraussetzung* entre el motivo no manifestado y la condición recíprocamente convenida (Lenel, 1859, p. 216).

Posteriormente, Oertmann (1921) busca objetivizar la posición de la *voraussetzung*, aunque parte por entenderla como una representación psicológico-real que determina la decisión de una de las partes; define como hechos relevantes aquellos que fueron manifestados por una de las partes y conocido por la otra, creando una especie de representación común de la realidad. Tomando en consideración estas ideas, se plantea la distinción *subjective und objective geschäftsgrundlage*, a fin de tratar de objetivizar aún más la base del negocio.

Si bien la construcción es doctrinal y mediante los pronunciamientos judiciales en Alemania, consideramos que nos sirve aquella que remite la valoración a la interpretación del contrato a través de la buena fe a fin de luego determinar el programa contractual, verificar la existencia o no de una reserva implícita que sea el presupuesto que tuvieron las partes contratantes para determinar la obligatoriedad del mismo (Krückmann, 1929).

Este concepto de Krückmann puede ser muy útil para ciertos casos en el Perú, tomando en consideración que nosotros no contamos con el parágrafo § 313 BGB vigente. Entonces, a partir de lo dispuesto en el art. 168 del Código Civil, podemos, a través de la buena fe, determinar que las partes celebraron el contrato dentro de condiciones objetivas, el cual no se hubiese celebrado si las circunstancias hubiesen sido distintas.

3. El artículo 1440 del Código Civil

La regulación de la excesiva onerosidad de la prestación se reconduce al art. 1440 del Código Civil, el cual regula:

Artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles [énfasis añadido], la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara, el demandado, el Juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (Código Civil, 1984)

Este art. tiene como antecedente el 1467 del Codice Civile Italiano:

1467. Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili [énfasis añadido], la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. (Codice Civile Italiano, 1942)

La exposición de motivos del art. 1440 nos indica algunos elementos condicionantes de la excesiva onerosidad de la prestación (Arias-Schreiber, 2015):

1. La presencia de contratos de ejecución continuada, periódica y diferida.
2. La posibilidad de obtener una prestación excesivamente onerosa por acontecimientos posteriores de carácter extraordinario e imprevisible.
3. El derecho del perjudicado con la alteración del equilibrio contractual a solicitar ante el juez que reduzca la prestación o aumente la contraprestación para cesar la excesiva onerosidad. Y únicamente en la hipótesis de que esto no fuese posible debido a factores que el mismo artículo 1440 señala, el juez dispondrá la resolución del contrato, pero respecto del futuro, ya que las prestaciones ejecutadas constituyen hechos consumados.

Se definen las prestaciones a cumplir por ambas partes al momento de celebrar el contrato (M0), las cuales se van a ejecutar en el devenir del contrato (M1); existe un periodo entre M0 y M1 en el cual pueden aplicarse los supuestos de EOP.

Entonces, vamos a verificar que en el momento M0 las prestaciones X1 o Y1 van a tener un determinado valor, pero en el momento M1 dichas prestaciones X1 o Y1 van a tener un valor distinto. Esta variación es significativa, pero no impide el cumplimiento de la prestación, por lo que aún se puede ejecutar.

Ahora bien, lo que resalta de la situación es que las condiciones del contrato se alteran a tal punto que alguna de las partes en el devenir del contrato asume un excesivo sacrificio o una significativa utilidad menor, que ninguna de las partes tenía presente al momento de la celebración del contrato.

Esta no previsión de la situación en M1, en nuestro ordenamiento ha sido acogida al igual que con el requisito de la extraordinariedad y, asimismo, jurisprudencial así como doctrinariamente se ha incluido al de inevitabilidad.

Entonces, vamos a enfocarnos en supuestos en los que las prestaciones se definen en un momento M0, el cual puede ser el transporte de alimentos perecibles, pero posteriormente se da un fenómeno climatológico M1, que si bien no coloca a las partes en un supuesto de imposibilidad de la prestación, sí hace que el costo de la misma no pueda sostenerse, dado que la operación económica varía sustancialmente, por lo que una de las partes debería asumir en principio dicha situación, respetando las condiciones iniciales del contrato —*pacta sunt servanda*— respecto del riesgo asumido.

Ahora bien, el Código Civil toma la posición de que esta situación puede ser insostenible, y que dicha alteración de las circunstancias debe ser asumida por ambas partes, no solo por una de ellas, por lo que dispone la reducción o aumento de la prestación, o la extinción del contrato.

4. Supuestos de no aplicación de la EOP

Habiendo brindado información básica —que consideramos necesaria— sobre la EOP, debemos analizar si su aplicación en el ámbito inmobiliario puede sostenerse en los diferentes supuestos que he traído para comentario.

El primero de los supuestos es el arrendamiento para vivienda, el segundo es de los arrendamientos de locales comerciales, y, finalmente, el caso de los pagos de las cuotas en la adquisición de departamentos.

4.1. Arrendamiento para viviendas

En los últimos meses hemos visto cómo muchas personas en el Perú han perdido su trabajo, ya sea temporalmente o de manera permanente, o han visto reducidos los ingresos que percibían mensualmente, debido a la situación en la que nos encontramos.

Evidentemente, sin ingresos, una parte importante de la población ha tenido que destinar sus recursos para su subsistencia, dejando de cumplir con las obligaciones referentes, por ejemplo, al alquiler de vivienda.

El alquiler de viviendas es un mercado —formal e informal— muy importante en nuestro país, no solo por el ámbito económico, sino especialmente por el social, el cual se ha visto dinamizado por la inmigración de personas provenientes de Venezuela.

No obstante la importancia del mercado, gran parte del mercado de alquileres para la vivienda no es formal: no existe un contrato de por medio, o si existe, no es formalizado por el temor del pago de impuestos que genera.

En este escenario se debe analizar el incumplimiento de pago en el mercado de alquileres, en el cual se ha alegado como remedio la EOP. Es decir, ante la falta

de liquidez del arrendatario, por no contar con ingresos laborales, se recurre a la EOP para señalarse que la prestación se ha tornado onerosa.

Consideramos que esta percepción no es correcta. En primer lugar, no existe una modificación de las circunstancias de las prestaciones —tal cual lo indicamos líneas arriba—, sino que el problema es que uno de los sujetos se ve en la imposibilidad de seguir cumpliendo, tal como se planteó en el contrato, por situaciones que ocurren dentro de su esfera jurídica, mas no por variaciones en las prestaciones en sí.

Es decir, el valor de la prestación es similar entre el momento M0 y M1, y si bien nos encontramos frente a supuestos de imprevisibilidad de la situación de confinamiento y las medidas que se dieron, estas no son suficientes para configurar la EOP.

Es importante tomar esto en cuenta, dado que, a diferencia de otros ordenamientos, heterónomamente no existen disposiciones para estos casos en los que el supuesto de hecho contenga este caso en específico.

La mirada, entonces, debe estar dirigida a los contratos; en estos, en la gran mayoría de casos, no se ha previsto lo que ha acontecido en los últimos meses. Por lo tanto, existen diferentes enfoques que se pueden brindar.

Por un lado, la protección de arrendatario, según la cual, dadas las circunstancias, no se puede exponerlo a quedarse sin vivienda a pesar de su incumplimiento, por lo que quizá se puede recurrir a la buena fe para suspender el remedio de la resolución por incumplimiento, por lo menos temporalmente.

La situación que vivimos genera la incertidumbre sobre a quién se debe tutelar. Una solución como la planteada parte de supuestos particulares, es decir, a partir de la imagen de que quien arrienda tiene otros ingresos, por lo que puede asumir —por lo menos temporalmente— los costos. No obstante que pueda ser la situación de gran parte del mercado de arrendamientos, también es cierto que no son pocos los casos en que los alquileres son la fuente de financiamiento o subsistencia para muchos arrendadores.

Entonces, existe el gran inconveniente de definir a quién privilegiamos y a quién subordinamos su interés. Esta decisión no es sencilla y también se debe tomar en consideración la situación de nuestro ordenamiento.

La realidad es que los procesos de resolución de contrato o de desalojo no son cortos, sino que pueden durar muchos años. Por ello, si un arrendador decide resolver el contrato por incumplimiento de pago de la renta y exige retomar la posesión, esto va a demorar un tiempo prolongado. Incluso, actualmente no se pueden ejecutar los desalojos para evitar o no exponer a contagios del COVID-19.

Entonces, en la práctica, si bien está expedito el camino para la resolución, para retomar la posesión se va a recorrer un tránsito largo. Es probable que, con este dato, las partes puedan verse forzadas a una renegociación, apartándose de cualquier configuración de la EOP.

4.2. Arrendamiento de locales comerciales

Durante la época de confinamiento, los locales comerciales fueron afectados — dada la restricción de tránsito— por la imposibilidad de venta de producción o prestación de servicios al encontrarse cerrados. Debido a ello, al igual que en el punto anterior, se ha argumentado que frente a esta situación la renta que se debe pagar por el arrendamiento se torna “excesivamente onerosa”.

Podríamos indicar que la solución —y el problema— es igual a lo comentado en el caso de los arrendamientos para la vivienda; sin embargo, consideramos que existen elementos que configuran un supuesto distinto.

En primer lugar, la necesidad del espacio es para producir productos que puedan comercializarse al público, a diferencia del supuesto de viviendas, dado que su uso es para el beneficio “interno” del arrendatario. En segundo lugar, en el caso de las viviendas, el uso satisface el fin del contrato; en cambio, en el caso de los alquileres para locales comerciales, el uso del espacio no satisface el fin del contrato. Finalmente, en el caso de viviendas, la contraprestación es la que se incumple por supuestos del entorno del arrendatario; en cambio, en el caso de los locales comerciales, no solo es la contraprestación la que se ve afectada, sino también el acceso a la prestación, debido a las medidas de inamovilidad. Estas tres diferencias no solo sirven para distinguir ambos supuestos, sino también para evidenciar que en ninguno de ellos es pasible la EOP como mecanismo de solución.

Debemos tomar en cuenta, en este caso de locales comerciales, que el uso del bien se sigue dando, dado que, probablemente, los instrumentos y materiales deben encontrarse en el local, funcionando como un supuesto de contrato de depósito. Ahora bien, es evidente que el valor del depósito no es equiparable al valor de la renta, pero puede realizarse una aproximación, a fin de que esto sea considerado en una posible renegociación.

El gran problema se encuentra en la exigencia del pago de la renta íntegra, dado el uso por parte del arrendatario. Si en el contrato no se ha dispuesto nada en concreto, la exigencia es debida.

No obstante, el ordenamiento permite la construcción de opciones para afrontar estos casos, como la frustración del fin del contrato. Es decir, si el fin que las partes establecieron fue alquilar un establecimiento comercial para la venta de productos, si estos productos no se pueden vender por imposibilidad no imputable de las partes, podrán suspenderse las prestaciones o dejar sin efecto el contrato.

Otra opción es alegar, por parte del arrendatario, el uso de la buena fe para suspender temporalmente el uso del remedio de la resolución. Encontramos esta medida razonable, dada la situación de cientos de empresas que no han podido sostener la balanza económica de su ingresos y egresos, por lo que debería limitarse temporalmente el ejercicio de la resolución por incumplimiento.

En ninguno de los supuestos propuestos evocamos la EOP. En el caso de los locales comerciales, las prestaciones son el uso del bien y el dinero de la contraprestación. Estos bienes como tales no sufren variación en el M0 al M1, por lo que estamos lejos de los cauces del art. 1440.

4.3. Compraventa de departamentos en planos

En el caso de los departamentos en planos, se ha planteado como medida la reducción de las cuotas de pago en solidaridad con los casos de suspensión perfecta de labores que ha privado de ingresos a muchos trabajadores.

Entonces, en estos casos de condición legal, dado que se ha suspendido el efecto de transferencia, pero se viene ejecutando el pago de cuotas, se propone el uso de la EOP.

Tal como señalamos en los otros dos supuestos, el uso de la EOP para estos casos no es aplicable, debido a que en este último, por ejemplo, ni la prestación ni la contraprestación se han tornado onerosas, sino que existen algunos inconvenientes para el pago de las cuotas.

Si bien la línea de solución la construimos en función de la buena fe como medio de inaplicación temporal del remedio de la resolución del contrato, debemos tomar en cuenta que el pago de las cuotas también sirve para generar liquidez para la viabilidad del proyecto. Por ello, una solución masiva en este sentido puede generar incumplimiento frente a otros propietarios.

Conclusiones

En resumen, advertimos que hay que tener bastante cuidado con la aplicación de ciertas figuras o determinadas instituciones. En este caso, consideramos que se le está dando a la excesiva onerosidad un valor que está previsto para algunos casos en concreto, pero a raíz de la coyuntura de la pandemia se ha buscado adaptarlo, lo cual no ha sido adecuado, al menos en los tres supuestos previamente manifestados.

Los cauces de la EOP son marcados, por lo que no se puede aplicar a otros supuestos sin analizar su pertinencia. Si existen remedios o se pueden construir soluciones razonables a partir de la evaluación de los intereses a proteger, consideramos que es innecesario recurrir a figuras que son inaplicables.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias-Schreiber, M. (2015). "Libro de obligaciones: Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios" (Tomo VI, 2ª ed.), Thomson Reuters.
- Código Civil. Artículos 168 y 1440. 1984 [Perú]
- Codice Civile Italiano. REGIO DECRETO 16 marzo 1942-XX, n. 262. Artículo 1467. 1941, [Italia]
- Decreto Supremo N° 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19. 11 de marzo de 2020. Presidencia del Consejo de Ministros. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-a-nivel-decreto-supremo-n-008-2020-sa-1863981-2/>.
- Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. 15 de marzo de 2020. Presidencia del Consejo de Ministros. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-estado-de-emergencia-nacional-po-decreto-supremo-n-044-2020-pcm-1864948-2/>
- Decreto de Urgencia N°056-2020. Dictan medidas para el pago de Fondos Otorgados o Liberados por el Gobierno a través de cuentas en empresas del Sistema Financiero y empresas Emisoras de dinero electrónico ante la emergencia producida por la COVID-19, y otras disposiciones. 16 de junio de 2020. Presidente de la República. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/smv/normas-legales/1069633-056-2020>
- Decreto de Urgencia N° 075-2020. Decreto de urgencia que modifica el decreto de urgencia n° 058-2011, dictan medidas urgentes y extraordinarias en materia económica y financiera para mantener y promover el dinamismo de la economía nacional y la prórroga de la vigencia de inscripción en la sunarp y celebración de asambleas generales no presenciales en las cooperativas, a consecuencia de la declaración del estado de emergencia nacional por el Covid-19. 27 de junio de 2020. Presidente de la Repú-

- blica. Recuperado de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-modifica-el-decreto-de-urgencia-n-0-decreto-de-urgencia-n-075-2020-1869131-2/>
- Krückmann. (1929). Die Voraussetzung als Virtueller Vorbehalt. En *Archiv für die civilistische Praxis*, 131. Bd., H. 1/2 (pp. 7, 91 y ss).
- Lenel. (1889). Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs). En *Archiv für die civilistische Praxis*, 74.
- Oertmann, P. (1921). *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*. W. School. Leipzig, A. Deichert.
- Redacción Gestión. (18 de abril de 2020). Prorrogan sin fecha definida el reinicio de las clases escolares presenciales. *Diario Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/peru/coronavirus-peru-prorrogan-sin-fecha-definida-el-reinicio-de-las-clases-escolares-presenciales-nndc-noticia/>
- Resolución Ministerial N° 079-2020-MINEDU, 12 de marzo de 2020. Ministerio de Educación. Artículo 2.1. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/459956-079-2020-minedu>
- Resolución Ministerial N° 160-2020-MINEDU. Disponen el inicio del año escolar a través de la implementación de la estrategia denominada “Aprendo en casa”, a partir del 6 de abril de 2020 y aprueban otras disposiciones. 1 de abril de 2020. Ministerio de Educación. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/466108-160-2020-minedu>
- Windscheid, B. (1859). *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Julius Buddeus.

EL ARBITRAJE INMOBILIARIO EN TIEMPOS DE PANDEMIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

REAL ESTATE ARBITRATION IN TIMES OF PANDEMIC IN SPANISH LAW

*Remedios Aranda Rodríguez**

Resumen

La crisis sanitaria por el COVID ha sacudido con fuerza todos los países del mundo. En España se ha materializado en una situación de excepcionalidad constitucional que ha provocado importantes modificaciones jurídicas y ha afectado a todos los ámbitos jurídicos: civil, administrativo, tributario y procesal. No obstante, en ninguna normativa excepcional para estos casos se ha aludido al arbitraje, a pesar de su utilización en el ámbito inmobiliario. El COVID ha impactado también en el arbitraje y ha modificado la forma de realizar el procedimiento: personal trabajando desde casa; envío de comunicaciones telemáticamente; cancelación de audiencias; videoconferencia; etc. La continuidad del arbitraje, frente a los procedimientos judiciales, ha sido como consecuencia de la flexibilidad de que goza el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos privado, adaptándose el procedimiento a las necesidades de las partes. Los distintos organismos españoles dedicados al arbitraje así lo han ido haciendo si bien han chocado, en ocasiones, con la suspensión de los plazos procesales en los casos en que los tribunales españoles actúan como apoyo y control del arbitraje. El colapso judicial que se prevé, una vez terminado el estado de alarma en España, traerá un auge del arbitraje, por su rapidez.

Palabras clave: arbitraje, derecho inmobiliario, COVID, proceso, resolución de conflictos

Abstract

The health crisis due to COVID has shaken strongly all countries of the world. In Spain it has materialized in a situation of constitutional exceptionality that has caused important legal changes and has affected all legal areas: civil, administrative, tax and procedural. However, none of the exceptional regulations for these cases has alluded to arbitration, despite its use in real estate. COVID has also had an impact on arbitration and has

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid. Facultad de CCSSJJ. Despacho 4.0.28. C/ Madrid, 126. 28903-Getafe. Madrid (España). ararodri@der-pr.uc3m.es

modified the way the procedure is carried out: staff working from home; sending communications electronically; cancellation of hearings; video conferencing; etc. The continuity of arbitration, compared to judicial procedures, has been as a consequence of the flexibility that arbitration enjoys as a private conflict resolution mechanism, adapting the procedure to the needs of the parties. The different Spanish organizations dedicated to arbitration have been doing this, although they have sometimes collided with the suspension of procedural deadlines in cases in which the Spanish courts act as support and control of the arbitration. The judicial collapse that is expected once the state of alarm in Spain has ended will bring a boom in arbitration, due to its speed.

Key words: arbitration, real estate law, COVID, process, conflict resolution

1. Crisis sanitaria y excepcionalidad constitucional

España, como el resto del mundo, ha sufrido también la pandemia del COVID y, como todos saben, de una forma extremadamente dura en sus inicios. Actualmente seguimos padeciéndola de forma grave.

La crisis sanitaria se ha materializado, en España, en una situación de excepcionalidad constitucional sin precedentes, pues se ha declarado el estado de alarma, en virtud del artículo 116.2 de la Constitución española¹ y del art. 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio².

El Gobierno español aprobó el Real Decreto 463/2020, del 14 de marzo del 2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria y en él se acordaron las siguientes medidas:

- 1) La suspensión e interrupción de los plazos procesales para todos los órganos jurisdiccionales, con algunas excepciones (Disposición Adicional 2ª, del R.D. 463/2020, 14 de marzo del 2020)
- 2) La suspensión de los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio de cualesquiera acciones y derechos (Disposición Adicional 4ª del R.D. 463/2020, 14 de marzo del 2020).

En ese mismo día, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) acordó la suspensión de las actuaciones judiciales programadas y

1 Art. 116.2 Constitución Española: "El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración".

2 Art. 4.b: "El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves".

de los plazos procesales en todo el territorio nacional mientras dure el estado de alarma.

En un principio, el RD 463/2020, que decretó el estado de alarma, lo hizo de forma muy general e impuso graves restricciones al desarrollo de la vida ordinaria de las personas, estableciendo medidas excepcionales para prevenir y contener el virus, destacando aquellas que reducían la movilidad de las personas y el contacto entre ellas. Todo esto influyó en el ámbito jurídico, puesto que se suspendió toda actividad no esencial o relevante mientras durara el estado de alarma. Así, se puede ver:

- a) A nivel administrativo se suspenden todos los procedimientos, los términos y se interrumpen los plazos. No obstante, esa suspensión se da solo respecto a la tramitación pero no respecto a la ejecución. Y existen algunas excepciones como en aquellos casos donde hay perjuicios para los interesados, los cuales han de manifestar su voluntad de no suspensión o de situaciones vinculadas al estado de alarma (no se suspenden los expedientes de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor, ni la afiliación, liquidación y cotización a la seguridad social).
- b) A nivel tributario, junto al RD 463/2020, aparece el RD 465/2020³, que sigue el mismo régimen de suspensión de plazos: se suspenden las autoliquidaciones de ingresos; se alteran plazos ampliándolos en cuanto a vencimientos, requerimientos, embargos, subastas, etc. En todos estos casos, el interesado no tiene que pedirlo, sino que se le aplica de manera automática salvo que cumpla voluntariamente.
- c) En la contratación pública administrativa se entiende que la pandemia puede verse como un caso de fuerza mayor (Artículo 1105, CC): como un suceso previsible pero inevitable. Por ello, se recurre al art. 239 de la Ley de Contratos del Sector Público en el que se reconoce el derecho del contratista a una indemnización para proteger la equivalencia de las prestaciones⁴. (Ley 9/2017, 8 de noviembre de 2017). No obstante, la doctrina entiende que la COVID es diferente, pues afecta a todos los contratos, también a los de servicios y de tracto sucesivo, y hay que proteger los derechos del contratista y también el interés público. De ahí que aparezca el Real Decreto Ley 8/2020, que recoge una medida importante para los contratos que no se

3 El RD 465/2020 modifica el RD 463/2020.

4 Artículo 239. Fuerza mayor.

“1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.

puedan cumplir. Concretamente nos referimos a su artículo 34, donde se desarrollan determinadas medidas en caso de fuerza mayor. Así, conforme a este artículo, los contratos públicos de servicios de prestación sucesiva no se suspenden automáticamente, sino que será necesaria la solicitud del contratista. En caso de suspensión, esta solo durará durante la vigencia del estado de alarma y será indemnizado solo por el daño emergente, no por el lucro cesante, ya que se trata de compensar los costes de la pausa. En caso de silencio administrativo, cinco días desde la petición, este será negativo. Los contratos de obra vigentes deben seguir ejecutándose (la construcción fue considerada actividad esencial y no se suspendió en principio, luego sí lo estuvo un tiempo); e igual ocurre con las concesiones administrativas⁵.

5 Artículo 34. Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

“1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará en suspenso, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes: 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el periodo de suspensión.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al periodo de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente. La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

2. En los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, en los casos a que se refiere este apartado en su primer párrafo, los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

3. En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

– Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

– Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020.

4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales

En los supuestos no regulados en la Ley de Contratos del Sector Público ni en el Real Decreto Ley 8/2020 se aplicará la norma general de derecho española para estos casos: principio de riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, asumiendo la empresa los riesgos. El gran riesgo de las empresas era ir al Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) con los trabajadores.

En todo caso, la regla a nivel público es la suspensión de plazos, por seguridad jurídica. Esa suspensión, una vez levantado el estado de alarma, permite reanudar los plazos, nunca reiniciarlos, puesto que la suspensión es una medida singular al servicio del interés general.

- d) A nivel civil, como hemos visto en las ponencias de los profesores españoles que me han precedido, destacan las moratorias en los pagos de préstamos y en el pago de las rentas arrendatarias y la suspensión de las ejecuciones hipotecarias y de los desahucios. Todo esto genera el gran problema sobre la cláusula *rebus sic stantibus* y su diferencia con la imposibilidad sobrevenida de la prestación y el incumplimiento resolutorio.
- e) Procesalmente también hay medidas importantes. De una parte, el RD 463/2020 suspende procesalmente todos los procedimientos, pues en su

salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos. La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

5. Lo dispuesto en este artículo también será de aplicación a los contratos, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

6. Lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

- a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

El régimen previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para garantizar las prestaciones necesarias en orden a la protección de personas, bienes y lugares. Dichas medidas podrán implicar, entre otras, una modificación de los supuestos en los que procede la suspensión de los contratos”.

Disposición Adicional 2ª señala la suspensión general de términos y la interrupción y suspensión de los plazos. Si bien hay excepciones: no se interrumpen los procesos penales y algunos señalados específicamente, para realizar la práctica de ciertas diligencias judiciales para evitar perjuicios a los particulares. Así, penalmente, no se suspende el procedimiento de *habeas corpus*; las actuaciones con detenidos; medidas cautelares de violencia contra la mujer o contra menores; etc. Y, en el ámbito del proceso civil, para evitar perjuicios irreparables, se continúan los procedimientos de internamiento judicial urgente de personas; los procedimientos de adopción de medidas de protección del menor (Artículo 158, CC) que se resuelven por jurisdicción voluntaria.

A grandes rasgos, estas serían las medidas más importantes al inicio de la pandemia. Si nos damos cuenta, no se dice nada sobre el arbitraje. ¿A qué es debido?

2. Situación del arbitraje ante la aparición del COVID en España

En España, el arbitraje es un medio de resolución de conflictos, alternativo a la jurisdicción procesal que se reguló por primera vez con una ley completa en 1953⁶. Si bien no significa que fuera algo nuevo, encontramos ya alusión al arbitraje en la Constitución española de 1812 (La Pepa)⁷. No obstante, la Ley de 1953 fue la primera que reguló el arbitraje aunque limitada al arbitraje privado y no era útil para el arbitraje internacional. Por ello, en 1988 fue sustituida por una nueva Ley de Arbitraje (Ley 36/1988) y esta, a su vez, fue derogada por la actual Ley de Arbitraje 60/2003, del 23 de noviembre, modificada en su contenido por la Ley 11/2011, del 20 de mayo. La sustitución de la Ley de 1988 por la de 2003 tiene como razón de ser la de adaptar la normativa del arbitraje a la Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil del 21 de junio de 1985 (Ley Modelo Uncitral).

El arbitraje es muy utilizado en España a nivel internacional, sobre todo en los conflictos entre empresas de un mismo lugar o entre empresas de distintos lugares. No obstante, el arbitraje tiene un problema: su utilización a efectos internos, pues, en España, el arbitraje es una opción que solo se puede utilizar por la autonomía privada si las partes lo han previsto en el contrato a través de la cláusula de convenio arbitral, o bien lo acuerdan posteriormente surgido el conflicto⁸. Si no

6 Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado.

7 La Constitución de 1812 alude al arbitraje en los artículos 280 y 281:

Artículo 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Artículo 281. La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar.

8 El convenio arbitral, conforme al artículo 9 de la Ley de Arbitraje, puede ser un documento firmado por las partes o estar incorporado a un documento o incluso puede adoptarse por carta o por soporte electrónico (art. 9 Ley de Arbitraje). Una vez acordado obliga a las partes a cumplir lo pactado e impide conocer las controversias a los tribunales (art. 11 Ley de Arbitraje).

lo hubieran previsto o no lo acuerdan, han de someterse a la jurisdicción procesal correspondiente o bien a la mediación atendiendo a la cuantía e importancia del tema objeto del conflicto⁹.

En un estudio reciente que elaboró el despacho Roca Junyent¹⁰ podemos ver cómo un porcentaje alto de empresas contenía en sus contratos una cláusula de sometimiento a arbitraje para resolución de conflictos, siendo en muchas ocasiones los propios abogados los reticentes a someterse a este proceso. En el ámbito inmobiliario, concretamente, el sometimiento de las empresas al arbitraje está en torno a un 20 % del total, mucho menor que en el caso de Chile, tal y como oímos al profesor Talep en su ponencia. El porqué está en la falta de tradición que tiene España respecto al arbitraje, a pesar de sus ventajas: confidencialidad, rapidez, ahorro de costes, entre otros.

A nivel interno, el arbitraje puede ser muy importante y útil en procedimientos de propiedad horizontal (relación comunidades-propietarios); arrendamientos urbanos; construcción y promoción o transacciones inmobiliarias. Sin embargo, no se ha implantado, aunque las comunidades autónomas lo están intentando utilizar. Es el caso de Madrid, donde el Gobierno de la Comunidad (Comunidad de Madrid, s.f.) extendió a todo el sector inmobiliario de dicha región el sistema arbitral (Comunidad de Madrid, 2019). Además de cuestiones sobre el alquiler, también se pretende extender el arbitraje a temas de procesos de compraventa (arras, opciones de compra); derechos de superficie, etc. Actualmente,

[...] el ámbito de actuación del sistema arbitral implantado por el Consejo Arbitral para el alquiler de la Comunidad de Madrid se ha extendido a los arrendamientos de todas las fincas urbanas sitas en la Comunidad de Madrid, incluyendo, por tanto, en su ámbito de conocimiento las controversias que puedan surgir en el marco de los arrendamientos de otra serie de bienes inmuebles distintos a viviendas, tales como locales de negocio, garajes, etc. (Comunidad de Madrid, 2019).

De esta manera,

Para el desarrollo de sus funciones, el Consejo Arbitral del Alquiler ha suscrito diversos convenios con las instituciones arbitrales competentes en la región que son las que proporcionan los árbitros al sistema: Colegio de Registradores, Colegio Notarial, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores y Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (Comunidad de Madrid, 2019).

9 El arbitraje siempre es voluntario. Como señaló el Tribunal Constitucional en una sentencia del 23 de noviembre de 1995 (STC 174/1995, de 23 de noviembre) los arbitrajes obligatorios son inconstitucionales, por lo que es necesaria la voluntad de las partes. En igual sentido, STC 352/2006, de 14 de diciembre.

10 Es el primer estudio sobre el arbitraje elaborado en España.

A la vez, hay instituciones arbitrales privadas que proporcionan árbitros: Asociación de Arbitraje Inmobiliario; Sociedad Española de Arbitraje; Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; o, Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE)(Comunidad de Madrid, 2019). En todos estos arbitrajes, debemos destacar como ventajas:

- a) Se han agilizado los plazos de resolución: menos de 40 días frente a los 6 y 12 meses en un procedimiento judicial (Comunidad de Madrid, 2019).
- b) “Más del 60 % de los conflictos se resuelven de manera satisfactoria con la aceptación de un acuerdo por las dos partes” (Comunidad de Madrid, 2019, p.1).
- c) Es una vía más económica, pues el coste del laudo está en torno al “equivalente a una mensualidad de alquiler, frente a la vía privada que puede costar hasta el equivalente al pago de 6 a 12 mensualidades” (Comunidad de Madrid, 2019, p.1)

3. Incidencia de la pandemia en el arbitraje

Lógicamente, no se puede negar el impacto del COVID sobre los procedimientos arbitrales, pero la flexibilidad del sistema permite adaptarlo a las necesidades de las partes. En el arbitraje, las partes son libres de diseñar un arbitraje a su medida, al ser un sistema de justicia privado, y, normalmente, suelen encomendar la administración del procedimiento a una institución especializada conforme a las reglas de sus reglamentos (arbitraje institucional).

El COVID y el confinamiento han provocado la cancelación de audiencias presenciales y, en los casos de asuntos cuantiosos o complejos, su suspensión. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las cortes arbitrales han continuado con el desarrollo de su función adaptándose a las circunstancias. Así, los trabajadores no van al centro de trabajo sino que trabajan desde casa, *online*; las comunicaciones se realizan mediante medios telemáticos; las audiencias y reuniones, siempre que las partes o los árbitros lo decidan, se realizan mediante videoconferencia, pero los viajes del personal quedan suspendidos (Arias, 29 de abril del 2020).

No obstante, dada la excepcionalidad de la situación y las medidas del RD 463/2020, muchas de las cortes arbitrales españolas han optado por acordar la suspensión general de los plazos de todos los arbitrajes en curso, emitiendo comunicados en sus páginas web y notificando dicha decisión a los afectados (tanto a las partes como a los árbitros). Este es el caso de la Corte Española de Arbitraje (CEA), de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) o del Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB). Hay que señalar que, como se trata de una suspensión genérica, dada la flexibilidad del procedimiento arbitral, cabría en determinados casos plantear, excepcionalmente, la continuidad del procedimiento por acuerdo de las partes con el visto bueno del tribunal arbitral.

Sin embargo, otras cortes arbitrales han optado por animar a las partes a ponerse en contacto con el personal encargado de la tramitación de cada arbitraje concreto para determinar individualmente las cuestiones que procedan en cada

caso. Es la postura de la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM) o de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Es claro que sí se aplicará plenamente la suspensión de plazos procesales prevista en la Disposición Adicional 2ª del RD 463/2020 en aquellos incidentes judiciales que se estuvieran tramitando ante los tribunales españoles, en el marco de las funciones de apoyo y control del arbitraje a las que se refieren los artículos 7 y 8 de la Ley de Arbitraje. Esto conecta directamente con la medida que adoptó el Consejo General del Poder Judicial de suspensión de todas las actuaciones judiciales programadas en territorio español durante la vigencia del estado de alarma; también afecta a los procesos arbitrales, por cuanto todos los trámites que se estuvieran sustanciando ante los tribunales españoles. Es el caso del procedimiento de nombramiento y remoción de árbitros, asistencia judicial de la práctica de pruebas, ejecución judicial de medidas cautelares, ejecución forzosa de laudos o anulación de laudo.

Además, el plazo de dos meses para ejercitar la acción de nulidad que se prevé en el art. 41.4 de la Ley de Arbitraje también se verá afectado por la suspensión de plazos de caducidad y prescripción prevista en la Disposición Adicional 4ª del RD 463/2020, puesto que el plazo del art. 41 es un plazo de caducidad.

Y, aunque no se ha dicho nada y el Consejo General del Poder Judicial no hizo referencia a ello cuando se identificaron los servicios esenciales de la Administración de Justicia que debían garantizarse durante el estado de alarma, deben seguir tramitándose actuaciones que tengan especial urgencia o que, de no adoptarse, podrían provocar un perjuicio irreparable. Este es el caso de la adopción o ejecución de medidas cautelares o, incluso, el nombramiento de árbitros.

En general, puede afirmarse que prácticamente todas las cortes arbitrales continúan desarrollando su actividad de forma remota, por lo que nada obsta el inicio de nuevos procedimientos arbitrales durante la vigencia del estado de alarma o la persistencia de la crisis sanitaria.

4. Consecuencias jurídicas del COVID y posible resolución mediante arbitraje o mediación

Se prevé un colapso de los tribunales luego de finalizado el estado de alarma. No podemos negar que la crisis sanitaria ha traído consigo una gran crisis económica y con ella una gran litigiosidad por la imposibilidad de cumplir las obligaciones contractuales. En el ámbito inmobiliario, el estado de alarma y las medidas adoptadas afectan a sectores concretos como la construcción, ingeniería, arrendamientos de inmuebles (viviendas, oficinas, locales) y también de maquinaria; cadenas de suministro de material o prestaciones de servicios.

Las consecuencias de la paralización en estos sectores por el COVID-19 son inmensas y requieren una solución inmediata. Habrá que resolver quién tiene que soportar los gastos del parón económico; cómo distribuir los gastos extras generados, o bien si hay o no derecho a alguna indemnización. En términos jurídicos, se invocará de forma mayoritaria para su resolución la figura de la fuerza mayor, la cláusula *rebus sic stantibus*, el caso fortuito, la posible imputación de

responsabilidad por restricción gubernamental, etc. Estos problemas no pueden ser demorados, por lo que los métodos alternativos de resolución de conflictos, a diferencia del proceso judicial, son la única opción para resolverlos sin una excesiva dilación (Murciano Alvarez, 25 de junio de 2020).

Es por ello que se ha ido avanzando en impulsar una solución extrajudicial de los conflictos, mediante el arbitraje o la mediación como vías alternativas para evitar la previsible congestión de los tribunales en los siguientes meses. Estos dos métodos alternativos de resolución de conflictos son más rápidos que cualquier juicio ordinario. Por ello, existe la posibilidad de que las partes insten el arbitraje o la mediación para obtener una resolución del conflicto más rápida.

5. Conclusión

Los métodos alternativos de resolución de conflictos tienen importantes ventajas como la confidencialidad, la rapidez y el ahorro de costes, pero también la no paralización de su actividad, frente a los tribunales de justicia, que ha evitado un tapón en la resolución de los procesos por utilizarse el correo electrónico en las comunicaciones y la videoconferencia para audiencias y sesiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, D. (29 de abril de 2020). Como afectará la pandemia del Covid-19 a los arbitrajes. *Cinco días, Opinión*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/28/opinion/1588091162_400015.html
- Constitución Española. (año). Artículos 4b. y 116.2. 27. De diciembre de 1978 (España).
- Comunidad de Madrid. (2019). La Comunidad de Madrid extenderá el Sistema Arbitral a todo el sector inmobiliario madrileño. *Medios de comunicación*. <https://www.comunidad.madrid/file/173458/download?token=fGtr-K8my>
- Comunidad de Madrid (s.f.). Consejo Arbitral para el Alquiler. <https://www.comunidad.madrid/servicios/vivienda/consejo-arbitral-alquiler>
- Ley de 22 de diciembre de 1953. Por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado.
- Ley 26 de 1988. Sobre disciplina e Intervención de las entidades de crédito. 29 de julio de 1988. BOE-A-1988-18845.
- Ley 9 de 2017. De Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE. 8 de noviembre de 2017. BOE-A-2017-12902.
- Ley 60/2003, de 23 de noviembre de 2003, Ley de Arbitraje. Artículos 7, 8, 9, 1 41.a. BOE núm., (A-2003-2346)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
- Murciano Álvarez, G. (25 de junio del 2020). Reacciones del arbitraje frente a la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. *Blog Sepin*, <https://blog.sepin.es/2020/06/arbitraje-emergencia-sanitaria-covid-19/>
- Real Decreto de 24 julio de 1889. Código Civil [CC]. Artículos 158 y 1105 (España).
- Real Decreto, Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE núm. 73, (BOE-A-2020-3824) Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Artículos 34, 158 y Disposiciones adicionales, 2ª y 4ª. BOE núm. 67 (BOE-A-2020-3692)

Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE, núm., 73 (BOE-A-2020-3828). Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/17/465>

Roca Juyent. (2018). Primer estudio de arbitraje en España. Encuesta sobre arbitraje en España. https://www.rocajuyent.com/sites/default/files/content/file/2019/08/28/1/informe_rocajuyent_digital.pdf

Tribunal Constitucional. Pleno. STC 174/1995. 23 de noviembre de 1995.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. STC 353/2006. 14 de diciembre de 2006.

COVID-19, CASO FORTUITO, INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

COVID-19, FORTUITOUS EVENT, BREACH OF CONTRACT AND CONTRACT SUSPENSION

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau*

Resumen

El COVID-19, además de plantear un *trade-off* entre salud y economía, a veces exagerado por algunos, ha provocado directa o indirectamente una serie de incumplimientos contractuales, totales o parciales, definitivos o temporales, lo que ha obligado a la doctrina nacional y extranjera a buscar posibles soluciones, especialmente en relación con los remedios legales que sería posible utilizar dentro del contexto de cada ordenamiento jurídico.

Entre nosotros, se suele escuchar por parte de algunos profesores que nuestro decimonónico Código Civil no ofrecería soluciones, lo que es efectivo si solo nos circunscribimos al tenor literal de las normas jurídicas que regulan el caso fortuito y la denominada “teoría de los riesgos”. Sin embargo, también hay importantes principios generales plasmados en diversas normas jurídicas —por lo tanto, constituyen derecho— que permiten buscar soluciones equitativas.

En el presente artículo nos enfocaremos en la suspensión de los efectos del contrato —o de determinadas contraprestaciones— y, de paso, en la reducción del precio, lo que resulta plenamente aplicable a nuestra realidad contractual sobre la base de principios legales ampliamente reconocidos en el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia. La posibilidad de lo segundo, incluso, posee expreso reconocimiento en normas dispersas.

Palabras clave: caso fortuito, incumplimiento contractual, suspensión del contrato

* Ex alumno CADRI del Colegio de Registradores de España y la Universidad Autónoma de Madrid; profesor titular de derecho civil y derecho registral, y director del Magister en Derecho Inmobiliario y Registral de la Universidad Central de Chile; miembro del Grupo de Profesores Investigadores de Derecho Inmobiliario, Registral y de la Edificación (DERINRE) de la Universidad Carlos III de Madrid; profesor visitante de la Segunda Especialidad en Derecho Registral de la Pontificia Universidad Católica del Perú; miembro de la Sala Internacional del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina; director de la Revista de Derecho Inmobiliario (Editorial Metropolitana - Chile), y socio de Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda. - Abogados. Catedral número 1009, oficina 604, comuna de Santiago, Región Metropolitana, Chile. masl@sepulvedayescudero.cl

Abstract

COVID-19, in addition to posing a trade-off between health and the economy, sometimes exaggerated by some, has directly or indirectly caused a series contractual breaches, total or partial, permanent or temporary, which has forced national doctrine and foreigner to seek possible solutions, especially in relation to legal remedies that could be used within by the context of each legal systems. Among us, it is often heard from some professors that our nineteenth-century Civil Code would not offer solutions, which is effective if we only confine ourselves to the literal wording of the legal norms that regulate the fortuitous event and the so-called “theory of risks”. However, there are also important general principles embodied in various legal norms —therefore, they also constitute law— that allow seeking equitable solutions.

In this article we will focus on the suspension of the effects of the contract — or of certain compensation— and, incidentally, on the reduction of the price, which is fully applicable to our contractual reality based on legal principles widely recognized in the Civil Code, the doctrine and jurisprudence. The possibility of the second, even, has express recognition in scattered norms.

Key words: fortuitous event, breach of contract, suspension of contract

I. Consideraciones generales

En primer lugar, nuestros agradecimientos a la Pontificia Universidad Católica del Perú por acoger, durante los días 16 y 17 de octubre de 2020, este V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario: “Los efectos del COVID en el Derecho Inmobiliario comparado”; ello, en el marco de la Cátedra UC3M¹ – UCEN² de Derecho Inmobiliario.

Como primera reflexión, nos parece que el principal dilema que nos plantea la pandemia del COVID-19 es el de un *trade-off* entre salud y economía —exagerado a veces por algunos³—, lo que evidentemente no es ajeno al derecho.

“Es tal el nivel de incertidumbre provocado por la pandemia del coronavirus que, de manera extraordinaria, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) decidió estimar dos escenarios en su informe de Perspectivas Económicas publicado” el pasado 10 de junio. “El primero contempla que el COVID-19 continúa retrocediendo y permanece bajo control, mientras que el otro plantea que un segundo brote surge durante 2020. Ambos escenarios son sombríos, ya que la actividad económica no vuelve ni puede volver a la normalidad en estas circunstancias” (Diario Financiero, miércoles 10 de junio de 2020). Algunos países ya están enfrentando el segundo escenario.

1 Universidad Carlos III de Madrid.

2 Universidad Central de Chile.

3 En nuestra opinión, quien de mejor manera ha analizado esta situación es Carlos Peña. Según este profesor y columnista, “Dentro de las múltiples tonterías de estos días (el miedo es levadura de estupidez) se encuentra aquella según la cual hay que escoger entre la economía o la salud”. “La economía, es decir, el trabajo y el intercambio a que él da lugar, mediado por el dinero, salvo que se prefiera el trueque, son la base de la vida humana”. Por lo tanto, no queda otra que “*planificar un retorno seguro, retomar las actividades progresivamente*” (26 de abril de 2020, p. D 9).

Sin embargo, no resultan razonables aquellas afirmaciones que pretenden culpar al capitalismo como causa de la catástrofe que vivimos, lo que resulta alucinante. Ello es equivalente, en términos religiosos, a atribuirlo a la ira de Dios con una humanidad pecadora; se trataría, ni más ni menos, que del precio por los pecados⁴. Como bien observa Tapia R., a la desgracia del COVID-19

[...] debe también sumársele las sucesivas decisiones de autoridad, luego de la declaración del Estado de Catástrofe en Chile [18 de marzo de 2020], ordenando cierres totales o parciales de comercio y empresas, toques de queda, confinamientos obligatorios o cuarentenas, bloqueos de fronteras, cordones o aduanas sanitarias, etcétera, que también tienen un impacto directo en diversos tipos contractuales, cuyas obligaciones pueden verse suspendidas, imposibilitadas de forma definitiva o volverse más dificultosas u onerosas. (2020, p.3)

En este mismo sentido, Arnau Moya advierte que

La irrupción del COVID-19 está incidiendo en el ámbito del cumplimiento de los contratos de dos maneras diferentes: en unos casos está generando situaciones de imposibilidad de cumplimiento de los contratos y en otros, está provocando situaciones que, si bien no impiden el cumplimiento, sin embargo, están generando un desequilibrio sobrevenido de las prestaciones tal cual fueron previstas a la hora de contratar. (3 de julio de 2020)⁵

Ello ha llevado a la doctrina nacional, y también extranjera, a formular diversas interrogantes en torno al caso fortuito y a la distribución de los riesgos —posibilidad de que los fines perseguidos a través del contrato no se cumplan o que se dificulte su cumplimiento por contingencias de cualquier naturaleza—, muy especialmente a propósito de los contratos sinalagmáticos de ejecución diferida y de tracto sucesivo suscritos con anterioridad a la pandemia. Quizás, la primera de ellas ha sido preguntarse si el COVID-19 encaja en la descripción de caso fortuito⁶ o si,

4 Tal línea de pensamiento parece sugerir, tal como señala Joaquín Brunner, que a partir de la demolición del sistema “podría desplegarse, por fin, una historia sin pandemias, una economía sin mercados y una sociedad sin desigualdades ni abusos. Un absurdo fascinante, ¿o no?” (29 de mayo de 2020, p. A 3).

5 En relación con el derecho del consumo, Del Villar Montt hace presente que la “reducción de la movilidad repercutió en la forma en que los consumidores podían, o pueden en la actualidad, ejercer los derechos irrenunciables que le otorga la Ley N° 19.496 y que derivan, entre otros de las garantías o del retracto legal” (2020, p. 1).

6 “La profesora de la Universidad Alberto Hurtado (UAH) Lilian San Martín afirma que sí, porque ‘corresponde a un desastre natural y, en cuanto tal, recibe fácilmente la calificación de caso fortuito o fuerza mayor. En sede contractual, este calificativo se debe a su carácter irresistible e imprevisto por quienes se obligaron con anterioridad’. ‘Pero advierte, esta idea no es generalizable, pues ‘hay deudores que sí asumieron el riesgo de pandemia y otros que, por regla general, no pueden invocar el caso fortuito, como los deudores de dinero’ (Chaparro S. y Zúñiga C., 2020, p. 18). Tapia R. señala que “en muchas hipótesis, en que no es posible establecer la reunión de tales elementos [los de la fuerza mayor] respecto del Covid-19, probablemente ello sí se podrá lograr en los actos de autoridad subsecuentes” (2020, p. 182).

en realidad, los eventos constitutivos de tal son los actos de autoridad adoptados en razón de él⁷.

El artículo 788 inciso 2º del Código Civil responde afirmativamente la primera pregunta:

“Si el ganado o rebaño parece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse”.

En este mismo sentido, Vilar González estima que

[...] resulta indudable que la declaración oficial, el pasado 11 de marzo de 2020, de la situación de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud, puede considerarse como un acontecimiento absolutamente imprevisible e inevitable para las partes”, agregando que la “interpretación de estos supuestos debe ser llevada a cabo en forma restrictiva y tratando de conservar la obligación de cumplir con la prestación” (2 de julio de 2020).

Según Carrasco Perera, “la pregunta [‘¿Es el COVID-19 una Fuerza Mayor?’] es una trampa y la respuesta que se dé a la trampa un sofisma. Se trata de una pregunta mal formulada y por ello no tiene respuesta” (17 de abril de 2020). Para Alcalde Silva,

[...] no tiene una respuesta única. La calificación de caso fortuito que se haga de la pandemia depende del contrato que se trata. Ciertamente lo será cuando el deudor padece la enfermedad y ella impide realizar una prestación personalísima. En los demás casos, el virus no es en sí un caso fortuito, pero pueden serlo (como fuerza mayor) las medidas que la sociedad adopta imperativamente al respecto. (29 de abril de 2020)

Lo que sí resulta claro es que el caso fortuito no solo se debe analizar en abstracto, sino también en cuanto a sus efectos en cada contrato, debiendo distinguirse entre aquellas obligaciones afectadas por el caso fortuito y aquellas que no (recordemos, por ejemplo, que las obligaciones en dinero no se ven afectadas por el caso fortuito). También habrá que observar si el caso fortuito tornó definitiva o temporalmente imposible su cumplimiento, y prestar atención a sus efectos respecto del deudor y del acreedor.

En esta materia, a lo que primero deberá estarse es a lo pactado en los respectivos contratos, tal como lo confirman los artículos 1547, inciso 4º, y 1558, inciso 3º, del Código Civil. Los contratos no solo cumplen una función conciliadora de intereses, un ajuste económico de aquellos contradictorios o concurrentes, o el medio más utilizado para alcanzar el ideal de la colaboración voluntaria (Pescio V., 1961, pp. 101-103), sino que, también, son un instrumento de distribución de

7 Por ejemplo, así es a juicio de la profesora de la Universidad Católica (UC) Carmen Domínguez (Chaparro S. y Zúñiga C., 2020, p. 18). Sobre los actos de autoridad subsecuentes al Covid-19 y caso fortuito véase Tapia R. (2020, pp. 182-189).

riesgos, cuya asignación puede ser realizada por los propios contratantes o por las leyes (artículo 1547, inciso 4° del Código Civil)⁸. En el caso del Código Civil, sus normas son supletorias de la voluntad de las partes.

Si hay algo que nos ha enseñado esta crisis es que, en lo sucesivo, los abogados que ejercemos la profesión deberemos poner mayor atención en la técnica contractual, es decir, en la equitativa distribución de los riesgos en aquellos contratos en cuya negociación debamos participar y, en lo posible, contemplar mecanismos justos para restablecer el equilibrio cuando este se vea severamente afectado por circunstancias sobrevinientes no imputables a las partes.

II. Caso fortuito

A diferencia del Código Civil francés de 1804⁹, el Código Civil chileno, promulgado el 14 de diciembre de 1855 para entrar a regir el 1 de enero de 1857, definió en su artículo 45, ubicado en el Título Preliminar, el caso fortuito:

Se llama fuerza mayor o caso fortuito¹⁰ el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.¹¹

Como se puede advertir de la definición, debe tratarse de un hecho imprevisible e irresistible y, además, ajeno a las partes (esto último se desprende del artículo 1547 inciso 2° del Código Civil¹²). Pero, también, debe analizarse en concreto, es decir, tomándose en consideración las particulares circunstancias de cada contrato, lo que viene a relativizar la noción de caso fortuito¹³. A ello cabe agregar que, bajo ciertos supuestos, puede mantenerse la responsabilidad del deudor aun

8 Alcalde Silva, justificadamente, advierte que “por muy sofisticadas que sean las partes no son omniscientes y son incapaces de precaver de modo exhaustivo los riesgos que puede implicar la ejecución de un contrato, sobre todo cuando ella se prolonga por un tiempo más o menos extenso. Esa es la función institucional de las reglas: disminuir las contingencias de la vida sin necesidad de generar costos insoportables, garantizando la seguridad jurídica y haciendo menos nebuloso el provenir, como recordaba Carlos Peña [...]” (29 de abril de 2020).

9 Mediante la reforma del derecho de los contratos, de 2016, se incorporó al Código Civil francés (artículo 1218 inciso 1°) una definición de fuerza mayor en materia contractual.

10 Sobre la sinonimia entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”, véase Tapia R. (2020, pp. 38-41).

11 El artículo 1105 del Código Civil español contiene una definición implícita: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos, fueren inevitables”. En cambio, el Código Civil peruano lo define expresamente en su artículo 1315: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

12 Véase el artículo 1486 inciso 1° del Código Civil en relación con los artículos 934, 1590 inciso 1°, 1672, 2015 inciso 3°, 2016 inciso 2°, 2178 n° 2 y 2242 del mismo código.

13 “Para otros, la imprevisibilidad y la irresistibilidad deben ser consideradas prestando atención al contrato, esto es, al riesgo que, plausiblemente asumieron las partes al contratar. Para definir si concurre imprevisibilidad e irresistibilidad, ha de prestarse atención, ante todo, al contrato”. “De esta forma se relativiza la noción de caso fortuito. Un mismo evento puede ser un caso fortuito respecto de unas partes, pero no de otras” (Vidal y De la Maza, 11 de abril de 2020).

a pesar de concurrir caso fortuito: (a) casos mencionados en la ley¹⁴; (b) cuando expresamente se ha pactado; (c) en las obligaciones de entregar cosas genéricas (principio *genus nunquam perit*)¹⁵, y (d) riesgos acontecidos tras la constitución en mora¹⁶. Según Arnau Moya, “a este listado cabría añadir que en ocasiones es la ley la que prevé los efectos que producirá la fuerza mayor” (3 de julio de 2020).

El caso fortuito o fuerza mayor, como se sabe, extingue o suspende el cumplimiento de obligaciones (libera al deudor definitiva o temporalmente de la prestación, exonerándolo de responsabilidad)¹⁷, pero, además, se encuentra directamente relacionado a dos temas vinculados a la ejecución de los contratos — más bien, vinculados a su incumplimiento—: la denominada “teoría de los riesgos”, cuya función es, en palabras de Alcalde Silva, “decidir la suerte del contrato cuando una de las prestaciones se ha hecho imposible de cumplir” (29 de abril de 2020), y a aquello que modernamente la doctrina ha llamado “incumplimiento contractual objetivo”.

1. Teoría de los riesgos. Esta materia se encuentra tratada en los artículos 1550 (riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe) y 1820 (pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende) del Código Civil¹⁸ y en los artículos 142 y 143 del Código de Comercio, a propósito de los efectos del contrato de venta, los cuales asignan el riesgo de la pérdida de la cosa debida por caso fortuito al acreedor.

Se trata de una regla sumamente criticada por nuestra doctrina, principalmente por poner el riesgo de cargo de quien no es dueño¹⁹. Se agrega que no guarda

14 Véanse los artículos 1486, 1550, 1820, 1950 n°1 y 1996 del Código Civil.

15 Artículo 1510 del Código Civil: “La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”. Por lo tanto, no resulta extraño que Vilar González afirme que, “Por lo que respecta a los graves efectos económicos que está produciendo la pandemia por COVID-19 a muchos niveles, los problemas de liquidez que de los mismos se deriven, no liberarán a los deudores del cumplimiento de sus respectivas obligaciones, puesto que la imposibilidad de cumplir con la obligación genérica de pagar una determinada cantidad de dinero, en principio y por sí sola, no será causa de extinción de las obligaciones” (2 de julio de 2020).

16 Así, por ejemplo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil, “El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa” (si el hecho proviene de culpa del deudor parece impropio hablar de caso fortuito). Véanse también los artículos 1550, 1590 inciso 1° y 1672 inciso 2° del Código Civil.

17 “Respecto del contrato, permite dispensar legítimamente al deudor del cumplimiento total y oportuno de una obligación. En efecto, si el caso fortuito es total y permanente, la obligación contractual se extinguirá porque su cumplimiento se vuelve imposible (modo de extinguir regulado en los artículos 1670 y siguientes del Código Civil). En cambio, si el caso fortuito es temporal, solo suspenderá momentáneamente el cumplimiento, pues en tal caso la obligación sigue vigente” (Tapia R., 2020, pp. 16-17.)

18 Los artículos 1670 a 1680 del Código Civil reglamentan el modo de extinguir las obligaciones “pérdida de la cosa debida”.

19 Según Ramos Pazos, “La explicación de esta situación tan poco equitativa radica en que Bello habría copiado esta disposición [el artículo 1550 del Código Civil] del código francés, sin reparar que como allí no se exige la dualidad título modo, bastando el solo contrato para transferir la

relación con la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales, ni con la “teoría clásica de la causa”, ni con la ejecución de buena fe de los contratos (artículo 1546 del Código Civil). En definitiva, quienes la critican la consideran una regla bastante injusta²⁰.

Sin embargo, en opinión de Ramos Pazos, no obstante tratarse de una regla injusta, “el problema no es tan grave porque su ámbito de aplicación es bastante más reducido del que a primera vista aparece. En efecto, solo viene a regir para las compraventas y permutas (artículo 1900 del Código Civil)²¹ no condicionales” (2008, p.271).

Según Vidal y De la Maza Gazmuri,

[...] la idea tradicional es que el caso fortuito extingue la obligación. Se le concibe como un supuesto de imposibilidad sobrevenida que libera al deudor. Lo cierto es que algo como eso únicamente sucede, de manera necesaria, tratándose de la obligación de entrega de una especie o cuerpo cierto cuando esta se destruye por caso fortuito (pérdida de la cosa que se debe). En verdad, la forma en que concibe el Código Civil el caso fortuito no es como medio de extinción de las obligaciones (art. 1567 CC) [sic], sino como una eximente de responsabilidad frente a un incumplimiento no imputable (‘El deudor no es responsable del caso fortuito’ art. 1547 inc. 2°). (11 de abril de 2020)

No obstante lo expresado por Vidal y De la Maza, por ejemplo, Ramos Pazos desde hace tiempo también había señalado que “el efecto propio del caso fortuito es liberar de responsabilidad al deudor. Así lo dice el artículo el 1547 inciso 2° [...], y lo reitera el artículo 1558 inciso 2°” (2008, p.267).

En resumen, todo indica que la sola aplicación del caso fortuito, por sí solo, y menos la teoría de los riesgos, tal cual se encuentra formulada en nuestro Código Civil, no permite dar fácil solución a las problemáticas acaecidas con ocasión del COVID-19 en la ejecución de los contratos.

2. Incumplimiento objetivo. Doctrinariamente, se habla de “incumplimiento objetivo” cuando no se cumple aquello que el contrato obliga a cumplir, indistintamente de si es imputable o no al deudor²². Según explican Vidal y De la Maza,

[...] cualquiera sea el suceso y sus consecuencias (temporal o definitivas respecto del cumplimiento) existe un incumplimiento del contrato. En este supuesto, la noción de incumplimiento contractual es neutra, al no depender de la imputabilidad del deudor. Y si se afirma que hay incumplimiento, ha de dilucidarse

propiedad, la regla era justa pues el deudor, celebrado el contrato, ya había transferido la cosa al acreedor, debiendo por ello este acreedor soportar su pérdida” (2008, p. 270).

20 Algunos la han justificado en que se trataría de un riesgo como cualquier otro que puede presentarse en los negocios. En el caso de la compraventa, se agrega que se justificaría en que el comprador se beneficia con los aumentos y mejoras.

21 “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; [...]”.

22 Por ejemplo, los artículos 1926, 1928, 1929, 1932 y 1950 n°1 del Código Civil, ubicados en el contrato de arrendamiento, parecen confirmar la idea de que el incumplimiento no necesariamente debe ser imputable al deudor.

las consecuencias que produce respecto del deudor afectado por el caso fortuito y del acreedor. (11 de abril de 2020)

El artículo 86 de los “Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos” proporciona el siguiente concepto de incumplimiento:

- (1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada.
- (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.
- (3) El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución. (De la Maza, Pizarro y Vidal, 2017, p. 95)

Tratándose del caso fortuito, se produce un incumplimiento contractual no imputable al deudor, lo que, de pronto, impedirá al acreedor solicitar la indemnización de perjuicios o la ejecución forzada de la obligación no cumplida. Sin embargo, nuestra doctrina ha reflexionado acerca de la posibilidad de aplicar otros remedios legales²³, tales como la excepción de contrato no cumplido²⁴, la resolución del mismo, su suspensión o la reducción del precio.

También se ha preguntado si, tal como ocurre en Francia, sería conveniente tener una norma legal que obligue a renegociar²⁵. No obstante la opinión que se tenga a este respecto, no debe olvidarse el modelo de negociación protegida de la denominada “Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas” —Ley N° 20.720—, la que establece el régimen general de los procedimientos

23 “Se constata por la doctrina una dispersión de los remedios legales ante el incumplimiento contractual. Existen remedios generales y especiales. Entre los primeros destacan la ejecución forzosa o cumplimiento en naturaleza, la resolución del contrato o la indemnización de perjuicios. Las acciones especiales pueden derivar de la voluntad de las partes, así ocurre con la resolución unilateral del contrato o pueden estar establecidas en la ley, siendo un ejemplo la acción por vicios ocultos o redhibitorios” (Pizarro Wilson, 2008, p. 256). Por su parte, el artículo 91 de los “Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos” dispone lo siguiente: “De los medios de tutela.

(1) En caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, algunos de los siguientes:

- (a) Cumplimiento específico;
- (b) Reducción del precio;
- (c) Resolución del contrato;
- (d) Suspensión del cumplimiento, e
- (e) Indemnización de perjuicios.

(2) La indemnización de perjuicios puede ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela” (De la Maza, Pizarro y Vidal, 2017, p. 96).

24 En este caso resulta pertinente formular la siguiente pregunta: ¿la acción resolutoria puede ser ejercida por el deudor si el acreedor ejerce la excepción de contrato no cumplido?

25 En opinión de Carmen Domínguez, “Está en juego el principio de la intangibilidad del contrato, que es cardinal a la actividad económica y satisfacción de las necesidades. El mensaje a los contratantes no puede ser el que el caso fortuito puede liberarlos ahora de cumplir con sus obligaciones. Por el contrario, creo que es la hora de promover el acuerdo para que ambas partes - que han resultado afectadas sin culpa por lo que está sucediendo - negocien un ajuste del contrato que permita cumplir con él y seguir desarrollando la actividad económica de que se trate o satisfaciendo” Chaparro S. y Zúñiga C., 2020, p. 21).

destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de deudores empresa, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de deudores persona natural²⁶.

En el caso del contrato de trabajo, el 26 de marzo de 2020 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.220, la que modificó el Código del Trabajo con el objeto de regular el trabajo a distancia y el teletrabajo, disponiendo su entrada en vigencia para el 1 de abril del mismo año. Permite pactar, tanto al inicio como durante la vigencia de la relación laboral, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, pudiendo acordarse alteraciones en la jornada laboral. Posteriormente, se publicó en el Diario Oficial del 6 de abril de 2020 la Ley N° 21.227, la que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales, posibilitando pactar temporalmente la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada.

En cambio, en el ámbito bancario, las propias instituciones financieras procedieron a renegociar con sus clientes y a ofrecer aumentos de plazos para el pago de ciertos créditos, especialmente hipotecarios²⁷.

III. Suspensión del cumplimiento del contrato (o, al menos, de la contraprestación)

Se trata de un incumplimiento derivado de una imposibilidad sobreviniente temporal o parcial. Como ya se dijo, “[l]a imposibilidad sobreviniente total y definitiva para cumplir una obligación contractual, causada por caso fortuito, extingue la obligación y libera al deudor. En tal caso, el acreedor puede optar por resolver el contrato o reclamar la cesión de los derechos y acciones que, en razón de la imposibilidad, el deudor detenta contra un tercero” (artículo 90 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos)

No obstante el expreso reconocimiento del principio *pacta sunt servanda* en su artículo 1545, las normas y principios del Código Civil son suficientes para sostener la posibilidad de aplicar la suspensión del cumplimiento del contrato o la rebaja del precio en favor del deudor, remedios legales que no suponen imputabilidad para poder hacerlos valer. Ello perfectamente podría sostenerse a partir de la conmutatividad del contrato —justicia conmutativa en caso de grave alteración de la equivalencia de las prestaciones²⁸—, su bilateralidad —reciprocidad de las obligaciones²⁹—, la causa³⁰, la excepción de contrato no cumplido³¹, la ilicitud del enriquecimiento injusto³² y, muy especialmente, el

26 Mediante Mensaje N° 166-368, de 2 de septiembre de 2020, el Presidente de la República inició la tramitación de un proyecto de ley que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N° 20.720, y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas.

27 Mediante Mensaje N° 176-368, de 23 de septiembre de 2020, el Presidente de la República inició la tramitación de un proyecto de ley que permite la postergación de cuotas de créditos hipotecarios y crea la garantía estatal para caucionar cuotas postergadas.

28 El artículo 1441 del Código Civil define el contrato oneroso conmutativo.

29 El contrato es bilateral “cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente” (Artículo 1439 del Código Civil).

30 El artículo 1467 del Código Civil se refiere a la causa.

31 El artículo 1552 del Código Civil, a propósito de la indemnización de perjuicios contractuales, permite establecerla.

32 Se trata de un principio ampliamente reconocido por nuestra doctrina y jurisprudencia, y que sirve

principio de ejecución de buena fe de los contratos, expresamente consagrado en el artículo 1546 del Código Civil:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Esta norma, además, nos parece que debe ser complementada por la regla de interpretación de los contratos contenida en el artículo 1563 del mismo código: “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”.

El artículo 1932 inciso 2°, ubicado en el contrato de arrendamiento³³, es un reflejo de lo expuesto:

Si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento o concederse una rebaja del precio o renta³⁴.

En el caso de la reducción del precio, también se encuentra expresamente prevista en la compraventa, en el artículo 1814, y a propósito del saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios.

Volviendo a la buena fe, se trata de un principio que ofrece gran versatilidad en la integración de las obligaciones y del contenido de los contratos, facilitando la búsqueda de soluciones justas. En este sentido, Víctor Vial comentan que la teoría de la imprevisión “está superada por el razonamiento de los autores contemporáneos”, y estima que “es mejor contribuir a una aplicación más dúctil del principio de buena fe en su función integradora de las obligaciones” (Alcalde Silva, 22 de mayo de 2020). Enrique Barros, considerando también que la teoría

de fundamento a diversas normas del Código Civil. Sobre la ilegitimidad del enriquecimiento injusto, ver Sepúlveda Larroucau y Orrego Acuña (2007, pp. 124-131).

33 Mediante moción parlamentaria presentada por seis diputados se inició la tramitación de un proyecto de ley que prohíbe el alza de rentas de arrendamiento y dispone la suspensión de su pago, así como del desalojo del arrendatario, en los casos y bajo las condiciones que indica, durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, declarado en razón de la pandemia por Covid-19 (Boletín N° 13.373-03); actualmente, en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Esta clase de proyectos, al igual que aquel que dispone la suspensión, por el período que indica, de las medidas judiciales de embargo de bienes y de lanzamiento, en razón de la emergencia que vive el país (Boletín N° 13.408-07), actualmente, en segundo trámite constitucional en el Senado, ha sido objeto de duras críticas. Así, por ejemplo, respecto de este último proyecto se ha dicho que “Constituye una avocación de las facultades que competen al Poder Judicial y una privación al derecho de propiedad”, “afecta la labor de los abogados respecto a los derechos de las personas que ellos representan”, “Priva al acreedor de obtener una medida de apremio, dejándolo sin derecho alguno para siquiera preservar su derecho de cobrar a futuro” y “parte necesariamente de la premisa de que el acreedor está en mejor posición para enfrentar las consecuencias económicas de la pandemia que el deudor” (Chaparro, 16 de agosto de 2020, p. C 8).

34 Véase el artículo 1928 inciso 2° del Código Civil y los comentarios de De la Maza Gazmuri a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre terminación de contrato de arrendamiento por mal estado o calidad de la cosa, en De la Maza Gazmuri (2010, pp. 207-223).

de la imprevisión “no es un remedio para lo que enfrentamos”, entiende que una adecuada armonización del principio de fuerza obligatoria del contrato y de su ejecución de buena fe permitiría soluciones justas (Alcalde Silva, 22 de mayo de 2020)³⁵.

Por su parte, los profesores De la Maza Gazmuri y Vidal Olivares, al comentar tres sentencias de nuestra Corte Suprema, explican que “cobra relevancia el principio de la buena fe, integrando al contrato contenidos sobre los cuales las partes no se pronuncian explícitamente pero que, sin embargo, contaron con ello. Esta idea, no es, desde luego, particularmente novedosa” (2014, pp. 19-20). A continuación agregan que

Esta importante idea de ‘propósito’ que instala la Corte en sus sentencias se entronca directamente con uno de los aportes más inspiradores de la doctrina civil española en materia de derecho contractual: la noción de ‘propósito práctico’ del contrato, acuñada por Federico de Castro y Bravo, y cuya presentación más precisa se encuentra en un trabajo de Antonio Manuel Morales Moreno. (2014, p. 22)

Se trata de aquello que las partes pretenden conseguir a través del cumplimiento del contrato (finalidad del contrato), lo que en muchas ocasiones será un problema de interpretación del mismo³⁶.

Dentro del mismo orden de ideas, Vilar González afirma que

A partir de lo expuesto, resultará necesario revisar pormenorizadamente cada contrato para poder determinar si la irrupción de la pandemia que nos ocupa puede poner en riesgo su finalidad y devenir imposible su adecuado cumplimiento, especialmente, durante la etapa más drástica de medidas, como pueden ser las de confinamiento de la población, las restricciones generalizadas de la libre circulación o el cierre temporal de las actividades no esenciales. Sin embargo, ello no siempre resultara tan evidente. (2 de julio de 2020)

La posibilidad de suspender determinados derechos, entre nosotros, ha sido recogida en interpretaciones por vía de autoridad. Así ha ocurrido con el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac). En palabras de su director, —Lucas del Villar Montt—, el Sernac,

[...] a partir de una interpretación armónica de las normas de la Ley N° 19.496 y sus principios, sostuvo en una circular interpretativa³⁷ que el plazo de la prescripción para ejercer los derechos de los consumidores que emanan de las distintas garantías y del retracto legal, debían suspenderse a partir del 18 de

35 Alberto Lyon estima que es suficiente con que el juez acuda a la idea de “naturaleza de la obligación” que se menciona en el artículo 1546 del Código Civil (Alcalde Silva, 22 de mayo de 2020).

36 Artículo 1560 del Código Civil: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

37 Resolución Exenta N° 340 de 9 de abril de 2020, que “Aprueba circular interpretativa sobre suspensión de plazos de las garantías legales, voluntarias y de satisfacción durante la crisis sanitaria derivada del Covid-19”.

marzo de 2020 hasta que el estado de excepción constitucional llegue a su término efectivo, debido a que los consumidores se encontraban impedidos de ejercerlos por medidas sanitarias decretadas. Ello tiene relación con dos máximas: una, en que el retardo en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas se compensa, conocida como ‘la mora purga la mora’; y la segunda, denominada ‘contra non valente agere non currit praescriptio’, esto es, que la prescripción no corre contra aquel que no puede ejercer la acción. (2020, p. 2)

Haciendo referencia a esa y a otras circulares del Sernac, Barrientos Camus afirma:

Si bien el caso fortuito no se encuentra reglado en la LPDC [Ley N° 19.496], es posible integrar las normas con el derecho común; con ello, la dogmática civil nos enseña que no siempre ni en todos los casos se exige el cumplimiento de las obligaciones, sino que se suspende o se debe cumplir en forma alternativa. (2020, p.5)

También vale la pena recordar que la Contraloría General de la República dispuso, en su Dictamen N° 3.610 de 17 de marzo de 2020, que

[...] ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

Se agregó que

[...] a la luz de lo prescrito por el artículo 45 del Código Civil, norma de derecho común y de carácter supletorio, el caso fortuito constituye una situación de excepción que, en diversos textos normativos, permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico.

En definitiva, creemos que no existe obstáculo alguno en nuestro derecho común para que, bajo ciertos supuestos, pueda suspenderse el cumplimiento del contrato o de ciertas contraprestaciones, no siendo necesaria ninguna reforma legal y menos forzar la aplicación de ciertas instituciones de muy dudosa acogida en nuestro sistema jurídico de derecho privado. Principios plasmados en diversas normas de nuestro Código Civil así lo permiten. Se trata de principios o ideas con valor normativo, “toda vez que proporcionan pautas generales de conductas jurídicamente lícitas” (Sepúlveda Larroucau, 2013, p. 219)³⁸.

38 José Puig Brutau, siguiendo a García Valdecasas y a Esser, explica que “los principios solo se transforman en Derecho positivo cuando han podido incorporarse a una institución por un acto del poder legislativo o en virtud de una decisión jurisprudencial Son verdades existentes en po-

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde Silva, J. (29 de abril de 2020). Asignación de riesgos en tiempos de COVID-19: una mirada desde el arrendamiento. *Estado Diario*. <https://estadodiario.com/al-aire/asignacion-de-riesgos-en-tiempos-de-covid-19-una-mirada-desde-el-arrendamiento/>
- Alcalde Silva, J. (22 de mayo de 2020). A vueltas con los riesgos del contrato: el COVID-19 y la teoría de la imprevisión. *Estado Diario*. <https://estadodiario.com/columnas/a-vueltas-con-los-riesgos-del-contrato-el-covid-19-y-la-teoria-de-la-imprevision/>
- Arnau Moya, F. (3 de julio de 2020). La incidencia del COVID-19 en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. La fuerza mayor y la cláusula “rebus sic stantibus”. *Instituto de Derecho Iberoamericano (IBIDE)*. <https://idibe.org/tribuna/la-incidencia-del-covid-19-cumplimiento-las-obligaciones-contractuales-la-fuerza-mayor-la-clausula-rebus-sic-stantibus/>
- Barrientos Camus, F. (2020). Emergencia sanitaria producida por el COVID-19: ¿caso fortuito en el derecho del consumo? *Análisis Regulatorio* 3 (2020). derecho.udd.cl/cdre
- Brunner, J.J. (29 de mayo de 2020). El absurdo del neoliberalismo. *El Mercurio*.
- Carrasco Perera, A. (17 de abril de 2020). Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor. *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*. <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>
- Chaparro, A. (16 de agosto de 2020). Proyecto que suspende embargos y desalojos es “expropiación” temporal, según abogados. *El Mercurio*.
- Chaparro S., A. y Zúñiga C., A. (2020) Caso fortuito en contratos: el debate sobre incumplimientos y redistribución que preocupa a abogados. *El Mercurio Legal* [pp. 16 a 21]. http://derecho.uc.cl/images/Pandemia_en_EML.pdf
- Código Civil chileno (2019, 19ª ed.). Legal Publishing Chile.

tencia que no son fuente formal del Derecho hasta su positivación en ley o sentencia. Fuentes del Derecho lo son las fuerzas que llevan a efecto esta positivación. Los principios no son Derecho positivo hasta que por haber informado a la correspondiente fuente del Derecho (ley, costumbre o jurisprudencia) han producido determinado resultado. Los principios generales informan al legislador y en lo que éste no ha formulado con carácter general, informan al juez para que dicte la sentencia en conformidad con un ordenamiento general que el legislador no ha formulado” (1987, pp. 85-86).

- Código Civil español (1996, 18ª ed.). Editorial Civitas.
- Código Civil peruano (2003, 10ª ed.). Editorial Rodhas.
- De la Maza Gazmuri, I. (2010). Contratos especiales. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15, 207-223.
- De la Maza Gazmuri, I. y Vidal Olivares, A. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Revista Ius et Praxis*, 20 (2014), 15-38.
- De la Maza Gazmuri, I., Pizarro, C. y Vidal, A. (2017). *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Colección de derecho privado 13. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Del Villar Montt, L. (2020). Suspensión de plazos para ejercer garantías legales, voluntarias y de satisfacción por los consumidores durante la crisis sanitaria derivada del COVID-19. *Análisis Regulatorio* 3 (2020). derecho.udd.cl/cdre
- Dictamen N° 3.610 de 17 de marzo de 2020 [Contraloría General de la República]. *Sobre medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la Administración del Estado a propósito del brote de COVID-19*. <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/003610N20/html>
- Ley N° 20.720. *Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo*. Diario Oficial de la República de Chile de 9 de enero de 2014.
- Ley N° 21.220. *Modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia*. Diario Oficial de la República de Chile de 26 de marzo de 2020.
- Ley N° 21.227. *Faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley N° 19.728, en circunstancias excepcionales*. Diario Oficial de la República de Chile de 6 de abril de 2020.
- Peña, C. (26 de abril de 2020). ¿La bolsa o la vida? *El Mercurio*.
- Pescio V., V. (1961). *Comentario acerca de las fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la teoría del contrato en el derecho civil chileno y comparado*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Prensas de la Escuela de Derecho de Valparaíso.
- Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXI, 255-261.
- Puig Brutau, J. (1987) *Compendio de derecho civil* (1ª ed.). BOSC, Casa Editorial S.A.

- Ramos Pazos, R. (2008). *De las obligaciones* (3ª ed.). Legal Publishing.
- Resolución Exenta N° 340 de 9 de abril de 2020 [Servicio Nacional del Consumidor]. *Aprueba circular interpretativa sobre suspensión de plazos de las garantías legales, voluntarias y de satisfacción durante la crisis sanitaria derivada del COVID-19*. https://www.sernac.cl/portal/618/articles-58446_archivo_01.pdf
- Sepúlveda Larroucau, M.A. (2013). La autonomía de la voluntad o autonomía privada en el código civil. En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a don Lorenzo de la Maza Rivadeneira* [pp. 169-224]. Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral.
- Sepúlveda Larroucau, M.A. y Orrego Acuña, J.A. (2007). *Estudios de derecho civil* (1ª ed.). Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Tapia R., M. (2020). *Caso fortuito o fuerza mayor* (3ª ed.). Thomson Reuters.
- Vidal, A. y De la Maza Gazmuri, I. (11 de abril 2020). Algunas ideas para la discusión del caso fortuito. *Idealex Press*. <https://idealex.press/algunas-ideas-para-la-discusion-del-caso-fortuito/>
- Vilar González, S. (2 de julio de 2020) El Covid-19 como causa de fuerza mayor para el incumplimiento contractual. *Instituto de Derecho Iberoamericano (IBIDE)*. <https://idibe.org/tribuna/covid-19-causa-fuerza-mayor-incumplimiento-contractual/>

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN TIEMPOS DE CRISIS

REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE DURING THE TIMES OF CRISIS

Manuel Ignacio Feliu Rey*

Resumen

Estudio del marco jurídico español relativo a la cláusula *rebus sic stantibus* en tiempos de crisis con referencia a la jurisprudencia más importante. Mi experiencia como abogado.

Palabras clave: contratos, derecho inmobiliario, causa, *rebus sic stantibus*

Abstract

Study of the Spanish legal framework of *rebus sic stantibus* clause during the times of crisis with the reference to the leading Spanish case law. My experience as a lawyer.

Key words: Contract, Real estate Law, consideration, *rebus sic stantibus*

1. Introducción

En el año 2011 emití un dictamen sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*¹ en relación con un interesante supuesto de contratación inmobiliaria que se refería precisamente a unas circunstancias que en aquel entonces se consideraban irrepetibles: una situación de crisis económica y financiera de dimensiones globales.

Al redactar ahora estas líneas, casi diez años más tarde, nos encontramos ante otra grave crisis global y, en consecuencia, con la proliferación de la cláusula *rebus*.

Considero que la semejanza de ambas situaciones de crisis económica (2008 y 2019) es justificación suficiente para volver sobre la cláusula *rebus*, y aún más para formular la siguiente pregunta: ¿sería posible hoy día la misma solución jurídica? Es decir, ¿qué grado de evolución, desde el año 2011, ha experimentado nuestro derecho?

* Universidad Carlos III de Madrid. Catedrático acreditado. Responsable (IP) de Derinre, Grupo de Investigación "Derecho Inmobiliario, Registro y de la Edificación". manuelignacio.feliu@uc3m.es

1 Dictamen emitido como contrato de investigación (referencia del proyecto N° 2011/00195/001) al amparo del art. 83 LRU y tramitado por el Estudio Jurídico de la Universidad Carlos III de Madrid, del que soy miembro.

2. La Necesidad de Justificar Causalmente la Cláusula *Rebus Sic* en un Supuesto Negociado. Un Caso Real

En el año 2006, una mercantil promotora inmobiliaria adquirió a precio de mercado, mediante contrato de compraventa elevado a escritura pública, determinados terrenos propiedad de los vendedores (condición de empresarios, aunque no urbanizadores), para destinarlos a la edificación y promoción de viviendas, pagando en el acto de otorgamiento de la escritura de compraventa un pequeño porcentaje del precio final, aplazando el pago del resto del precio hasta mayo de 2009. En dicho contrato también se contempló la posibilidad de ampliar el aplazamiento hasta mayo de 2010, generando en todo caso determinados intereses en favor del vendedor.

En el verano de 2007, recién ejecutada y finalizada la actividad edificatoria prevista por la parte compradora, se manifestó la crisis económica mundial que explotó bruscamente en el año 2008.

Empujado por la crisis, el promotor-adquirente solicita, en el 2009, el aplazamiento pactado del pago del precio de los terrenos, justificándolo en el hecho de no haber vendido ninguno de los pisos ya construidos —con cuyo producto de la venta pensaba satisfacer el pago del precio de la finca adquirida— ni haber conseguido financiación de las entidades financieras, que fueron afectadas profundamente por la crisis².

En mayo 2010, las partes buscaron una solución pactada a fin de evitar la judicialización del problema. De esta forma se ven obligadas irremisiblemente —por la imprevisibilidad de las circunstancias, como consecuencia de la crisis— a pactar una “reducción del precio” originario fijado en el contrato de compraventa inmobiliaria de 2006, y a satisfacer el pago del precio reducido mediante “daciones en pago”, consistentes en la entrega, a manera de pago, de determinados pisos, locales y garajes construidos por el promotor-adquirente; esta fórmula convenida por ambas partes es la única posible y viable en tales circunstancias.

A tal efecto, las partes que en su día asumieron la condición de vendedora y compradora en los diferentes contratos de compraventa elevados a escritura pública en 2006, otorgaron, en el año 2010, ante notario determinadas escrituras públicas consistente básicamente en “Escrituras de Revisión de Contrato por Aplicación de la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*” y “Escrituras de Dación en Pago de Parte de Precio Aplazado y Pago del Resto” para poder solventar la situación de

2 En otras palabras, la situación de incumplimiento —satisfacer la prestación en los términos de cantidad, calidad y especie establecidos— no fue sino consecuencia directa e inmediata del cambio de escenario económico, que actualmente seguimos experimentando y que afecta de forma muy particular —aunque no exclusivamente— al sector inmobiliario, con el consiguiente descenso de ventas, por no decir absoluta parálisis del sector, y más especialmente, con la fuerte constricción del crédito por parte de las entidades financieras, al estar igualmente en una situación delicada en el panorama económico nacional e internacional, de tal gravedad que no solo afecta a las entidades privadas, sino también a las entidades públicas e incluso a los Estados (existen rumores ciertos de un posible “rescate financiero” de determinados Estados miembros de la Unión Europea, especialmente Grecia, aunque no exclusivamente).

un posible incumplimiento por parte del adquirente y, por ende, las consecuencias que ello conllevaría para el patrimonio de todos los interesados³.

En todas las escrituras públicas otorgadas por las partes se establecían pactos relativos al IVA al haber sido este satisfecho durante el ejercicio 2006, tomando en consideración una base diferente (la de 2006), ya que el precio había sido reducido (en 2010). Es decir, el IVA devengado en su día (ejercicio de 2006) fue satisfecho en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa de 2006 por la parte compradora a la parte vendedora, asumiendo esta la obligación de declaración tributaria correspondiente. Se trataba de una entrega de bienes sujeta y no exenta del IVA (arts. 4 y 20 de la Ley 37/1992). Con carácter general en todas las escrituras suscritas por las partes se establecen pactos relativos al IVA, al haber sido este satisfecho durante el ejercicio 2006, tomando en consideración una base diferente de la establecida en 2010.

El problema estribó precisamente en las consecuencias jurídicas y tributarias derivadas de sendas escrituras de 2010, pues al informar la notaría⁴ a la agencia tributaria de las transacciones del año 2010 respecto del declarado en 2006, la AT exigió a las partes una justificación conforme a derecho de la renegociación del contrato de compraventa que derivó en una novación modificativa (no extintiva) causalizada⁵, pues las consecuencias tributarias derivadas del mismo eran importantes⁶.

3 Debemos señalar que dicho acuerdo de revisión de precios no tuvo carácter extintivo ni resolutorio del contrato de compraventa suscrito el año 2006, según ha señalado las SSTs 16 de mayo de 1981, 22 de octubre de 1990 y 18 de marzo de 1992, como también la doctrina española más autorizada. Por lo tanto, se trata de un acuerdo modificativo, no resolutorio ni extintivo del contrato suscrito anteriormente, debidamente casualizado e necesariamente impuesto por las circunstancias absolutamente imprevisibles, y conforme a derecho (STS de 17 de noviembre de 2000, al señalar que “La doctrina jurisprudencial [sobre la cláusula *rebus sic stantibus*] se acomoda, en cierto sentido, al concepto de *hardship*, acogido en los Principios sobre Contratos Internacionales (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 1995), al declarar que concurre cuando sucesos posteriores, no razonablemente previstos, imponen excesiva onerosidad” (fundamento primero).

Por otra parte, resultaba imperativo el respeto más absoluto al principio de conservación del contrato, al principio de equilibrio contractual de las prestaciones, principio de la buena fe contractual, y la sobrevenida influencia de la causa en la relación contractual.

4 Entre otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, el art. 93 de la Ley General Tributaria impone esta obligación de información a la Administración Tributaria a los notarios, quienes deben suministrar toda clase de información que dispongan con trascendencia tributaria.

5 Novación modificativa que se asienta en los referidos principios, informados por las vicisitudes extraordinarias, sobrevenidas e imprevisibles acontecidas con posterioridad, esto es, la gran crisis económica global padecida que pasa a ser “causa” y “razón primera y última” del acuerdo novatorio, efectuado en realidad bajo el paraguas de los arts. 1204 y 1207 CC: novación que, como ya se ha señalado no tiene carácter extintivo sino meramente modificativo, según ha señalado la STS 16 de mayo 1981, 22 de octubre 1990 y 18 de marzo 1992, pero también el art. 1228 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil* (que sigue la pauta del Anteproyecto del CC de 1882-1888) y según el cuál la novación solo tiene carácter extintivo “si se declara terminantemente” o “es del punto incompatible”, como viene señalando la doctrina más autorizada (Diez-Picazo, *et al.*, 1992). De ahí que la Escritura Pública del año 2010 fuera denominada “Revisión de Contrato por Aplicación de la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*”, o en otras palabras, los principios y criterios informadores de la referida cláusula *rebus sic stantibus* han servido de “elemento causal” para proceder a la imprescindible, necesaria e inevitable revisión contractual.

6 Téngase en cuenta que la originaria compraventa inmobiliaria pasó a ser una permuta inmobiliaria de

Ello supuso tener que analizar la concurrencia o no de la cláusula *rebus sic stantibus* alegada por las partes.

En este sentido, el punto de partida es la certeza de que la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* —aun careciendo de una regulación específica *ad hoc*— es admitida en el ordenamiento jurídico español⁷, así como en otros ordenamientos europeos (que sí la regulan⁸). También conviene señalar la impronta —como *soft-law*⁹—

edificación futura. De esta forma, como el particular transmitió un solar a una promotora-inmobiliaria, quien le hizo entrega “una cantidad monetaria, un piso y un local de la construcción futura, la entrega del solar no quedará sujeta al IVA al ser efectuada por una persona que no actúa como empresario o profesional, mientras que la entrega del piso y del local tributarán por IVA al realizarse la entrega por un empresario, sujeto pasivo del IVA” (Longás Lafuente, 2006, p. 14). Por otra parte, el art 75 de la Ley IVA establece que el devengo se realiza “cuando tenga lugar su puesta a disposición del adquirente o, en su caso, cuando se efectúen conforme a la legislación que les sea aplicable” (Longás Lafuente, 2006, p. 16). En este caso hay dos entregas diferidas en el tiempo: el solar adquirido en 2006, y las edificaciones entregadas en pago en 2010. Por lo tanto, “existen dos operaciones gravadas, dos entregas de bienes, por lo que tendrán lugar dos devengos, al ponerse a disposición de cada una de las partes el bien que es entregado por la otra” (Longás Lafuente, 2006, p. 16). También habría que tener en cuenta la posible distinta condición de los sujetos: Como uno es empresario y los restantes son particulares, entonces se realizan dos devengos, por las transmisiones patrimoniales (es decir, por la entrega del particular) y por IVA (es decir, por la entrega del empresario o profesional) (Longás Lafuente, 2006, p. 17). Obviamente, el impacto fiscal se limita a los expuesto.

- 7 Si bien solamente se regula en Navarra, mediante la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, donde la Ley 498 contempla la alteración sobrevenida de las circunstancias de la siguiente manera “Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”. Desde el año 1973 Navarra contaba con una previsión normativa al respecto: la Ley 493 del Fuero Nuevo.
- 8 A título de ejemplo cabe citar Italia (Código Civil art. 1467 y ss), Portugal (Código Civil art. 437), Holanda (Burgerlijk Wetboek, art. 258), Alemania (Bürgerliches Gesetzbuch §313 B.G.B. tras la reforma operada por la Ley de 26 de noviembre de 2001).
- 9 Cabe destacar a nivel nacional como *soft-law* la “Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos” preparada por la Comisión General de Codificación, cuyo art. 1213 contiene la redacción: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato” (Comisión General de Codificación, 2009, art. 1228). También debemos traer a colación la “Propuesta de Código civil redactada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil” que en su art. 526-5 propone la siguiente redacción: “Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustrare el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: (a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; (b) No es equitativo exigir al

de los principios Unidroit (artículo 6.2.1), los principios del derecho europeo de contratos (art. 6.111), etc.

3. Justificación Doctrinal. Breve Referencia

A pesar de que la polémica en España sobre el fundamento jurídico último de la cláusula *rebus* es antigua [polémica que gira principalmente (no exclusivamente) en torno a la causa del contrato¹⁰, la modificación sobrevenida de las circunstancias¹¹, o bien atendiendo a la idea de la base del negocio¹²], lo cierto es que es

contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y (c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato.

El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el Juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución". http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

- 10 De Castro (1985) y Rubio Torrano (2010) ponen el acento en la *causa del contrato* pues "la relación jurídica quedó fijada en sus términos, de una vez para siempre, al concluirse el negocio" de forma "que no se puede romper la conexión con la causa y que, dada la frustración del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias, siendo la vía judicial el último recurso" (De Castro, 1985, p. 313). De esta forma, la "función económica social" se puede vincular a otra que sea apta conforme a su destino. Esta tesis ha sido acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 2010 donde se afirma que "la causa no sólo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución y así la ausencia sobrevenida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución" y ello por cuanto "existe un claro desequilibrio entre la posición contractual de las partes que rompe definitivamente la pretendida equivalencia de las prestaciones en un contrato que evidentemente se configuró con carácter oneroso y conmutativo" (Sentencia STS 514/2010)
- 11 Por su parte, Díez-Picazo pone de relieve "la influencia que ejerce en la vida de un contrato una modificación sobrevenida de las circunstancias que existían cuando las partes contrataron y que normalmente se tiene en cuenta para ello" (Díez-Picazo, 1992, p. 272). Asimismo, "en los contratos de ejecución continuada o periódica y en los de ejecución simplemente diferida, cuando la prestación para una de las partes se hace excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede demandar la resolución del contrato. [...] La parte contra la cual la resolución se demanda puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato" (Díez-Picazo, 1992, pp. 273-274). En el mismo sentido, ver Gullón Ballesteros, Puig Brutau, Lacruz, entre otros.
- 12 El problema de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas en la vida del contrato se afronta igualmente a la luz de la *idea de la base del negocio* (Díez-Picazo, 1992, p. 274) [recientemente ha tomado fuerza en las "SSTS 20 de febrero de 2012 (núm. 1887, 2008), 20 de noviembre de 2012 (núm. 674, 2012), 25 de marzo de 2013 (núm. 165, 2013), 26 de abril de 2012 (núm. 309,2013), y 11 de noviembre de 2013 (núm. 638/2013)" (STS 64/2015, 24 de febrero de 2015, fundamento segundo.5), muy próxima a la de la causa. La *base subjetiva* significa "una representación mental o una expectativa común a ambas partes, que han celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era esperada por ellas" (Díez-Picazo, 1992, p. 274). Su *base objetiva* consiste en "un conjunto de circunstancias exteriores y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido" (Díez-Picazo, 1992, p. 274). Conviene señalar que "la base subjetiva del negocio desaparece cuando las circunstancias positivamente esperadas por ambas partes no llegan a existir o se extinguen" (Díez-Picazo, 1992, p. 274). Por su parte, la *base objetiva* desaparece en dos supuestos: "cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se rompe de manera tal que ya no puede hablarse de contraprestación

admitida y acogida por nuestros tribunales¹³.

4. Jurisprudencia: de la Versión Tradicional y Restrictiva a los Cambios de Criterios a Partir del Año 2013

(a) *Visión tradicional*

El punto de partida es la ausencia de autorregulación de los intereses por las partes y, de otro lado, la autocomposición de intereses modificando y adaptando el contenido contractual originario según las alteraciones experimentadas. De ahí que resulte de obligado cumplimiento el principio de la buena fe contractual objetiva (1258 CC), erigiéndose como presupuesto necesario para la aplicación judicial de la cláusula *rebus sic stantibus*, a los otros elementos tradicionalmente plasmados en la STS de 17 de mayo de 1957 “a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”, la STS de 6 de junio de 1959 añade “que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio”. La doctrina contenida en ambas sentencias se ha mantenido prácticamente inalterada (hasta el año 2013) formando una consolidada línea jurisprudencial reiterada e invariable.

Por ello, encuentran pleno sentido en este ámbito pronunciamientos jurisprudenciales como la STS de 23 de noviembre de 1962: “Que así alterada la base del negocio, el propio artículo 1258 del Código Civil, que se cita como infringido por la parte recurrente, viene en apoyo de la accionante [...] pues es justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones [...]” (considerando); SSTS de 26 de octubre de 1995 y de 10 de febrero de 1997, al afirmar que el art. 1258 C.C. “establece que los contratos obligan no sólo [...], siendo justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para mejor cumplimiento de una finalidad legal conforme a la causa motivadora del

(destrucción de la relación de equivalencia); cuando la finalidad común y objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación sea todavía posible (frustración del fin)” (Diez-Picazo, 1992, p. 274).

13 La STS de 25 de enero de 2007 (RJ 592), en línea con la de 17 de mayo de 1957, refleja la posición de nuestro TS sobre la cláusula *rebus sic stantibus* y partiendo de la base de “A) Que la cláusula “*rebus sic stantibus*” no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles [...]” (fundamento tercero).

contrato, cuando median excepcionales circunstancias". También la STS de 21 de julio de 2010 insiste en la aplicación del art. 1258 CC (buena fe contractual) en un caso de desequilibrio prestacional y quiebra de la base del negocio, al afirmar que "evidentemente constituiría una consecuencia del contrato contraria a la buena fe que únicamente una de las partes se beneficiara de los efectos del mismo mientras que la otra se viera obligada a cumplir sin obtener nada a cambio, situación que únicamente y de forma parcial aparece justificada en los contratos de carácter aleatorio que, contrariamente a los de carácter conmutativo, pueden determinar que la ejecución de la prestación o su cuantía signifique una carga económica para una de las partes muy superior a la que soporta la contraria, situación que en tal caso se encuentra en la propia naturaleza del contrato" (fundamento tercero).

De esta manera, resulta que la fuente de la obligación de readaptación está en el mismo contrato, por lo que tal obligación estará revestida de la misma fuerza obligatoria que el resto del negocio. Lógicamente, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre la necesidad de promover la renegociación o adaptación del contrato, valorando la oportunidad de proceder a la misma, y correspondiendo la iniciativa de tales tratos a cualquiera de ellas. La constatación de que han tenido lugar las circunstancias previstas inicialmente, para que la cláusula despliegue sus efectos, será fundamental, quedando obligados ambos sujetos a proporcionarse la información relevante tendente a poder verificar tal situación. A lo largo de todo este tiempo, el comportamiento de los contratantes deberá estar guiado por los parámetros de la buena fe y de la lealtad contractual, con la finalidad de llegar al resultado previsto de la adaptación del contrato.

En este sentido (así como también se establece en el art. 6.111 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos aplicado por el TS), los sujetos del supuesto de hecho expuesto anteriormente (años 2006 a 2011), al reducir el precio y pagar el mismo mediante daciones en pago obligados imperiosamente por circunstancias imprevistas e imprevisibles y en la búsqueda de un equilibrio prestacional huyendo de la excesiva onerosidad para una de las partes contratantes, continúan moviéndose en el terreno del cumplimiento de lo pactado, y, lógicamente, todas aquellas normas que disciplinan el comportamiento de los sujetos en esta fase (art. 1258 CC) mantienen plenamente su aplicación y eficacia¹⁴.

14 En otras palabras, el contrato representa el instrumento idóneo, eficaz y conforme a Derecho, a través del cual las partes pueden reflejar las valoraciones de orden económico que han inspirado la elección negocial –en el presente caso, única vía de solución, sin alternativa posible, y además, absolutamente condicionado por la coyuntura económica y la imposibilidad de cumplimiento-, así como las medidas para disciplinar los efectos derivados de la concurrencia de circunstancias gravemente negativas, individualizando qué contratante debe soportar esas consecuencias. Serán por tanto los contratantes quienes deban tener en cuenta y valorar las posibles circunstancias que puedan incidir en el cumplimiento exacto de sus respectivas obligaciones, procediendo a asumir o no los distintos riesgos según las condiciones negociadas.

(b) El año 2013 y los sucesivos cambios de criterios del TS

(2013). Resulta interesante señalar el cambio de criterio del TS en sus sentencias de 17 y 18 de enero de 2013¹⁵. En ellas entiende que la regla en cuestión no debe “quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual [énfasis añadido], de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias [énfasis añadido], capaz de originar, siempre que concurren [énfasis añadido] en cada caso concreto otros requisitos [énfasis añadido] [...], una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las respectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla” (STS 17 de enero de 2013, fundamento de derecho tercero, párrafo 5). Es decir, una crisis económica semejante a la sufrida en 2007 propicia “objetivamente” la valoración positiva de la concurrencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, “siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos”, para valorar sus verdaderas consecuencias. En 2013 se inicia un extraño cambio en la aplicación cláusula *rebus*: la doctrina jurisprudencial tradicional que calificaba dicha cláusula como peligrosa y de aplicación extraordinaria, pasó a ser contemplada (en las citadas STS de 2013) como una consecuencia de la realidad social y económica fruto de la “imprevisible” crisis global del año 2007, lo que generó profundas críticas por la doctrina científica española. También resulta llamativo (y un tanto chocante) que la STS del 17 enero 2013 establezca una distinta aplicación de la cláusulas *rebus* en función de que los contratantes sean profesionales del sector inmobiliario o no, cerrándoles la puerta de la cláusula *rebus sic stantibus* a los primeros.

(2014). Durante el año 2014 tienen lugar varios pronunciamientos jurisprudenciales —contradictorios— a propósito de la cláusula *rebus*. El primero de ellos es la STS del 30 de junio de 2014, que aplica la cláusula *rebus* (en una relación entre dos mercantiles) atendiendo a la imprevisibilidad de la crisis económica y la concurrencia de la excesiva onerosidad para una de las partes. Su argumentación consiste en que “en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal

15 La cuestión planteada era muy semejante, y básicamente se ciñe a la imposibilidad (o gran dificultad) de obtener financiación bancaria para pagar el precio estipulado en el contrato de compraventa de viviendas alegando los compradores que ello respondía a la crisis económica sobrevenida. Si bien, la Audiencia Provincial declaró resuelto el contrato de compraventa al entender el pago del precio se había convertido en imposible, en razón de que la falta de financiación era un supuesto de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento, el Tribunal Supremo afirma que no es aplicable la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (STS 820/2013 y STS 679/2013)

del contrato” (fundamento jurídico segundo párrafo 3). El Tribunal entiende que la nueva configuración es la ofrecida por “los principales textos de armonización y actualización en materia de Derecho contractual europeo” (fundamento jurídico tercero párrafo 7).

Por su parte, la STS del 15 de octubre de 2014 reitera la idea de la nueva configuración de la figura sobre la base del *soft-law*, subrayando además “su ineludible aplicación casuística, la exigencia de un específico y diferenciado fundamento técnico, y de su corrección funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad [énfasis añadido] y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad [énfasis añadido] para la parte contractual afectada” (fundamento de derecho tercero, párrafo 6).

La STS del 11 de diciembre de 2014, donde la promotora demandada alegó la concurrencia de fuerza mayor (*rebus sic stantibus*), en este caso, la grave crisis inmobiliaria y financiera, razonamiento ante el cual el TS razonó que “no concurrir una desproporción exorbitante en la prestación, ni aumento extraordinario de la onerosidad” con referencia a la STS 17-1-2013, “ni la alteración de la base del negocio”, con cita de STS 18-1-2013 (fundamento quinto). La crisis financiera no es sino “un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse [énfasis añadido], imprevisible o inevitable [énfasis añadido] (fuerza mayor)” (fundamento quinto), con cita de la STS de 14-11-1998. En definitiva, la STS del 11 de diciembre de 2014 no permite que la regla *rebus sic stantibus* se aplique a actividades empresariales en época de crisis económica, debiendo entenderse que una crisis económica (para un empresario), según el Alto Tribunal, es un riesgo consustancial a su propia actividad. Los efectos de una crisis económica no pueden considerarse imprevisibles, resultando inaplicable la cláusula *rebus*.

(2019-20). Luego de transcurrido algún tiempo fueron dictadas dos sentencias destacadas: La STS del 5 de abril de 2019 y la STS del 6 de abril de 2020.

La primera (2019) retoma la tesis de la STS del 11 de diciembre de 2014 y cita igualmente la STS del 24 de febrero de 2015. Es decir, para un empresario “la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable [...] el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate” (214/2019, fundamento de derecho cuarto).

La segunda citada (2020) contempla un contrato de corta duración, razón por la cual el riesgo podía ser previsible, “previsibilidad que no concurre en un contrato de larga duración”.

Finalmente, quisiera terminar recordando que actualmente nos encontramos ante una situación de crisis sanitaria global (COVID-19) que derivará en una crisis económica también global. En España se han articulado diversas medidas legisla-

tivas que vienen siendo calificadas como cláusulas *rebus sic stantibus*, calificativo que to añadiría “universales”. A mi juicio, no son tales. Sin embargo, para adoptar y emitir una posición crítica y rigurosa, es necesario ver las cosas con perspectiva. Para ello necesitamos tiempo y, por supuesto, salud. Espero poder retomar el tema en mejor ocasión, en un futuro muy próximo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcover Garau, G. (2014). La actual crisis económica y la irrupción de la cláusula rebus sic stantibus: ¿un nuevo foco de litigiosidad mercantil? . *La Ley Mercantil*. 4-5, 4-9. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4786099>
- Amunátegui Rodríguez, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Tirant lo Blanch. Burgerlijk Wetboek (Código Civil), Artículo 258, 1992. (Holanda). Bürgerliches Gesetzbuch. Cláusula §313, 2 de enero de 2002. Gaceta de Leyes Federales I p. 42, 2909; 2003 I, p. 738. (Alemania).
- Carrasco Perera, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina rebus sic stantibus. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 98, 175-206.
- Castiñeira Jerez, J. (2014). Hacia una nueva configuración de la doctrina rebus sic stantibus. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, 1-26.
- Codice Civile .Regio Decreto N° 262. Artículo 1467 y ss, 16 de marzo de 1943. (Italia).
- Código Civil Decreto Ley N° 47 344, Artpículo 437, 25 de Noviembre de 1966. (Portugal).
- Comisión General de Codificación. (2009). Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Artículo 1228. Sección de Derecho Civil. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Ano_2009.PDF
- De Castro F. (1985). *El Negocio Jurídico* . Civitas.
- Diez-Picazo, Gullón Ballesteros, Hernandez-Gil, Sancho Rebullida. (1992). *Sistema de derecho civil. Vol. 2: El contrato en general. La relacion obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. (6ª ed.). Tecnos.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (UNIDROIT). (1995) Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Roma, Italia
- Luna Yerga, A. y Xion Bardají, M. (2020). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1a, 15.10.2014 (Ar.6129) y a la jurisprudencia pos-

- terior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*. *InDret. Revista para el análisis del derecho* 2, 1-13.
- Longás Lafuente, A. (2006). Las permutas y el IVA. Especial referencia a las permutas inmobiliarias. *Cefgestión, Revista de actualización empresarial*, 98, 13-21.
- Orduña Moreno, F. J. y Martínez Valencoso, L.M. (2017). *La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus*. (2ª ed). Civitas.
- Rubio Torrano, E. (2010). Ruptura de la base del negocio a propósito de la STS de 21 de julio de 2010. *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, 8, 17-22.
- Tribunal Supremo, 17 de mayo de 1957. Sala Primera, de lo Civil. (RJ 127/1957).
- Tribunal Supremo, 6 de junio de 1959. Sala Primera, de lo Civil. (RJ 1959/3026).
- Tribunal Supremo, 23 de noviembre de 1962. Sala Primera, de lo Civil. (STS 208/1962).
- Tribunal Supremo, 26 de mayo de 1981. Sala de lo Civil. (RJ 1981/214).
- Tribunal Supremo, 22 de octubre de 1990. Sala de lo Civil. (1990/8033)-
- Tribunal Supremo, 18 de marzo de 1992. Sala de lo Civil. (RJ 1992/2206).
- Tribunal Supremo, 26 de octubre de 1995 . STS núm. 914/1995, de lo Civil. (RJ 1995/8349).
- Tribunal Supremo, 10 de febrero de 1997. STS núm. 65/1997, de lo Civil. (RJ 1997/665).
- Tribunal Supremo, 17 de noviembre de 2000. Sala Primera.(STS 1059/2000).
- Tribunal Supremo, 25 de enero de 2007 (RJ 592) Sala Primera, de lo Civil(STS 79/2007).
- Tribunal Supremo, 21 de julio de 2010. Sala Primera, de lo Civil (STS 514/2010).
- Tribunal Supremo, 17 enero 2013 .Sala Primera, de lo Civil (STS 820/2013).
- Tribunal Supremo, 18 de enero de 2013. Sala Primera de lo Civil (STS 679/2013).
- Tribunal Supremo, 30 de junio de 2014. Sala Primera, de lo Civil (STS 333/2014).
- Tribunal Supremo, 15 de octubre de 2014. Sala Primera, de lo Civil (STS 591/2014).
- Tribunal Supremo, 11 de diciembre de 2014. Sala Primera, de lo Civil (STS 742/2014).
- Tribunal Supremo, 24 de febrero de 2016. Sala Primera, de lo Civil. (STS 64/2015).
- Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 . Sala de lo Civil (STS 214/2019).
- Tribunal Supremo, 6 de marzo de 2020. STS de lo Civil. (STS 156/2020).
- Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2015). El «vaivén» de la moderna jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. *Revista de Derecho Civil, II* (4), 65-95.

Yzquierdo Tolsada, M. (2016). Cláusula “rebus sic stantibus” en la compraventa de inmuebles y crisis económica. Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013) En Yzquierdo Tolsada, M (Dir.) *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (pp. 83-94).

**LAS CONSECUENCIAS DEL COVID-19 EN LOS
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN ESPAÑA***
*THE CONSEQUENCES OF COVID-19 ON MORTGAGE
LOANS IN SPAIN*

*María Goñi Rodríguez de Almeida***

Resumen

El estado de alarma decretado en España como consecuencia de la pandemia debida al COVID-19 supuso el confinamiento de la población y el cierre de actividades no esenciales. Esta circunstancia produjo una bajada de ingresos y pérdida de empleo en las personas y empresarios españoles que provocaron la dificultad en el pago de sus préstamos hipotecarios. Para paliar la situación, el gobierno español adoptó dos medidas, objeto de análisis de este trabajo: suspensión de los lanzamientos consecuencia de una ejecución hipotecaria para las personas vulnerables que ya incumplieron el pago del préstamo, y suspensión o moratoria en el pago del préstamo hipotecario. Ambas medidas, si bien necesarias, pueden tener como consecuencia una pérdida de eficacia de la propia hipoteca que no sirve para asegurar la satisfacción del préstamo y, además, genera situaciones posesorias conflictivas con respecto al deudor hipotecario que continúa viviendo en el inmueble propiedad del adjudicatario, al suspenderse su lanzamiento. Estos aspectos se analizan en esta comunicación.

Palabras clave: préstamo hipotecario, suspensión de plazos, COVID-19

Abstract

The state of alarm decreed in Spain as a result of the pandemic due to COVID-19 led to the confinement of the population and the closure of non-essential activities. This circumstance produced a drop in income and loss of employment in Spanish people and businessmen that caused difficulties in paying their mortgage loans. To alleviate the situation, the Spanish government adopted two measures, which are the object of analysis in this study: suspension of launches as a result of foreclosure for vulnerable people who have already defaulted, and suspension or moratorium on the payment of the mortgage loan for them. Both measures, although necessary, may have as a consequence a loss of effectiveness of the mortgage itself that does not serve to ensure the satisfaction of the loan and, in addition, generates conflictive possessory situations with respect to the mortgage debtor who continues to live in the property owned by the winner, upon suspension of its launch. These aspects are analyzed in this communication.

Key words: mortgage loan, suspension deadlines, COVID-19

* Algunas notas ideas de este texto ya han sido desarrolladas en Goñi Rodríguez de Almeida (2014 y 2020).

** Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Francisco de Vitoria. Carretera Pozuelo-Majadahonda, km. 1800, tfo.: +34917091400. maria.goni@ufv.es

1. Planteamiento

El COVID-19 ha supuesto una alteración brusca e inesperada en las estructuras sociales, sanitarias, económicas y, por supuesto, jurídicas que han llevado al Ejecutivo español a tener que asumir y adoptar una serie de modificaciones legales importantes en muchos y variados sectores que, probablemente, y a partir de ahora, van a sufrir un cambio definitivo.

El sector inmobiliario no ha sido una excepción, y se ha visto especialmente afectado por la paralización económica debida al coronavirus. Además del parón en las transacciones por la falta de actividad y el obligado confinamiento y cese de actividad, en estos meses se produce otro fenómeno que afecta gravemente al sector inmobiliario: la falta de pago de los arrendamientos y de los préstamos hipotecarios que financian las compraventas de inmuebles. El no poder ejercitar las actividades profesionales propias, ha hecho que muchos autónomos no tengan ingresos y que muchos asalariados se hayan visto inmersos en un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE), lo que les ha impedido hacer frente a sus obligaciones de pago de la renta y del préstamo hipotecario, produciéndose una situación inusual de mora inesperada que afecta, por supuesto, al sector y a la que el derecho debe intentar dar una solución.

De este modo, y ante este panorama inmobiliario tan negativo, consecuencia del COVID-19, el gobierno ha tenido que aprobar una serie de medidas urgentes para tratar de hacerle frente, que son las que examinamos a continuación, así como las consecuencias y problemas jurídicos que suscitan.

2. Medidas urgentes legislativas relativas al préstamo hipotecario

Dos han sido principalmente las normas que han regulado las cuestiones inmobiliarias a raíz de la emergencia sanitaria del COVID-19, ambas, decretos ley, como era lógico debido al carácter de urgencia propio de esta emergencia. Estas reformas legislativas se han centrado, a su vez, en dos aspectos claves para el sector inmobiliario, como ya hemos dicho: las hipotecas, (su moratoria y prolongación de la suspensión de lanzamientos consecuencia de ejecuciones hipotecarias), y arrendamientos (también la moratoria de pago de los mismos y la prórroga de los contratos que llegaban a su fin). Además, en ambos aspectos, se han aprobado ayudas económicas para las personas en situación de vulnerabilidad, como consecuencia del COVID-19, para que puedan hacer frente a estos pagos de rentas e hipotecas. Las normas que han regulado estos aspectos han sido, para los arrendamientos, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo (parcialmente ampliado por el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril) y en materia de hipotecas el Real Decreto Ley 8/2020, de 31 de marzo; además de otros decretos leyes y órdenes ministeriales que les acompañan concretando ciertos detalles, como veremos a continuación.

De este modo, y ya centrándonos en materia de hipoteca, señalamos las siguientes reformas legislativas:

A) La primera norma que produce una modificación legal en materia hipotecaria en este periodo ha sido el Real Decreto Ley 6/2020 de 10 de marzo, que modifica la Ley1/2013 de protección del deudor hipotecario, justo antes incluso

de que se decretara el estado de alarma inicial, como medida paliativa a la crisis económica que ya se aventuraba.

El artículo 2º de este Real Decreto Ley¹ establece una nueva prórroga en la suspensión de los lanzamientos consecuencia de las ejecuciones hipotecarias de las viviendas habituales para las personas que ya la Ley 1/2013 consideraba en el umbral de exclusión. Recordemos que la Ley 1/2013 estableció una suspensión de lanzamientos para estas personas, en principio, de dos años; inmersos en las consecuencias de la crisis financiera del momento, esta suspensión se prorrogó a su vez por la Ley 25/2015 de 28 de julio, que amplió esta moratoria dos años más, a cuatro años (hasta 2017), y volvió a ampliarse a siete años (2020) por el Decreto Ley 5/2017, añadiendo además que el ejecutado pudiera optar por un alquiler sobre la base del Código de Buenas Prácticas que se añadió al Decreto.

Así las cosas, y cuando ya debía terminar la suspensión de los lanzamientos, se presenta la nueva crisis sanitaria —y por ende económica— del coronavirus y el Real Decreto Ley 6/2020 vuelve a prorrogar esta moratoria cuatro años más, hasta 11 años desde el inicio de la misma (2024). Por lo tanto, la suspensión de lanzamientos por dos años, que se preveía como una medida transitoria de salida de la crisis de 2008, parece que ha llegado para quedarse, siendo ya un aplazamiento de 11 años.

Cabe mencionar que el colectivo de personas que pueden utilizar esta medida es muy escaso, pues el umbral de exclusión referido en la inicial Ley 1/2013 era tan bajo que pocas personas pudieron adherirse al mismo. Hoy, con la situación del COVID-19, como a continuación exponemos, se dan nuevos criterios de personas vulnerables. El propio artículo 2 de este Real Decreto Ley lo amplía a familias monoparentales y modifica los criterios de vulnerabilidad, ampliando el nivel de

1 Artículo segundo. Modificación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Uno. El párrafo primero del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactado como sigue: «1. Hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo.»

Dos. La letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada del siguiente modo: «b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo.»

Tres. La letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada como sigue: «a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en: i. 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales; ii. 0,10 veces el IPREM para el resto de familias.»

rentas posibles para acogerse a dicha suspensión; ahora podrán solicitar la moratoria aquellas familias en las que “el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)”²; mínimo que se puede ampliar a cuatro o cinco veces en caso de discapacidad del ejecutado, y también se tendrá en cuenta el número de hijos de cada familia. Son, por tanto, unos criterios un poco más laxos —probablemente más adecuados a la realidad— que los previamente establecidos en la Ley 1/2013, por lo que entendemos que un mayor número de personas se verá beneficiado por ello.

Podemos resumir que, hoy, para la suspensión del lanzamiento se requieren los siguientes requisitos:

- Ejecución de la vivienda habitual, no de otros inmuebles.
- Personas en situación de vulnerabilidad (se amplía este concepto, incrementando límite de ingresos de la unidad familiar, así como teniendo en cuenta las familias monoparentales y número de hijos).
- Afecta también a los adjudicatarios de la vivienda, tanto sean personas físicas como jurídicas, distintas de las entidades de crédito, únicos adjudicatarios a los que afectaba esta suspensión con anterioridad.

B) La segunda de las modificaciones en materia de hipotecas, la recoge el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo. Este Decreto Ley es el que contiene el grueso de los cambios o modificaciones legislativas en materia de hipoteca, aunque ha sido también modificado y matizado por el Real Decreto Ley 11/2020. Estos cambios, que desgranamos a continuación, se resumen básicamente en que se establece una moratoria en el pago de préstamos hipotecarios para aquellas personas en situación de vulnerabilidad.

De este modo, dedica los artículos del 7 al 16 a regular la moratoria, el ámbito de aplicación, los criterios que determinan la vulnerabilidad, y el procedimiento de solicitud y concesión de dicha moratoria, así como sus efectos.

El artículo 7 del Real Decreto Ley 8/2020 establece la moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios² de las viviendas habituales, de los inmuebles afectos a la actividad profesional y empresarial y de viviendas distintas de la habitual en situación de alquiler a personas en situación de vulnerabilidad. El ámbito objetivo, por tanto, se amplía, trasciende de la vivienda habitual, para afectar a nuevos inmuebles, cuyo pago se puede ver afectado como consecuencia de la

2 Artículo 7. Moratoria de deuda hipotecaria.

1. Se establecen medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales y de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler, conforme al artículo 19 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago como consecuencia de la crisis del COVID-19 desde este artículo y hasta el artículo 16ter de este real decreto-ley, ambos incluidos.

2. A los efectos de la moratoria de deuda hipotecaria a la que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de empresarios y profesionales las personas físicas que cumplan las condiciones previstas en el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

paralización de la actividad económica del estado de alarma, bien sea directamente (los inmuebles donde los autónomos o empresas ejercen su actividad, porque dejan de tener ingresos) o indirectamente (los inmuebles que sin ser vivienda habitual, ni estar afectos a una actividad profesional se dedicaban al alquiler por sus propietarios, y al no recibir la renta de sus inquilinos, no pueden hacer frente al pago de la hipoteca).

De igual forma, se amplía el ámbito subjetivo de la moratoria³, pues ya no solo se pueden beneficiar de ella los deudores hipotecarios en quienes concurra la situación de vulnerabilidad, sino también sus avalistas o fiadores (Artículo 8), quienes, además, podrán exigir que la reclamación se dirija en primer lugar frente al patrimonio del deudor, aunque hubieran renunciado al beneficio de excusión (Artículo 10)⁴.

Los criterios para determinar que el deudor hipotecario se encuentra en situación de vulnerabilidad económica, como consecuencia del COVID-19, son los siguientes (art. 9):

- El deudor debe estar en desempleo, y si es empresario o profesional, debe haber sufrido una pérdida sustancial de ingresos, o caída igualmente sustancial de sus ventas. El legislador no define, ni nos da pautas para entender qué debe entenderse por “sustancial”; cuestión que facilitaría mucho las cosas.
- El conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no puede superar, en el mes anterior a la solicitud, los límites establecidos en el Decreto Ley que, con carácter general, no superan el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual. Este límite se incrementará, al igual que antes, según el número de hijos, si es familia monoparental, mayor de 65 años, o discapacitado o dependiente.
- La cuota hipotecaria más todos los gastos debe ser igual o superior al 35 % de los ingresos netos de la unidad familiar.

3 Artículo 8. Ámbito de aplicación de la moratoria de deuda hipotecaria.

1. Las medidas previstas en este real decreto-ley para la suspensión de las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria vigentes a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley cuya finalidad fuera la adquisición de vivienda habitual o de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales se aplicarán a dichos contratos cuando concurren en el deudor todos los requisitos establecidos en el artículo 16 del real decreto ley 11/2020, de 31 de marzo, para entender que está dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica.

2. Estas mismas medidas se aplicarán igualmente a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

4 Artículo 10. Fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores.

Los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en los supuestos de vulnerabilidad económica podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a este, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

- Que como consecuencia del COVID-19 se haya producido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, dando a continuación las pautas pertinentes para considerarlo.

Probablemente, una de las cuestiones más interesantes que establece el Real Decreto Ley, una vez aprobada y concedida la moratoria, es la relativa a sus efectos (Artículo 14)⁵: la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses; no debe pagarse la cuota hipotecaria ni los intereses correspondientes. De igual forma, se impide la posibilidad del vencimiento anticipado, aunque estuviera recogido en la correspondiente cláusula del contrato. Es lógico que si lo que se quiere es “suspender” el pago del préstamo hasta que se llegue a una mejor situación económica, se impida la posibilidad de darlo por vencido anticipadamente por la falta de pago en esos meses en que esta se haya acordado. Igualmente, es lógico que se suspenda también el pago de intereses moratorios durante el periodo de suspensión; si no hay obligación del pago de la deuda, no puede considerarse técnicamente al deudor en mora (Artículo 15)⁶.

Dentro del procedimiento para solicitar y obtener la moratoria queremos destacar que es el deudor hipotecario, en quien concurren las características descritas, quien debe solicitarla⁷, y que la entidad acreedora no puede rechazarlo, sino que se verá obligada a implantar la moratoria en un periodo de 15 días desde la solicitud, sin que sea necesario un acuerdo entre las partes, y que esta moratoria no supondrá novación alguna del contrato, pero que, sin embargo, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para su conocimiento y oponibilidad por los terceros afectados por la misma. El Real Decreto Ley de 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, añade la diferenciación entre la moratoria legal, que es la descrita, y la moratoria convencional, —la pactada bajo el amparo

5 Artículo 14. Efectos de la moratoria.

1. La solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 conllevará la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y la consiguiente inaplicación durante el periodo de vigencia de la moratoria de la cláusula de vencimiento anticipado que, en su caso, constara en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

La duración de la suspensión podrá ser ampliada por Acuerdo del Consejo de Ministros.

2. Durante el periodo de vigencia de la moratoria a la que se refiere el presente capítulo la entidad acreedora no podrá exigir el pago de la cuota hipotecaria, ni de ninguno de los conceptos que la integran (amortización del capital o pago de intereses), ni íntegramente, ni en un porcentaje. Tampoco se devengarán intereses.

6 Artículo 15. Inaplicación de intereses moratorios.

1. En todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en los supuestos de vulnerabilidad económica prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, no se permitirá la aplicación de interés moratorio por el periodo de vigencia de la moratoria.

2. Esta inaplicabilidad de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente real decreto-ley.

7 El Real Decreto Ley de 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, amplía el plazo de solicitud de estas moratorias hasta el 29 septiembre 2020 (nuevo art. 12.1, redacción por la Disposición Final novena).

de los artículos 6 y 7 del Real Decreto Ley 19/2020⁸, de 16 de mayo, que establecen el acuerdo marco sectorial en que las entidades financieras pueden pactar otra moratoria con los deudores hipotecarios—, que, en todo caso, empezará a actuar cuando finalice la moratoria legal (nuevos apartados 5, 6 y 7 del art. 13 del Real Decreto Ley 8/2020).

3. Suspensión de lanzamientos y moratorias hipotecarias: una visión crítica

Como hemos explicado en el apartado anterior, dos han sido las medidas principales que el Ejecutivo ha tomado con respecto de los préstamos hipotecarios: (a) ampliación de la moratoria en la suspensión de los lanzamientos, consecuencia de la ejecución hipotecaria ya iniciada en la Ley 1/2013 de protección al deudor hipotecario, y (b) nueva moratoria en el pago de los préstamos hipotecarios para personas vulnerables. Analizamos, a continuación, los debates y cuestiones prácticos que suscitan ambas medidas.

8 Artículo 7 del Real Decreto Ley 19/2020: Disposiciones generales sobre las moratorias convencionales suscritas al amparo de un Acuerdo marco sectorial.

“Las moratorias convencionales suscritas entre el deudor y su entidad financiera al amparo de un Acuerdo marco sectorial podrán tener por objeto toda clase de préstamos, créditos y arrendamientos financieros.

La moratoria convencional suscrita entre el deudor y su entidad financiera al amparo de un Acuerdo marco sectorial podrá acordar, sin perjuicio del devengo de los intereses pactados en el contrato de préstamo inicial, que el importe de lo aplazado se abone mediante:

La redistribución de las cuotas sin modificación del plazo de vencimiento, o

La ampliación del plazo de vencimiento en un número de meses equivalente a la duración de la moratoria.

El deudor y la entidad financiera podrán acordar la prórroga, con las mismas condiciones y prima pactadas inicialmente del seguro de protección de pagos o de amortización de préstamo que se hubiera contratado, con el préstamo que se nova por el mismo periodo tiempo en el que se amplíe el vencimiento de este, con el consiguiente adeudo de la prima. A estos efectos se entenderá por seguro de protección de pagos aquel que cubre la contingencia de desempleo o la incapacidad temporal del deudor asegurado, y por seguro de amortización aquel que cubre al deudor ante las contingencias de fallecimiento o invalidez sobre la totalidad o parte del capital del préstamo.

Las moratorias a que se refiere el apartado anterior no podrán en ningún caso:

Modificar el tipo de interés pactado.

Cobrar gastos o comisiones excepto que se trate de un préstamo sin interés, y el efecto del gasto o comisión no suponga un aumento de la Tasa Anual Equivalente (TAE) acordada en el contrato inicial, o bien se trate de la prima de la prórroga del contrato de seguro señalado en el apartado anterior.

Comercializarse junto con cualquier otro producto vinculado o combinado.

Establecer otras garantías adicionales, personales o reales, que no constasen en el contrato original. Cuando la entidad financiera conceda, simultánea o sucesivamente, una moratoria legal y una moratoria convencional, el acuerdo de moratoria convencional suscrito con el deudor recogerá expresamente el reconocimiento de la moratoria legal, suspendiéndose los efectos de la moratoria convencional hasta el momento en el que finalice aquella.

A los efectos de este artículo, se entenderá por moratoria legal la regulada en los artículos 13.3, 14 y 15 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, así como en los artículos 24.2 y 25 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19...”

3.1. Suspensión del lanzamiento consecuencia de la ejecución hipotecaria.

El Real Decreto Ley 6/2020 amplía, una vez más, el plazo de suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual de aquellas personas que estuvieran en situación de vulnerabilidad como consecuencia del COVID-19. El inicial plazo de dos años se ha convertido, gracias a las sucesivas prórrogas, en un —más que extenso— plazo de 11 años. Estos 11 años de moratoria traen como consecuencia la posibilidad de dotar de una vivienda a las personas vulnerables, pero también supone el impago del préstamo hipotecario, la dificultad de cobro y la imposibilidad de realización de la hipoteca, perdiendo esta totalmente su función de garantía.

Nos planteamos si la función social de la propiedad es causa que justifique plenamente esta limitación en el ejercicio del derecho real de hipoteca, y el alargamiento de esta situación inicialmente “temporal”. Como medida de carácter transitorio que era, no vemos aconsejable sus sucesivas prórrogas a través de normas puntuales de carácter temporal; corre el riesgo de convertirse en “normal” y “permanente” algo que en principio no debería serlo. Y si lo fuera, por la verdadera necesidad de impedir el lanzamiento a determinados colectivos vulnerables, a lo mejor, el legislador debería afrontar la situación de otra forma, con una modificación permanente de la ejecución hipotecaria en esos casos.

Por otra parte, el título posesorio de las personas que siguen permaneciendo en la vivienda es discutible: ha habido adjudicación en la subasta hipotecaria, luego se ha producido la transmisión de la propiedad al adjudicatario; ¿cuál es el título que justifica ahora su posesión?, ¿precario? (el que habita sin título y sin pagar renta o merced), ¿comodato?

El precario se caracteriza por ser una cesión de uso de un inmueble basada en la mera voluntad del propietario o poseedor, que “deja” vivir en ella al precarista, sin determinar en ningún momento la duración ni el uso o destino del inmueble, sin título que la justifique y sin pagar renta alguna. Como afirma la STS 2 octubre 2008, estableciendo doctrina jurisprudencial, “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista [...]”.

Por su parte, en el comodato se produce la cesión de uso de un inmueble por un plazo y uso determinado, tal y como define el Tribunal Supremo, en la STS del 3 diciembre de 2014, que afirma que

[...] el contrato de comodato se define como un contrato de uso por el que una parte entrega a la otra una cosa para que la use, durante un tiempo o para un uso concreto. Son dos partes, comodante y comodatario, donde solo nacen obligaciones para el comodatario, que debe conservar y servirse de la cosa, y, devolverla cuando llegue el plazo pactado o concluya el uso para el que se prestó, aparte del caso de que el comodante tuviese urgente necesidad de ello, conforme al art. 1.749 CC y, como añade el 1.750 CC, si no consta plazo ni el uso, el comodante o su causahabiente puede reclamarla a su voluntad.

El comodato se diferencia sobre todo del precario en que en este la cesión del uso no tiene duración ni uso definido o determinado, mientras que sí lo tiene en el comodato. Por eso, nos inclinamos por pensar que el caso descrito se trata de un comodato legal, obligado por la ley, ya que la cesión del uso se justifica en el mandato legal y, además, tiene un uso determinado de vivienda, y por un plazo determinado. Pero, claro, si el plazo de cesión se va prorrogando legalmente, cada vez más, podríamos incluso plantearnos si realmente este comodato legal tiene una duración determinada, que es connatural a este.

Y, por otra parte, derivado de su situación y título posesorio nos planteamos si, como comodatario durante tanto tiempo, sería adecuado que asumiera alguno de los gastos derivados de su posesión: cuota de la comunidad propietarios, impuestos sobre la propiedad, tasas de basuras, y por supuesto los gastos de luz, agua, etc. (aunque los decretos del estado de alarma, también impiden el corte de suministros de las personas vulnerables).

Esta suspensión mantenida en el tiempo ocasiona problemas jurídicos a los que también debe hacerse frente.

3.2. Moratoria en el pago del préstamo hipotecario.

También hemos examinado antes que los Reales Decretos Leyes 8 y 11/2020 establecen la moratoria, la suspensión del pago de la cuota del préstamo hipotecario para personas vulnerables (su vivienda habitual o distinta de la habitual en alquiler también en suspenso), pymes y autónomos (inmueble afecto a la actividad empresarial/profesional).

Se trata de una verdadera suspensión, aplazamiento del pago del préstamo hipotecario, y no de una condonación parcial (o total), de forma que esa suspensión tiene como efecto que el deudor no pagará ni la cuota debida por principal, pero tampoco los intereses devengados, porque no se devengan al estar suspendido el pago. Lo mismo cabe decir con respecto a los intereses moratorios, que no se devengan porque el deudor no está en mora; ni habrá, en consecuencia, vencimiento anticipado.

Hay que señalar que las personas vulnerables que pueden solicitar —y obtener— dicha moratoria, por cumplir todos y cada uno de los requisitos que establece el Real Decreto Ley 8/2020, suponen solo el 10,20 % del total de posibles beneficiarios afectados por el COVID-19, y el 74,49 % cumple de forma parcial alguno de los requisitos de vulnerabilidad, siendo el que cumple la mayoría (un 82 %) el de haber perdido el empleo, o sufrir pérdidas del 40 % (Asociación de Usuarios Financieros, 2020). Esto indica que, a pesar de la importancia de la medida, en la práctica va a ser de poca aplicación, debiendo replantearse la acumulación de todos los requisitos si es que se quiere dar opción a más afectados y desfavorecidos.

En el caso —poco probable, por lo que acabamos de ver— de que se cumpla con los requisitos para solicitar la moratoria, y una vez concedida esta (es obligatoria), deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse dicho aplazamiento en el Registro de la Propiedad, tal y como dispone el art. 13.3 del Real Decreto Ley 8/2020⁹.

⁹ Artículo 13 RD Ley 8/2020. Concesión de la moratoria.

1. Una vez realizada la solicitud de la moratoria a la que se refiere el artículo 12 de este real

Dicha moratoria no supondrá una novación de las condiciones del préstamo hipotecario, es una suspensión del mismo, y aunque conlleva una ampliación del plazo, no podemos hablar de un acuerdo novatorio del préstamo hipotecario. Esto parece incuestionable habida cuenta de que el acreedor se ve obligado a aceptarlo, es una imposición, una modificación legal del contrato de préstamo, sometida a las condiciones que el decreto desgrana, y que opera de forma automática con la sola solicitud del deudor¹⁰. No hay, por tanto, verdadera novación, pues no hay voluntad ni consentimiento del acreedor a aquella.

Esta modificación, no novatoria, debe, sin embargo, formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. ¿Para qué? No cabe duda de que su eficacia no es constitutiva, porque la modificación se produce con la sola petición del deudor. Algunos autores han considerado desmesurada esta medida, y otros la justifican, primero, como título necesario para la consiguiente ejecución hipotecaria, que requiere de título ejecutivo inscrito y, si la solicitud se hiciera en documento privado, se dificultaría esta, a la hora de “emitir el documento fehaciente de liquidación del 573 LEC” (García Rubio, 2020, p. 30); además, sería necesaria para el conocimiento y oponibilidad de todos aquellos acreedores posteriores inscritos, a los que dicho aplazamiento puede afectar, pues no contaban con un aumento del plazo de la hipoteca anterior (Álvarez Royo-Villanova, 15 de abril de 2020). Sin embargo, a pesar de que les afecta, no va a ser necesario su consentimiento, tal y como dispone este artículo.

Pero, más allá de lo dicho, merece una reflexión esta nueva posibilidad de ampliación del plazo del préstamo hipotecario.

¿Podemos llegar a considerar que esa ampliación del préstamo hipotecario impuesta puede suponer una alteración del rango de la hipoteca respecto de la parte aplazada? Debemos tener en cuenta que ese nuevo plazo puede perjudicar a los terceros posteriores que ven relegada su posibilidad de cobro hasta que se termine de pagar el préstamo garantizado con hipoteca, más allá de lo inicialmente

decreto-ley, la entidad acreedora procederá a su implementación en un plazo máximo de 15 días.

2. Una vez concedida la moratoria, la entidad acreedora comunicará al Banco de España su existencia y duración. Los importes que serían exigibles al deudor de no aplicarse la moratoria no se considerarán vencidos. Durante el período de suspensión no se devengará interés alguno.

3. La aplicación de la suspensión no requerirá acuerdo entre las partes, ni novación contractual alguna, para que surta efectos, pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La inscripción de la ampliación del plazo inicial tendrá plenos efectos, en su caso, frente a los acreedores intermedios inscritos aunque no cuente con el consentimiento de estos.

4. Cuando prestamista y prestatario beneficiario de la moratoria acuerden una novación como consecuencia de la modificación del clausulado del contrato en términos o condiciones contractuales que vayan más allá de la mera suspensión a la que se refiere el artículo 13, incorporarán, además de aquellos otros aspectos que las partes pacten, la suspensión de las obligaciones contractuales impuesta por este real decreto-ley y solicitada por el deudor, así como el no devengo de intereses durante la vigencia de la suspensión.

10 El carácter obligatorio, legal y no novatorio (acuerdo) de esta moratoria se extrae directamente de los arts. 13. 1, 3 y sobretodo el apartado 4 RD Ley 8/2020, y el automatismo de su eficacia del art. 14 del mismo decreto ley, tal y como sostiene Álvarez Royo-Villanova, 1-4.

previsto y asumido por ellos, por lo que lo “justo” sería que la parte aplazada se postergara en rango a ellos para no perjudicarles, pues contrataron según lo que constaba en el Registro de la Propiedad.

Así lo ha considerado tradicionalmente una parte pequeña de la doctrina (Chaves Rivas, 2009) que ha entendido que cualquier aumento del plazo supone una pérdida de rango de la hipoteca en la parte aplazada, basándose en la consideración de la hipoteca como un derecho de realización de valor de importe y plazo determinado, añadiendo a sus argumentos la aplicación por analogía del art. 1851 CC en materia de fianza y lo dispuesto en el 241RH que requiere para la posposición de rango que se determine “la duración máxima de la hipoteca”, convirtiéndose este elemento en esencial de la conservación del plazo.

No parece ser esta la consecuencia más adecuada de la ampliación del plazo en el supuesto descrito en el RDL de la moratoria hipotecaria. En primer lugar, porque en dicha moratoria, la ampliación del plazo es de escasa entidad (únicamente tres meses), lo que probablemente no sea un aplazamiento de entidad suficiente para perjudicar tanto a los acreedores posteriores; y, en segundo lugar, porque la tesis de que la simple ampliación de plazo supone una pérdida de rango registral ya ha sido rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). El Centro Directivo ha afirmado que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como ya dijo en la RDGRN 27 noviembre 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de este debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior.

Este argumento de que la ampliación de plazo no supone pérdida de rango, ya que, en términos generales, —y como ya he defendido en otras ocasiones (Goñi Rodríguez de Almeida, 2014)—, solo la ampliación del plazo unida a la ampliación del principal supondrá una pérdida de rango, postergada en la parte ampliada a los terceros inscritos. Este argumento vino a confirmarse con el Real Decreto 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos que, en su art. 5.5, establecía para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios, los efectos del art. 4.3 LSMPH, que es el mantenimiento del rango; luego, incluso la modificación del plazo del préstamo hipotecario hasta los 40 años, que introdujo ese Real Decreto, no suponía una pérdida de rango registral.

De este modo, entendemos que la sola ampliación de plazo es una novación modificativa que no altera el rango registral y que, por tanto, puede llevarse a cabo sin perjuicio ni consentimiento de acreedores posteriores.

El Real Decreto Ley 8/2020 es acorde con lo ya admitido por la legislación y la doctrina anterior, con la salvedad de que esta —corta— ampliación de plazo, no puede entenderse ni siquiera como novación, pues aquella supone siempre un acuerdo entre las partes y, en este caso, la ampliación del préstamo es consecuencia de la ley. Por eso, esta modificación legal resulta obligatoria para el acreedor,

pero también para los terceros inscritos con posterioridad, y sin necesidad de recabar su consentimiento, tal y como establece el artículo 13.3 del Real Decreto Ley. Realmente, casi no les afecta por la brevedad del aplazamiento y, aunque lo hiciera, es una obligación legal a la que no pueden oponerse, y por eso se haría vano su consentimiento.

Así las cosas, podríamos plantearnos que la necesidad de la inscripción de esta ampliación, —obligatoria y que deben asumir los terceros posteriores, no ya para su conocimiento y oponibilidad (ya se la da la ley), tal y como sugiere algún autor ya citado— es conveniente para dar oponibilidad a los futuros terceros hipotecarios, adquirentes, por ejemplo, de la finca en cuestión, o nuevos acreedores hipotecarios, para que conozcan que el gravamen sobre la misma se alarga.

Ahora bien, si además del plazo se modifica, por ejemplo, el principal del préstamo u otras condiciones, ¿estamos ante una novación? Sí, tal y como se deduce del último párrafo del artículo 13, y de lo dispuesto en el artículo 4 LSM-PH. En este caso, ¿podría inscribirse también sin necesidad del consentimiento de los terceros posteriores inscritos? Entendemos que no, y que estaríamos ante un supuesto de alteración del plazo + principal, que llevaría o a la necesidad del consentimiento de estos, o a la pérdida de rango para la parte ampliada con el fin de no perjudicarles. Volveríamos a las reglas normales en este sentido de la inscripción de novaciones y, además, sería, en este caso, obviamente necesario el consentimiento del acreedor, y desde el punto de vista de requisitos formales el acta previa de comprobación —que en el supuesto previsto en el Real Decreto Ley de la simple moratoria no considero necesario—.

Podemos concluir afirmando que esta modificación legal del plazo tiene unos efectos limitados desde el punto de vista registral, ya que la oponibilidad a los terceros posteriores inscritos se la da la propia ley, y que, en definitiva, tiene más interés para facilitar la ejecución de la propia hipoteca más adelante, y solo para terceros adquirentes.

En conclusión, tal y como se acaba de examinar, en un periodo excepcional se establecen medias extraordinarias que alteran el devenir de figuras propias de nuestro ordenamiento. Pero la escasa, confusa y dubitativa regulación que se ha hecho de estas cuestiones de derecho privado inmobiliario en España nos lleva a advertir de los problemas que las mismas pueden ocasionar por su falta de precisión, o de acierto en su aplicación, de cara al futuro, y la necesidad de que el legislador español tome nota y trate de corregir los defectos señalados.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Royo-Villanova, S. (15 de abril de 2020). La formalización en escritura pública de las moratorias de préstamos consecuencia del Covid. *Notarios y Registradores*. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/formalizacion-escritura-publica-moratorias-prestamos-covid-19/>.
- Asociación de Usuarios Financieros (2020). *COVID-19 Moratoria Hipotecas, Abril 2020*. https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/04/2020_04_GRAFICOS_COVID_MORATORIA_DEF.pdf
- Chaves Rivas, A. (2009). Ampliación del plazo y rango. *El Notario del siglo XXI*, 1-7. <https://www.elnotario.es/practica-juridica/1499-ampliacion-de-plazo-y-rango-0-31696193881049933>
- García Rubio, M.P. (2020). Medidas regladas en materia de contratos con motivo del Covid 19 en España. *Revista de Derecho Civil*, VII (2), 30-42.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2014). Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 742, marzo-abril, 662-680. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4700315>
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2020). Los efectos del COVID-19 en el derecho inmobiliario: especial referencia a las moratorias hipotecarias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 96(780), 2352-2370.
- Real Decreto Ley 6/2012. De medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. 9 de marzo del 2012. Artículos 5 y 6. BOE-A-2012-3394.
- Real Decreto Ley 6/2020. Por el que se establecen medidas sociales urgentes para paliar los efectos de la situación creada por el COVID-19 y de fomento de la investigación sanitaria. 10 de mayo de 2020. Artículo 2. BOE-A-2020-8009.
- Real Decreto Ley 8/2020. De medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. 18 de marzo de 2020. Artículos 7, 8, 10 y 14. BOE-A-2020-3824.

Real Decreto Ley 19/2020. Por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Disposiciones generales sobre moratorias convencionales. 26 de mayo de 2020. Artículos 7 y 6. BOE-A-2020-5315.

LA MEDIACIÓN Y LOS *DISPUTE RESOLUTION*
BOARDS (DRB), EN MATERIA DE CONSTRUCCIÓN
EN CHILE: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA DESDE EL
EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

THE MEDIATION AND THE DISPUTE RESOLUTION
BOARDS (DRB), *IN THE CONSTRUCTION MATTER IN*
CHILE: A LEGAL PERSPECTIVE FROM OBLIGATIONS
EFFECTS

Santiago Zárate González*

Resumen

El presente trabajo indaga sobre la posibilidad de que la mediación, y en especial los *Dispute Resolution Boards*, como mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el área de la contratación inmobiliaria, pueda ser utilizada como una herramienta por el acreedor en caso de incumplimiento de contrato. Esto, sobre todo en aquellos casos de cumplimiento diferido que involucran grandes cantidades de dinero e inversión. Las hipótesis de cumplimiento imperfecto podrían pensarse desde la perspectiva de la solución alternativa que entregan dichas herramientas como una consecuencia o efecto de las obligaciones.

Palabras claves: mediación, paneles de expertos, cumplimiento imperfecto, efecto de las obligaciones

Abstract

This paper investigates about possibilities that mediation, an especially the *Dispute Resolution Boards*, as alternative dispute resolution mechanisms around real estate contracting, can be used as a tool by the creditor in the event of non-compliance with the contract, especially in cases of deferred performance that involve large amounts of money and investment. The hypotheses of imperfect compliance could be through from the perspective of the alternative solution provided by said tools as one consequence of obligations effects.

Key words: mediation, expert panels, imperfect compliance, effect of obligations

* Docente de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central de Chile; Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Postgrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Dirección postal: 8320000 Lord Cochrane 417 A, Centro, Santiago de Chile. Fono: (56 2) 2 405 8334. Correo electrónico: santiago.zarate@uccentral.cl

I. Introducción

En términos generales, todo acreedor espera que su deudor cumpla *in natura* con los términos acordados en el contrato, como si estuviere cumpliendo con la ley (principio *pacta sunt servandas*).

Solo en caso de que el deudor no pueda o simplemente no quiera cumplir, se abre una pléyade de posibilidades al acreedor de presionar al deudor para que cumpla, compulsivamente.

La primera de ellas es el cumplimiento forzado de la obligación. Luego, le sigue la indemnización de perjuicios (cumplimiento por equivalencia), y los denominados derechos auxiliares de los acreedores, entre los que figura la resolución del contrato (por aplicación de la condición resolutoria tácita presente en todos los contratos bilaterales), y varias acciones de antigua data: la acción subrogatoria u oblicua, o la acción pauliana o revocatoria.

En todos estos escenarios; sin embargo, es posible que el acreedor no logre obtener lo que desea, que es el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación, ya que estas herramientas parten de la hipótesis de incumplimiento y la necesidad de hacer cumplir lo pactado, pues de ello depende también el bienestar de los acreedores, en el amplio sentido de la palabra.

Tratándose de contratos de cumplimiento diferido, la cuestión es aun más complicada, pues a la complejidad técnica de los contratos mismos se une la circunstancia del tiempo, que siempre juega en contra del acreedor.

Imaginemos por un instante que debemos construir un edificio y sucede que el desborde de un río cercano provoca una inundación que detiene las obras justo cuando había que entregar los primeros pisos o que una pandemia provoca una serie de actos legales de parte de la autoridad sanitaria que impiden el logro de los objetivos, generalmente presentes en la planificación inicial de un proyecto inmobiliario. Una verdadera debacle, una hecatombe.

Entonces, ¿qué se hace? La inundación es, obviamente, un imprevisto de la naturaleza; las medidas de los ministerios de salud o salubridad, por su lado, representan hipótesis de caso fortuito. En ambas situaciones, sin embargo, se trata de escenarios que no fue posible resistir o prever.

Frente al incumplimiento de la empresa que debía terminar las obras contra estados de pago por lo general pendientes, ¿pueden las partes no hacer nada más que lamentarse?

El acreedor tiene todas las herramientas que mencionamos, pero ninguna soluciona el problema de continuidad de las obras. Es más, si al acreedor se le ocurriera demandar, su acción no tendrá muchas chances de prosperar en un escenario de pandemia. De hecho, en nuestro país hay medidas legislativas que se tomaron para suspender las ejecuciones y lanzamientos, de modo que al primer golpe se suman otros más dolorosos.

¿Qué pueden hacer, entonces, tanto el acreedor como el deudor para continuar con el contrato a pesar del notable deterioro de las condiciones de cumplimiento del mismo?

La historia práctica del derecho ha entregado algunas formas de solucionar los problemas distintas de la judicialización: la transacción, el arbitraje, la conciliación, la mediación y, en el último tiempo, los llamados *dispute resolution boards* (DRB), o panel de resolución de disputas, o panel de expertos, como se les llama brevemente.

Respecto de los tres primeros, es sabido que es posible que representen una salida alternativa al conflicto, pero que claramente aumenta los costos del proyecto, que a esas alturas serán gastos no reembolsables. En efecto, el pago de honorarios de expertos y de asesores jurídicos, aparte de los árbitros mismos, excede los confines financieros del contrato original.

En el mundo, los sistemas de mediación y de DRB, existen desde antes de finalizar el siglo XX, y con más fuerza a partir de inicios del siglo XXI. Por lo general, están asociados a las áreas de la industria y la minería, y, en la última década, a la construcción.

Como datos de aquello, la American Arbitration Association (AAA) tiene una regulación de los DRB desde el año 2000, y el International Center for ADR, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), desde el año 2004. Asimismo, la Japan International Cooperation desde el año 2012; y, en el Perú el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que elaboró un reglamento de DRB en el 2014 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

A nivel macro, existe una fundación mundial de promoción de los DRB, unida a la Federación Internacional de DRB, denominada Dispute Resolution Board Foundation, entidad con la que el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), firmó un convenio de cooperación técnica en el 2014.

En septiembre de 2014, el CAM suscribió asimismo un convenio con la Cámara Chilena de la Construcción (CCHC), con la finalidad de implementar y sociabilizar la cultura de los DRB en nuestro país.

Por último, en mayo de 2020, y a propósito de la pandemia del COVID-19, el CAM amplió la cobertura de su convenio a aquellas empresas socias del área de la construcción (tamaño PYME), cuyos contratos no excedan de las UF. 3000 (aproximadamente 86 millones de pesos chilenos). Esta iniciativa, impulsada por el Ministerio de Economía de Chile, permitiría que estas empresas pudieran negociar sus incumplimientos por el COVID-19, sin el costo que significa contar con un panel de expertos. Es decir, el convenio hace aplicable el mecanismo de los DRB *pro bono*, sin costo para la empresa (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Por ello, consideramos que tanto la mediación como los DRB se presentan como posibilidades de alcanzar acuerdos que eviten los inconvenientes y gastos que significa un arbitraje u otras formas judiciales más disruptivas, alcanzando las partes acuerdos que las acerquen a los fines que desearon en el contrato, desde su suscripción: su cumplimiento.

II. Arbitraje y mediación

Como hemos señalado, el arbitraje en sí mismo presenta el problema de lo engorroso que suele volverse.

Puede suceder que, en una cláusula del contrato, se establezca una salida arbitral a cualquier conflicto suscitado entre las partes, expresada, sin embargo, de forma muy general. Esta generalidad se manifiesta en la extensión que las partes otorgan al árbitro para dar solución a problemas de aplicación o interpretación de las cláusulas contractuales.

Así, es evidente que se sigue un itinerario más bien legal desde que las normas sobre interpretación de los contratos se encuentran establecidas de manera natural, aunque no hubiesen sido así estipuladas. Es decir, todas las cláusulas de un contrato son interpretables a la luz de las reglas que la ley entrega a las partes para ello (Código Civil de Chile, art. 1560 al 1566).

Una cláusula compromisoria importa la designación *ex ante* de un juez árbitro que zanje cualquier problema que sea previsible en el tiempo. No obstante, es el mismo contrato el que establecerá un mecanismo de nombramiento del árbitro que generará gastos para las partes, que, por general, pagará aquella que pierda en el litigio.

Entonces, se suele designar al árbitro de dos formas conocidas: señalando expresamente el nombre del profesional que hará las veces de juez y del o los sustitutos en caso de que el primero no pueda o se excuse, y señalando las características y pertenencia que deberá tener quien solucione el conflicto. Esto es que, al menos, el árbitro debe ser un exministro de Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema, o, en el peor de los casos, un abogado de notorio prestigio. En ambas situaciones son sacados de una lista que usualmente se encuentra en poder de las cortes, de la CCS o de la CCHC. Se podrá inferir que los honorarios de exministros o abogados de prestigio no son para nada nimios.

En este estadio de cosas, puede que las partes no quieran optar por la cláusula compromisoria, caso en el cual asiste la posibilidad de solicitar a un tribunal la designación de un juez árbitro, con lo cual igualmente el asunto termina judicializándose. En tal sentido, el camino que se quiera tomar queda radicado obviamente en la decisión de las partes.

En el primer caso, la judicialización es obvia. En el segundo caso, la idea de mediar aparece como una herramienta de eficacia posible, en una hipótesis de cumplimiento imperfecto, no esperada ni querida originalmente por las partes; esto si es que lo que el acreedor busca no es intimidar a su deudor con el despliegue de armas de ejecución letal que lo ejecuten sin piedad y que, por el contrario, desee que su deudor cumpla, aunque sea de manera imperfecta. Esta idea es muy simple y podría significar que el *pacta sunt servandas* no se toque, y que el desequilibrio inicial de las prestaciones se corrija.

La ley del contrato suele ser un gran impedimento al momento de cumplir con lo acordado, de tal manera que un procedimiento de mediación que obste al arbitraje (que parte de la idea matriz de romper con el pacto a fin de solucionar el conflicto), puede implicar que el equilibrio de las prestaciones no deba ser tocado.

Si al momento de pensar en exigir al deudor el cumplimiento de una obligación, o su resolución, en ambos casos con resarcimiento de los perjuicios, comunicadas las dos situaciones o de manera autónoma, la hipótesis de cumplimiento imperfecto puede representar una alentadora salida (art. 1489 CC).

Desde la perspectiva del efecto de las obligaciones, consideramos razonable pensar que una revisión de las condiciones originales del contrato a raíz de eventos no previstos por las partes, como es el caso de la pandemia, a través de la mediación y no del arbitraje, puede generar resultados mejores que los esperados. A veces, las reglas no ayudan a dar soluciones razonables a problemas derivados de la ejecución de las obligaciones.

¿Qué es la mediación? En general, se entiende por mediar la acción de “intervenir en una discusión, o en un enfrentamiento entre dos partes, para encontrar una solución” (Real Academia Española, s.f.). Puede entenderse, en general, como una actividad tendiente a alcanzar acuerdos de cumplimiento, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.

En el primer concepto, la idea matriz implica que un sujeto ajeno a la relación original intervenga con una finalidad clara y definida: dar solución a un conflicto. En el segundo, mediar es una actividad que requiere de una acción de parte del sujeto externo a la relación cuya finalidad es alcanzar acuerdos de cumplimiento, evidentemente, de un contrato, evitando su judicialización. No es posible una mediación si solo hay una parte o voluntad. Es decir, la mediación no se da en ausencia de conflicto y este solo se genera cuando existen dos o más personas.

También se puede ver como “un mecanismo de resolución de conflictos, en el cual un tercero imparcial busca facilitar la comunicación para que las partes sean capaces de resolver un conflicto” (García Villaluenga y Vázquez de Castro, 2015, pp. 21-36), de modo que ese sujeto, ajeno al conflicto, llamado tercero imparcial, busque facilitar la comunicación entre las partes. Claramente, la finalidad de dicha acción radica en el simple hecho de que sean ellas mismas las que alcancen la solución del conflicto.

Se dice que es un sistema alternativo, porque se aplica en lugar de otros mecanismos, judiciales o extrajudiciales, menos benignos en términos de rapidez y eficacia.

III. El arbitraje y la mediación en materia de construcción en Chile

En nuestro país no existe un órgano gubernamental que brinde este tipo de asesoría, salvo —como se explica más adelante— la mediación en casos de negociación colectiva, en materia laboral, en que es la inspección del trabajo la que puede operar los llamados ‘buenos oficios’.

Asimismo, en materia familiar, cuando se trata de una demanda de divorcio, en que, presentada aquella, el juez debe, obligatoriamente, generar un procedimiento de mediación, remitiendo los antecedentes a mediadores especializados en esa materia. Sin perjuicio de ello, las partes pueden concurrir a un mediador, antes de demandar.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, existe una entidad privada que desde hace varios lustros brinda asesoría en materia de arbitraje y mediación a las empresas: el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM), dependiente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Esta entidad sin fines de lucro fue fundada bajo la CCS, en el año 1992, con la misión de prestar servicios de administración en arbitrajes, tanto nacionales como internacionales, que sean sometidos a su conocimiento, procediendo a la designación de árbitros y mediadores cuando las partes así lo hayan pactado, según reza el artículo 1 de sus estatutos (Cámara de Comercio de Santiago, 2019) vigentes recién a partir del año 2012 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

En consecuencia, el CAM es un centro que presta servicios de arbitraje, tanto nacional (1992) como internacional (2006), de mediación (1998) y de DRB a partir del año 2015 (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Desde el 2013, el CAM tiene un sistema de tramitación digital para los procesos de arbitraje y mediación, el *e*-CAM Santiago (Cámara de Comercio de Santiago, 2019). Asimismo, en el año 2017 firmaron un convenio de interconexión junto con el Poder Judicial de Chile, con lo cual, tal vez sin querer, se preparó para el escenario de pandemia que vivimos hoy (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

En materia de construcción, como dijimos, el CAM ofrece, desde mayo de 2020 y *pro bono*, sus servicios de mediación mediante el sistema de DRB, en concomitancia con el Ministerio de Economía de Chile (Informativo CAM, 2020). Se trata de un total de 1,000 mediaciones a través del sistema de DRB para sus empresas socias, y cuyos contratos no excedan de las UF. 3,000 (86 millones de pesos chilenos, o 115 mil dólares americanos) (Portal Innova, 01 de abril del 2020).

IV. Del sistema de *dispute resolution boards* en los contratos de construcción

En el mundo, los *dispute resolution boards*, o paneles de expertos, son, según Juan Eduardo Figueroa “órganos establecidos para solucionar disputas contractuales tan pronto ellas se producen” (Figueroa Valdés, 2010, p. 10).

En el mismo sentido, el CAM señala, en su página web, que se trata de

[...] es un sistema adecuado de resolución pacífica de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión Recomendaciones o Decisiones, según el modelo que se adopte (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

Por su naturaleza, continúa la definición del CAM, “opera en contratos con cierto contenido técnico, que son de ejecución diferida a mediano o largo plazo, y en los que la solución oportuna de alguna desavenencia presenta un provecho especialmente atractivo para las partes (Cámara de Comercio de Santiago, 2019).

El Reglamento del CAM (que sigue los lineamientos de la Cámara de Comercio Internacional sobre DRB) ha dispuesto lo siguiente: el DRB es

[...] aquel panel técnico compuesto por uno o tres miembros, destinado a prestar apoyo informal a las partes frente a los desacuerdos o desavenencias que

se presenten durante la vigencia del Contrato, como asimismo a emitir Determinaciones en conformidad al presente Reglamento. (Cámara de Comercio de Santiago, 2019)

Se trata, por tanto, de una modalidad colegiada de resolución de conflictos que se establece en los contratos de ejecución diferida, como el de construcción, desde el principio de la ejecución.

En un primer acercamiento, consideramos que funciona como un sistema de control coetáneo a la ejecución, de modo que en todo momento el panel acompaña a las partes, haciendo recomendaciones o tomando decisiones que eviten el conflicto.

El control no es un aspecto menor, ya que las actividades modernas se caracterizan por la existencia de un sistema de ejecución permanente de los grandes contratos de construcción. En efecto, los esposos Gilbreth sostuvieron, a principios del siglo XX, que el trabajo humano responde al principio de la ergonomía aplicada a la administración de las empresas. El predicado fundamental de esa teoría era que el mejor método de trabajo es el que permite al operario ejecutar las tareas en el menor tiempo, con mayor facilidad y satisfacción. El hecho de 'controlar el trabajo' es necesario para cerciorarse de que está ejecutándose de acuerdo con las normas establecidas y según el plan previsto (Gilbreth y Gilbreth Carey, 1948).

Según Herfried Wöss, el DRB es "un órgano colegiado compuesto por tres personas que conocen ampliamente las estipulaciones contractuales y la ejecución del contrato y acompañan el proceso hasta la finalización" (2006, p. 2). Si se aprecia, para Wöss un panel de expertos, amén de tener una estructura colegiada, está siempre compuesta de tres personas como mínimo. Por lo general, lo componen un abogado y dos ingenieros.

Para González de Cossio,

[...] se trata de órganos sui géneris que navegan junto con una obra —de hecho, son parte de la misma— y se activan exclusivamente si surge una controversia. Dado que están enterados de —e involucrados con— la obra, pueden resolverse en forma inmediata, sin necesidad de incurrir en tiempo para educar a un tribunal ex novo, y con el beneficio de que —enterados de las peculiaridades de la obra— pueden resolver "bien", además de rápido. (2013, p. 455)

Nótese que la resolución de los conflictos puede ser inmediata, lo cual se adecúa al concepto de control coetáneo antes mencionado.

Por otro lado, y según el mismo autor, existen tres especies de DRB (2013, p. 455):

- a) Los paneles de revisión (*dispute review boards*), mediante los cuales se emiten por el panel "recomendaciones que no son inmediatamente obligatorias". A veces, señala el autor, "lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del statu quo, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral" (González de Cossio, 2013, p. 455). Es un mecanismo que funciona como un interdicto, si se quiere. La ejecución es revisada por el panel a medida que avanza su ejecución.

- b) Los paneles de adjudicación (*dispute adjudication boards*). Estos paneles “emiten decisiones que son inmediatamente obligatorias” (González de Cossio, 2013, p. 455), lo que permite obtener, según González de Cossio, soluciones temporales y sustantivamente adecuadas.
- c) Los paneles combinados (*combined dispute boards*). Estos paneles pueden “decidir emitir una decisión o una recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo de fondo, sino de forma”, y continúa el autor, “si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una ‘recomendación’ no vinculatoria, así se hará”. (González de Cossio, 2013, p. 455)

Nótese que, en todos estos casos, el acompañamiento del panel de expertos es permanente, de modo que toda controversia, por muy pequeña que sea, provee a las partes la posibilidad casi inmediata de solucionarla. Es decir, las recomendaciones o las decisiones son tomadas sobre la marcha, no deteniéndose el impulso o continuidad del contrato.

Asimismo, se puede apreciar que el contrato se va adaptando poco a poco a la dinámica de los eventos. Una adaptabilidad que en términos normales no se daría en virtud del incumplimiento factual de las obligaciones.

Jurídicamente, no se trata de una destrucción *a posteriori* del principio *pacta sunt servandas*, sino más bien de una tenue revisión de los detalles que las partes no pudieron prever al momento de contraer sus obligaciones (*in obligatione*).

Tampoco se trata de una revisión *a posteriori* del equilibrio de las prestaciones (*rebus sic stantibus*), puesto que el control de los acontecimientos es congruente con los fines establecidos en el contrato. No existe la posibilidad ni de volatilidad ni de imprevisión.

La adaptación del contrato (o *contract adaptation*), nos señala González de Cossio, es una “facultad que se da a un tercero para colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia” (2013, p. 456); lagunas que tienen relación con esos detalles que no fue posible prever *in obligatione*.

Recordemos que en los contratos de ejecución diferida es evidente que las partes no pueden prever todo lo que ocurrirá en el futuro, de modo que un mecanismo como el planteado en los DRB parece una mejor alternativa en términos de cumplimiento.

Sin embargo, y he ahí el problema, en Chile somos medio reacios a aplicar mecanismos extraños, o de procedencia extranjera, por raro que ello suene.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, existen firmas legales que se dedican completamente a estos asuntos, con resultados inmejorables (1974-2007) (Rádovic, 2017).

¿Cuáles son, a nuestro entender, los problemas de aplicar este tipo de herramientas de solución de controversias en nuestro país?

Primero, y sin duda, es nuestra idiosincrasia o cultura. En nuestra construcción cerebral de abogados, siempre está presente que, ante cualquier incumplimiento, lo mejor es pegar el primer golpe y luego conversar; es decir, demandar y

luego conciliar o llegar a acuerdos que muchas veces son pésimos. Algunos deben recordar el antiguo refrán jurídico: más vale un mal acuerdo que un buen juicio.

Como ya dijimos, los instrumentos con que cuenta el acreedor van desde la conciliación, pasando por los avenimientos (judiciales y extrajudiciales), las transacciones (judiciales y extrajudiciales) y los arbitrajes (judiciales y extrajudiciales) con efectos de cosa juzgada. El problema: luego de obtener un resultado positivo en el litigio, ¿qué hacemos con un papel (sentencia), si no tenemos dónde cobrarlos?

Segundo, la falta de información y difusión de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como son la mediación y los DRB. Esta falta de conocimiento se debe a que no existen tantos centros de mediación ni mediadores especializados en materias como las que tratamos en esta ponencia. De hecho, han sido el CAM y la CCHC los organismos gremiales que han innovado en esta materia; por lo tanto, no existe un mecanismo legal o una política pública tendiente a aplicar los sistemas de resolución alternativa de conflictos en materia de construcción, pues, como hemos mencionado, no está en su ADN.

Los autores nacionales, Alcalde y Valdés, señalan que en materia de concesiones de obras públicas, el legislador se ha desmarcado de la tendencia a no establecer paneles de expertos como una política pública, en la Ley N° 20.410 de 20 de enero de 2010.

En nuestro país, el mecanismo de la mediación es obligatorio en materia de familia, solo tratándose de juicios de divorcio. Por su parte, en materia laboral, a propósito de la negociación colectiva, existen los llamados 'buenos oficios', que no son otra cosa que la intermediación de un funcionario del Estado (inspector del trabajo), cuya finalidad es acercar posiciones entre las partes (empleador y sindicato).

Tercero, que los expertos no sean tan expertos, y que el grupo de personas que compongan un panel no tengan los conocimientos técnicos para solucionar los problemas que acaezcan, sobre todo pensando que se trata de contratos de construcción mega millonarios.

En el caso de la mediación, esa posibilidad de desconocimiento es gravitante desde que se trata de una sola persona. En el caso del panel de expertos, es menos probable que haya desconocimiento, pues se trata de un grupo de tres o más personas.

La existencia del CAM y de los estatutos y reglamentos que lo rigen es una muestra de la preocupación de que las personas que componen el grupo de árbitros, mediadores y de expertos tengan la experiencia y los conocimientos necesarios para afrontar los retos que impone la actividad de la construcción.

En cuarto y último lugar, un problema que también puede acontecer es lo referido al ámbito de aplicación de los DRB, o su extensión en términos legales, ya que los mega contratos generalmente están suscritos por empresas transnacionales que invierten sus recursos en proyectos muy interesantes desde la perspectiva de sus tasas de retorno de la inversión y, por ende, se ven enfrentados a legislaciones bastante heterogéneas.

Debemos tomar en cuenta el hecho de que las legislaciones sean diversas y muchas veces traten los problemas técnicos desde una perspectiva distinta a lo que ocurre en otras latitudes, de modo que las empresas deben, primero, cerciorarse de que las condiciones legislativas no sean volátiles o imprevisibles, como para que su inversión produzca la rentabilidad esperada (el caso de China).

Por ello, estas empresas suelen asociarse con empresas nacionales para que todos los conflictos legales sean advertidos antes de su ocurrencia, y de esa manera las ganancias futuras no se esfumen antes de comenzar las obras.

V. Conclusiones

En nuestro país, los DRB aún no son mecanismos muy aceptados por los contratantes en conflicto, dado que no existe —a nuestro entender— una política pública que los regule, lo que hace que sean entidades gremiales las que hayan tenido que operar desde lo privado, a fin de evitar que los conflictos mermen la actividad económica, que en el caso de la construcción es de gran importancia para el PIB.

Por su parte, y como es sabido, los mecanismos de resolución que podríamos llamar clásicos (arbitraje y mediación) son sistemas de aplicación *a posteriori* y normalmente allegados a la judicialización de los conflictos, de modo que las posibilidades de arreglo entre las partes pasan por el incumplimiento de las obligaciones, y por tanto, por la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil contractual, y de toda una pléyade de remedios asociados.

Por el contrario, en las hipótesis de cumplimiento imperfecto, las partes están más cerca del cumplimiento, y, por tanto, de una solución, que aquellas que optan por la ejecución judicial del incumplimiento.

Es una cuestión temporal, evidentemente, pero que tiene enorme importancia, puesto que, una vez incumplido un contrato, los ejércitos de asesores se movilizan para tratar de compeler a la parte que ha incumplido, obligándola judicialmente a cumplir en estadios poco auspiciosos.

Por ello, consideramos que el DRB es un buen remedio contractual, pero no en el tiempo del incumplimiento, *a posteriori*, sino en el marco de una hipótesis de cumplimiento imperfecto (*in executione*), en la que aún es posible salvar el contrato porque hay tiempo de hacerlo.

Dado que también lo podemos ver como un sistema de control coetáneo —a nuestro entender—, los conflictos posibles son más previsibles que en una situación en que aquel no existe. Un control permanente durante la ejecución del contrato reduce la probabilidad de conflictos. Esto, de todas formas, es sin perjuicio de la existencia de inspectores técnicos de obra (ITO), los cuales realizan un control permanente desde el punto de vista técnico, pero no jurídico-contractual, de modo que, si bien puede un ITO servir para alertar sobre problemas técnicos que redunden en conflictos de cumplimiento jurídico del contrato, siguen siendo controladores técnicos. Sin embargo, trabajar a la par con ellos es tremendamente relevante.

De esta manera, el panel, enfrentado a un conflicto, actuará recomendando o decidiendo sobre el particular, poniendo toda su experiencia al servicio de los

contratantes, quienes deben confiar en esas acciones, muy ligadas a la comunicación entre las partes y a la confianza, y entenderán que la opción de la ejecución judicial será siempre muy costosa.

Ahora bien, las partes deben estar en igualdad de condiciones, pues de no darse ese equilibrio, ninguna recomendación ni decisión tendrá la fuerza necesaria y obligatoria para que las partes la cumplan. Un desequilibrio en este estadio de cosas podría ser la ruina del mecanismo.

Finalmente, los costos de los DRB son bastante más bajos que los de un arbitraje o incluso que los de una mediación, por lo que su aplicación trae beneficios a las partes que de otra forma no se darían.

Finalmente, como no existen cifras recientes acerca de la aplicación, en Chile, de este mecanismo, sobre todo ahora en pandemia, deberemos esperar los resultados de esos 1,000 casos que tanto el CAM como la CCHC y el Ministerio de Economía han dispuesto para sus asociados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalde Ross, C. y Valdés Gabrielli, F. (2020) . Dispute Boards en Chile: experiencia ante el panel técnico de concesiones de obras públicas. Recuperado de https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2020/ABR/docs/2020-04_Alcalde-Valdes.pdf
- Cámara de Comercio de Santiago. (s.f.). Reglamento de DRB del CAM. Recuperado de <https://www.camsantiago.cl/servicio/dispute-boards/>
- Cámara de Comercio de Santiago (s.f.). “Dispute Boards”. En Cámara de Comercio de Santiago, recuperado de <https://www.camsantiago.cl/servicio/dispute-boards/>
- Cámara de Comercio de Santiago (s.f.). Estatutos del CAM Santiago”. En Cámara de Comercio de Santiago, recuperado de <https://www.camsantiago.cl/estatutos-cam-santiago/>
- Código Civil de Chile [CC]. (s.f.). Artículos 1560-1566. Mayo de 2000 (Chile). Recuperado de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
- Figuroa Valdés, J. E. (2010). Los Dispute Boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción, *Gaceta Jurídica* 364, pp. 9-17.
- García Villaluenga, L. y Vázquez De Castro, E. (2015). La mediación a debate en Europa: ¿hacia la voluntariedad mitigada? *Anuario de mediación y solución de conflictos*, (3), 21-36.
- Gilbreth, F.J. y Gilbreth Carey, E. (1948). *Cheaper by the Dozen*. Editorial Generic.
- González De Cossio, F. (2013). El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura. *Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM* 4, pp. 441-458.
- Informativo CAM Santiago (2020). Con 1000 Mediaciones probono, el CAM Santiago, el Ministerio de Economía y el Colegio de Mediadores, apoyana a las PYMES y personas naturales para solucionar conflictos contractuales. *Boletín N° 1/2020*. Recuperado de <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2020/ABR/noticia01.html>
- Rádovic C. M. (2017). Dispute Resolution Boards. Prevención y resolución experta de conflictos en la industria de la construcción. Recuperado

de <https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2016/07/docs/DB-herramientaexperta.pdf> (sin páginas).

Real Academia Española. (s.f.). Mediar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/mediar?m=form>

Wöss, H. (2006). Los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional. *Boletín de Asuntos Internacionales*, 100, pp. 1-10.

EL FIDEICOMISO COMO INSTRUMENTO EN EL SECTOR INMOBILIARIO EN EL PERÚ

TRUSTS AS INSTRUMENTS IN THE REAL ESTATE SECTOR IN PERU

*Mónica Arteaga Reátegui**

Resumen

El desarrollo del presente artículo se enfoca en que el lector pueda comprender mediante la descripción del contexto en el que se desarrolla un proyecto inmobiliario y la presentación de conceptos principales en torno al mismo, la forma en la que el fideicomiso, una figura que va tomando cada vez mayor relevancia a nivel del mercado peruano, puede ser utilizado como un instrumento que dota de mayor solidez y seguridad a los agentes que intervienen en el desarrollo de un proyecto inmobiliario, pudiendo llegar a desplazar, incluso con el paso del tiempo, al esquema tradicional basado en el otorgamiento de garantías.

Palabras clave: fideicomiso, derecho inmobiliario, COVID-19

Abstract

This article focuses on the reader being able to understand by describing the context in which a project is developed real estate and the presentation of main concepts around it, the way in which the trust, a figure that is taking more and more relevance at the level of the Peruvian market, it can be used as an instrument that provides greater solidity and security to the agents that intervene in the development of a real estate project, being able to displace, even with the passage of time, to the traditional scheme based on the granting of guarantees.

Keywords: trusts, real state, COVID-19

I. Introducción

Actualmente y desde hace algunos años atrás, el Perú ha sido partícipe de un fenómeno que ha originado que el sector construcción sea uno de los principales protagonistas en los índices de su economía. El fenómeno al que nos referimos es el denominado “boom inmobiliario”, que no es sino el reflejo del crecimiento acelerado que ha experimentado este sector.

* Miembro del Observatorio Inmobiliario y Mercantil – OIM

La creciente inversión en diversos proyectos inmobiliarios tuvo como correlato un considerable aumento en el valor de los terrenos y estuvo acompañada ineludiblemente de todo un esquema en el que las entidades financieras constituían una pieza clave, tanto en el financiamiento de estos proyectos inmobiliarios como en el de los clientes finalistas para la adquisición de los inmuebles.

El financiamiento hipotecario, así como los factores de la oferta y la demanda, han sido dos variables fundamentales para el desarrollo del mercado inmobiliario; respecto del primero de ellos, hasta antes del año 2000 se trataba de un producto bastante exclusivo al que muy pocas personas podían acceder; sin embargo, en la medida que el financiamiento hipotecario se flexibilizó, un mayor número de personas han podido acceder a créditos hipotecarios; este hecho, aunado a la creación del Fondo Mivivienda¹ a finales de la década de 1990 y a un crecimiento más sólido a nivel económico del país en esa época, tuvo como colofón que el mercado inmobiliario fuese cada vez más dinámico y se desarrolle un mayor número de proyectos inmobiliarios.

Desde hace algunos años atrás, se utiliza una figura que aún no es muy conocida en el Perú, pero va tomando cada vez mayor relevancia por su utilidad en la estructuración de diversos tipos de operaciones, entre las que destacan las de financiamiento para proyectos inmobiliarios; nos referimos a la figura del fideicomiso.

Así, a través del presente artículo, se buscará desarrollar las ventajas que tiene esta figura como un importante mecanismo que permite impulsar el crecimiento del sector inmobiliario, sobre todo en contextos como los que se han presentado por la pandemia generada por el brote del COVID-19, que ha tenido como una de sus principales consecuencias una ralentización importante en diversos sectores de la economía.

Para ello, resultará importante desarrollar en el presente artículo una descripción del contexto en el que se vienen llevando a cabo los proyectos inmobiliarios, la importancia de su evaluación financiera, así como también la aplicación de los diversos mecanismos y estructuras que habitualmente se utilizan para su desarrollo, entre las que se destacará la del fideicomiso como instrumento importante para promover el crecimiento del sector inmobiliario, sobre todo en contextos como el actual, generado por la pandemia del COVID-19.

II. Contexto regulatorio financiero y desarrollo de los proyectos inmobiliarios en el Perú

Lograr que un proyecto inmobiliario se vuelva una realidad puede ser el resultado de una diversidad de esquemas, que dependen de diferentes factores como la competitividad del mercado pero, sobre todo, el capital que se requiere para su desarrollo. En tal sentido, nos podemos encontrar ante un escenario en el cual estos proyectos sean autofinanciados y no requieran de la intervención

¹ Programa del Estado que se encarga de brindar financiamiento para la adquisición, mejoramiento y construcción de viviendas a los sectores de menos recursos.

de ninguna entidad financiera para su desarrollo; sin embargo, este esquema no es el más usual por la magnitud de la inversión que se requiere realizar. En efecto, la mayoría de estos proyectos inmobiliarios necesitan una considerable inversión para su construcción, y para ello recurren a una fuente esencial que les permita inyectarse el capital necesario para lograrlo: las entidades financieras.

Es preciso indicar que el sistema financiero se define como el conjunto de empresas que, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones (SBS), operan en la intermediación financiera; al respecto, el artículo 11° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 prevé que toda persona que opere bajo el marco de dicha ley requiere de autorización previa de la SBS de acuerdo con las normas establecidas en la misma disposición legal. En consecuencia, aquella que carezca de dicha autorización se encuentra prohibida de dedicarse al giro propio de las empresas del sistema financiero y, en especial, a captar o recibir en forma habitual dinero de terceros, en depósito, mutuo o cualquier otra forma, y colocar habitualmente tales recursos en forma de créditos, inversión o de habilitación de fondos, bajo cualquier modalidad contractual.

Sin perjuicio de lo indicado, existen también otro tipo de empresas y patrimonios autónomos que no captan dinero del público pero que otorgan financiamientos, como son, entre otros, los fondos de inversión, los cuales también podrían, eventualmente, financiar la construcción de proyectos inmobiliarios; sin embargo, no es un esquema muy utilizado. Al respecto, para efectos del presente artículo, se ha considerado pertinente el estudio esencialmente de los bancos, por ser las principales entidades que financian proyectos inmobiliarios; no obstante lo señalado, la figura del fideicomiso puede ser una herramienta muy útil a emplear por cualquier entidad, para el otorgamiento de créditos.

Resulta importante, en tal sentido, brindar un marco general del contexto en el que se han venido desarrollando los proyectos inmobiliarios en el Perú, a fin de que podamos contar con una visión más amplia de la lógica que se sigue al momento de realizar este tipo de operaciones; asimismo, resulta también importante describir el esquema: inmobiliaria-banco-cliente finalista, a fin de que nos ayude a delimitar la posición de cada uno de estos actores dentro de este esquema.

III. La crisis financiera internacional y su impacto en la regulación bancaria

Según lo establecido por la Real Academia Española (s.f., definición 3), una crisis puede ser concebida como una situación dificultosa o complicada, pero dicha situación no puede ser entendida de forma aislada sino, por el contrario, como consecuencia de la combinación de diversos factores de carácter interno y externo. De esta forma se puede entender la crisis financiera desencadenada en el año 2008, pues fue el resultado de una concatenación de factores diversos, sobre todo de un cambio en la forma de concebirse el término regulación dentro del sistema financiero.

La crisis financiera que estalló en el año 2007, pero que generó sus mayores repercusiones globales a partir de setiembre del 2008, no ha sido la única que ha experimentado el sistema financiero; sin embargo, es la primera y, sin lugar a dudas, la de mayor relevancia del siglo XXI. Esta crisis fue producto, sobre todo, del colapso que experimentó el sistema financiero de Estados Unidos como resultado del estallido de una burbuja inmobiliaria, la misma que se encontró sostenida por un “boom crediticio” llevado a cabo durante los años anteriores. Asimismo, de forma paralela, en los países de España, Irlanda y Reino Unido también estallaron burbujas inmobiliarias de igual tipo. Se produjo, en tal sentido, una gran crisis en las economías avanzadas que inevitablemente repercutió en las demás economías del mundo.

La causa de los problemas suscitados consistiría, básicamente, en la forma a través de la cual los bancos trataron de deshacerse del riesgo crediticio realizando “préstamos hipotecarios basura” dejando la supervisión de las hipotecas en un limbo; ello conllevó una subvaloración del riesgo (Vives, 2010, p. 325). Esta subvaloración del riesgo se vio agravada al no tenerse en cuenta el riesgo sistémico que podría producirse en un contexto como el descrito, basándose únicamente en modelos mecánicos de valoración del riesgo que funcionan dentro de un rango de parámetros bastante limitados (Vives, 2010). En tal sentido, toda una cadena de incentivos se alinearon de forma incorrecta, al ser las mismas agencias públicas en Estados Unidos las que impulsaron las hipotecas *subprime* (Vives, 2010), como una modalidad crediticia del mercado financiero caracterizada por tener un nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de créditos, alimentada con tipos de interés muy bajos, que fueron los que, finalmente, financiaron la burbuja inmobiliaria.

En dicho contexto, las agencias de calificación crediticia jugaron un papel fundamental, pues compitieron para otorgar las calificaciones más favorables a los productos con mayores riesgos, induciendo a la toma de riesgos excesivos, reduciendo la aversión al riesgo en los agentes económicos, hasta prácticamente eliminarla. De igual manera, esta crisis estuvo acompañada de la aparición de comportamientos oportunistas que provocaron un efecto de desplome en la reputación de las entidades financieras, teniendo como consecuencia que un gran porcentaje de la población que tenía plena confianza en los intermediarios financieros disminuyera drásticamente.

Es posible advertir, entonces, que la crisis financiera mundial sería, principalmente, el resultado de la liberalización financiera de las últimas dos décadas, la cual no estuvo acompañada de una nueva regulación adecuada (Steinberg, 16 de octubre del 2008). En, ese sentido, cambió el contexto, pero no cambió la regulación, apoyándose de forma excesiva en mecanismos de autorregulación y de gobierno corporativo: regulaciones laxas.

Es en este contexto donde cobra una gran importancia el Comité de Basilea como aquella organización mundial donde se encuentran las autoridades de supervisión bancaria, cuya función principal es la de fortalecer la solidez de los sistemas financieros a nivel mundial, a través del establecimiento de principios y

recomendaciones que, aunque no tienen fuerza legal, son directrices orientadoras que tienen el objetivo de “propiciar la convergencia regulatoria hacia estándares más avanzados sobre medición y gestión de los principales riesgos en la industria bancaria” (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2019).

Los referidos principios y recomendaciones se encontraron en los denominados Acuerdos de Basilea, que en la actualidad son conocidos como “Basilea I”, “Basilea II” y “Basilea III”, publicados en 1988, 2004 y 2010, respectivamente. Es decir, las dos primeras fueron las que se encontraban vigentes antes de desatarse la crisis financiera. Entonces, corresponde precisar que estas recomendaciones, en realidad, no fueron tomadas en cuenta por la economía más desarrollada del mundo, Estados Unidos, que no tuvo suficiente supervisión ni disciplina de mercado, lo que supuso su desregulación y desprotección.

Por tal razón, podría concluirse que la crisis financiera no se debió únicamente a una inadecuada regulación, sino también al prácticamente inexistente acogimiento de las recomendaciones por parte de Estados Unidos. Basilea II buscó una gestión correcta de los riesgos en el sistema financiero; sin embargo, esta no fue suficiente, dando origen precisamente a Basilea III, la cual buscó reforzar el sistema financiero tras la crisis suscitada, ya que se evidenció la necesidad de fortalecer la regulación, supervisión y gestión de riesgos del sector bancario (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2019).

En lo que respecta al Perú, los nuevos principios establecidos en Basilea II se introdujeron a partir de julio de 2009, mediante el Decreto Legislativo N° 1028; la SBS determina las metodologías para la medición de los riesgos crediticios de mercado y operacionales a ser utilizados por las empresas, el empleo de las clasificaciones de riesgo y la periodicidad de los informes que se deben presentar. Asimismo, respecto de la implementación de Basilea III, la SBS actualmente se encuentra evaluando la implementación de estos cambios de acuerdo con la realidad peruana.

El panorama descrito anteriormente es bastante útil para contextualizar el objeto de estudio de este trabajo, pues nos permite abordar un tema que es determinante en este tipo de negocios y que es precisamente el de la medición de riesgos al momento de otorgar un crédito y en el de aprobar el financiamiento de un proyecto inmobiliario. La crisis financiera sirvió para que las entidades se dieran cuenta de que requieren tener un mayor control sobre los créditos que otorgan y así poder prevenir situaciones como las que se desataron con la “burbuja inmobiliaria”. Si bien esta crisis se dio principalmente dentro de una relación banco-cliente finalista, en un esquema de otorgamiento de créditos hipotecarios, un mayor control y criterios más restrictivos en la evaluación de riesgos y en la evaluación crediticia de todo tipo de clientes, a los que no son ajenos los proyectos inmobiliarios, fue la gran moraleja que se obtuvo de toda esta situación.

IV. Desarrollo de los proyectos inmobiliarios y la intervención de las entidades bancarias en su financiamiento

Un proyecto inmobiliario, como todo proyecto, requiere de una evaluación económica y financiera que permita determinar su factibilidad, que incluye,

principalmente, una investigación del entorno (oferta y demanda), un presupuesto (costos del proyecto y valor total de ventas) y un plan de marketing para un mayor impacto en las ventas.

Por su parte, la actividad que realizan los bancos es la de intermediación financiera; es decir, tal como se precisó anteriormente, capta los excedentes dinerarios de aquellos que no los van a utilizar (depósitos) y los coloca en aquellos que lo requieren (colocaciones); evidentemente, los intereses que percibe por sus colocaciones son considerablemente mayores a los que brinda por los depósitos que capta, y precisamente este margen diferencial entre ambas operaciones es lo que constituye su ganancia, denominado *spread*. En tal sentido, las entidades del sistema financiero, como toda empresa, van a buscar competir con sus pares por tener el mayor número de colocaciones posibles y, de esa forma, generar mayores ganancias; sin embargo, hay un elemento fundamental y que fue determinante para que desencadene la crisis financiera del 2008: la evaluación del riesgo crediticio. Vale decir, la evaluación que realizan las entidades financieras para poder determinar el perfil crediticio del sujeto que solicita el crédito, respecto del cual determinarán, dependiendo también del apetito de riesgo de cada banco, si es que se le otorga o no el crédito al sujeto y la tasa de interés a la que accede.

El esquema antes descrito rige también en la evaluación crediticia que se realiza para el caso de los proyectos inmobiliarios, con una distinción que resulta fundamental, pues además de la evaluación del sujeto que solicita el crédito, que en este caso serían las empresas inmobiliarias, se realiza también una evaluación del proyecto en sí y la de su viabilidad. En este tipo de negocios, la entidad bancaria no aspira a tener una única colocación (que sería del financiamiento del proyecto) sino que busca tener el máximo de colocaciones posibles respecto de cada una de las unidades inmobiliarias vendidas dentro de este proyecto; evidentemente esto último va a depender de los clientes finalistas, de su capacidad económica para la adquisición de estos inmuebles o de si deciden o no financiar dicha adquisición con el banco que financia el proyecto, pues bien podrían hacerlo con un banco distinto, ya sea porque les ofrece una tasa de interés más baja, porque aprueban para un mayor monto de préstamo o por otro tipo de razones.

En el supuesto de que el cliente finalista decida adquirir el bien mediante un financiamiento del banco que financió el proyecto, entonces resulta de aplicación el siguiente esquema: banco-empresa inmobiliaria y banco-cliente finalista. Respecto de este esquema, se puede advertir la existencia de dos relaciones jurídicas distintas, pues una es la que se dará entre el banco y la empresa inmobiliaria para el financiamiento del proyecto y otra distinta es la que surge de la relación entre el banco y el cliente finalista por el financiamiento para la adquisición del inmueble.

En lo que respecta a la relación contractual entre el banco y la empresa inmobiliaria, se debe tener presente que, en el Perú, la normativa vigente que regula los procedimientos de habilitación urbana y de edificación es la Ley N° 29090 con su respectivo Reglamento; en esta se pueden distinguir dos grandes etapas que

abarcan el procedimiento administrativo de edificación: (i) la aprobación del proyecto edificatorio (que culmina en la obtención de la licencia de edificación), y (ii) la conformidad de obra o declaratoria de fábrica.

Como ya hemos indicado, para el otorgamiento de este tipo de financiamientos, no se requiere únicamente de una evaluación crediticia de la misma empresa inmobiliaria, sino que lo que resulta realmente fundamental es la evaluación que se realiza del proyecto en sí; ello con la finalidad de, según las condiciones particulares de cada operación, establecer un flujo que permita maximizar ganancias y mitigue la mayor cantidad de riesgos posibles.

Las entidades financieras utilizan una serie de criterios para determinar si es que financian o no un proyecto inmobiliario y bajo los términos que los financian; influye bastante, en este sentido, la experiencia de la empresa inmobiliaria en el mercado y la viabilidad del proyecto. Dependiendo del cliente y del proyecto, entonces, es que se puede constituir una serie de garantías cuya finalidad será la de dotar de mayor seguridad a la estructura de financiamiento.

Evidentemente, dentro de esta estructura de financiamiento que pactan las partes, el banco va a buscar garantizar que el proyecto que financie le genere la mayor rentabilidad posible y para ello es fundamental que este se culmine dentro de los plazos pactados. En tal sentido, al banco le va a interesar que todos los flujos que este otorgue para el desarrollo del proyecto sean efectivamente destinados para el avance de la obra de este y no se usen para otros fines.

Para garantizar esta correcta canalización de fondos, la entidad financiera va a pactar una serie de acuerdos con la inmobiliaria que le permitan, entre otras cosas, supervisar de forma efectiva los avances de obra y, sobre la base de estos, ir desembolsando recursos para la construcción. Es decir, el desembolso del crédito no se da en una única oportunidad, sino que se va realizando de forma periódica, según la verificación de los avances de obra por un perito experto, que en la mayoría de oportunidades es seleccionado por el banco. En tal sentido, la entidad financiera buscará, a través del pacto de diversas obligaciones, garantizar la culminación del proyecto; así, se evidencia en este un rol activo en la supervisión y desarrollo de este.

V. La constitución de garantías en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios

Los proyectos inmobiliarios inician como una representación de lo que culminará siendo una construcción diseñada para la venta de unidades inmobiliarias. Sin embargo, durante este proceso de construcción, que termina fundamentalmente con la independización de cada unidad inmobiliaria, pueden suscitarse una serie de eventos que produzcan que la obra se paralice durante un periodo prolongado, como, por ejemplo, que la inmobiliaria no la culmine, que tenga serios defectos estructurales o que no se cumpla con las obligaciones de saneamiento legales correspondientes.

Si bien el objetivo de las entidades financieras al celebrar este tipo de contratos es el de resguardar sus intereses, no es menos cierto que, al hacerlo, también garantizan los intereses de los clientes finalistas, puesto que, en el supuesto de

que se produzcan ciertos eventos de incumplimiento, se podrían estar afectando intereses de la entidad financiera y de los clientes finalistas. Al respecto, resulta pertinente también precisar que, al momento en el que la entidad bancaria decide actuar como promotora y financiar un proyecto inmobiliario —como ya se expuso—, realiza tanto un análisis de viabilidad como del nivel de riesgo que el proyecto inmobiliario representa, todo ello con la finalidad de implementar los controles necesarios durante su desarrollo, razón por la cual se considera que el banco promotor realiza una especie de doble control; este hecho genera, de manera indirecta, una mayor confianza en los clientes finalistas. Sobre este punto, y sin perjuicio de que se pueda analizar la atribución de algún tipo de responsabilidad a la entidad bancaria en la culminación de un proyecto inmobiliario, lo que corresponde destacar es que el banco busca también mitigar un tipo de riesgo que es difícil de cuantificar pero que es bastante importante: el riesgo reputacional. Este riesgo se encuentra latente en el financiamiento de proyectos inmobiliarios, pues en el supuesto de que este no logre culminarse, debido a la generación de ciertos eventos; de cara a los clientes finalistas y al público en general, la entidad bancaria resultaría, de alguna forma, también responsable, pues se encontraba a cargo de realizar este doble control.

Pero ¿qué tipo de eventos podrían suscitarse? Nos referimos principalmente a tres tipos de eventos: (i) la paralización de la obra por un tiempo prolongado, (ii) que no se culmine la obra; (iii) que la obra se culmine, pero con serios daños estructurales en su infraestructura. Para evitar este tipo de eventos es que, como ya se indicó, las entidades financieras toman una serie de medidas para poder supervisar el avance de la obra conforme a lo proyectado y establecen una estructura de financiamiento que incluye la constitución de garantías para asegurar el crédito; una de las más comunes es la constitución de hipotecas. Sobre este punto, consideramos conveniente precisar que si bien el esquema tradicional implica la constitución de garantías que también podemos considerar como tradicionales, como es el caso de la hipoteca, tal y como desarrollaremos en la siguiente sección y que es el tema central del presente artículo, el fideicomiso se convierte cada vez más en un instrumento utilizado para la realización de diversos negocios, y el sector inmobiliario no es la excepción; sin embargo, el análisis correspondiente a cómo funciona la figura del fideicomiso en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios es un tema que se encuentra reservado para más adelante. Sin perjuicio de lo indicado, resulta fundamental describir, bajo lo que podemos llamar el esquema tradicional, la forma a través de la cual una entidad bancaria financia un proyecto inmobiliario, pues esto nos permitirá comprender integralmente la dinámica en cuanto a la constitución de garantías que buscan dotar de seguridad a la operación de crédito.

En ese sentido, dentro de este esquema al que hemos llamado tradicional, la entidad bancaria otorgaría dos préstamos distintos: uno a la empresa inmobiliaria y el otro al cliente finalista; ambos préstamos son garantizados mediante la constitución de dos hipotecas: una sobre el predio matriz y otra sobre la unidad inmobiliaria independiente, la misma que al momento de la celebración del contrato

de crédito hipotecario tiene la condición de bien futuro y, por lo tanto, según lo estipulado en el artículo 1534 del Código Civil peruano², el contrato se encontraría sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia. El hecho jurídico que va a importar el cumplimiento de la condición suspensiva legal de que el bien o la unidad inmobiliaria llegue a tener existencia, será la conformidad de obra; al respecto, la conformidad de obra implica en sí que la ejecución del proyecto se ha dado en su integridad, conforme con el proyecto aprobado, por lo que, una vez verificado ello, la prestación de transferir el inmueble a favor del comprador será exigible en su totalidad (Montenegro, 2014, p. 195).

Entonces, respecto de la constitución de la hipoteca de este bien futuro, debe tenerse presente que, conforme a lo señalado en el artículo 1099° del Código Civil peruano, es un requisito de validez para la constitución de la hipoteca que este se inscriba en el Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos. En tal sentido, desde el momento en el que se suscribe el contrato de crédito hipotecario hasta el momento en el que se obtiene la conformidad de obra con la correspondiente declaratoria de fábrica, el banco solicita otro tipo de garantía hasta la constitución de su hipoteca.

Lo usual es que si el cliente finalista solicita el crédito hipotecario con la entidad que financia el proyecto, la garantía sea la hipoteca sobre el terreno matriz y se retenga un porcentaje del monto a desembolsar por el crédito; en cambio, si es que la adquisición del inmueble se realiza mediante el financiamiento de una entidad bancaria distinta, la garantía será de otro tipo; en la mayoría de los casos es una carta fianza que se deberá mantener vigente hasta la constitución de la hipoteca a favor del banco.

En lo que respecta a la relación jurídica entre la entidad financiera con la inmobiliaria, la estructura más utilizada en este tipo de operaciones es la constitución de una hipoteca sobre el predio matriz y una garantía mobiliaria sobre los depósitos dinerarios provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias que forman parte de este proyecto.

En tal sentido, se puede observar que, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del pago, así como las demás obligaciones que se generen en virtud del contrato de mutuo celebrado entre la entidad financiera y la empresa inmobiliaria, se constituirán garantías que buscarán disminuir el riesgo del crédito.

Respecto de la hipoteca, se debe tener presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1097° del Código Civil, esta “es un derecho real de garantía por el que se afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación propia o de un tercero” (Avendaño y Avendaño, 2019, p. 131). Al respecto, “no es exacto que la hipoteca garantice el cumplimiento de «cualquier obligación». En estricto, la hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar suma de dinero, y no una de hacer o de no hacer. La razón es que la hipoteca desemboca, en caso de incum-

2 Artículo 1534°:

En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.

plimiento del deudor, en la venta del bien gravado. El producto de esta venta es dinero, con cargo al cual se cobra al acreedor. Puede haber hipoteca, sin embargo, en una obligación de hacer o de no hacer, pero no para garantizar la obligación misma, sino el eventual pago de una penalidad o multa en dinero que se hubiere pactado para el caso de incumplimiento del deudor". (Avendaño y Avendaño, 2019, p. 131)

No existe duda alguna de que la garantía hipotecaria es una pieza clave en este tipo de operaciones; sin embargo, la garantía mobiliaria sobre depósitos dinerarios que también se constituye, permite viabilizar y tener un mayor control sobre estos fondos. En tal sentido, pueden distinguirse, principalmente, los siguientes supuestos:

- Cuando el banco que financia el proyecto inmobiliario es el mismo que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias: en este supuesto, dado que existe una garantía real (la hipoteca sobre el predio matriz), el porcentaje de retención efectuado por el banco sobre estos flujos (garantía mobiliaria) por la venta de cada una unidad inmobiliaria es un monto menor. Esta garantía mobiliaria tendrá como principal objetivo que el acreedor (la entidad financiera) mantenga un control pleno del íntegro de los ingresos provenientes de la preventa y venta de las unidades inmobiliarias.
- Cuando el banco que financia el desarrollo del proyecto inmobiliario es distinto al que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias: en este escenario, dado que el banco que se encontraría financiando la unidad inmobiliaria no cuenta con una garantía real sobre el predio matriz, se solicita al otro banco que financia el proyecto que emita una carta fianza, la cual garantice la independización de la unidad inmobiliaria y, en consecuencia, la posterior inscripción de la hipoteca sobre las unidades inmobiliarias correspondientes. Sobre los flujos por esta venta, también existe un porcentaje de retención, que será liberado una vez que sea devuelta la carta fianza.
- Cuando el proyecto inmobiliario es autofinanciado, pero la adquisición de las unidades inmobiliarias se financia a través de un banco: en este supuesto, el porcentaje de retención sobre los flujos es respecto a la totalidad del monto desembolsado producto del financiamiento de las unidades inmobiliarias.

Es importante precisar que, en estos tres supuestos descritos, se puede advertir también la presencia, en lo que respecta al financiamiento de las unidades inmobiliarias a ser adquiridas por los clientes finalistas, de una garantía personal, como una fianza solidaria otorgada por parte la empresa inmobiliaria. Al respecto, se debe considerar que una de las obligaciones que se disponen en el contrato entre el banco y la inmobiliaria es precisamente que esta otorgue una fianza solidaria respecto de las unidades inmobiliarias que serán objeto de venta.

VI. El fideicomiso y el impacto del COVID-19

Luego de haber desarrollado lo concerniente a los proyectos inmobiliarios y a esta dinámica existente con las entidades bancarias para su financiamiento, corresponde ahora analizar bajo esta misma lógica el rol que puede desempeñar el fideicomiso como una herramienta flexible y capaz de dotar de una gran seguridad jurídica a diferentes tipos de negocios; el sector inmobiliario no es ajeno a las ventajas que ofrece esta figura.

En primer lugar, consideramos relevante sentar las bases teóricas necesarias para poder comprender el concepto del fideicomiso; sobre el particular, debemos señalar que etimológicamente hay consenso en la doctrina sobre que la palabra fideicomiso viene del latín *fides comissus*, que significa comisión de confianza y es esta última palabra la que resulta clave para comprender el contenido de esta figura que, precisamente, se basa en un encargo de confianza que se le confiere a un sujeto para la realización de un determinado fin (Martín Mato, 2009).

Al respecto, consideramos pertinente precisar que, si bien, a nivel general, la figura del fideicomiso no es muy conocida o utilizada y se podría considerar en algunos países hasta novedosa, esta es una figura que tiene antecedentes, como la mayoría de las instituciones del derecho civil, en el derecho romano.

La actual figura del fideicomiso se inspiró en los negocios fiduciarios de la antigua Roma, los cuales eran negocios de confianza que tuvieron una evolución y que pasaron de ser lo que se conocía como negocios fiduciarios puros, que se basaban en una absoluta confianza a favor del fiduciario y, por lo tanto, en la generación de un posible abuso de poder por parte de este, a los llamados negocios fiduciarios impuros, los cuales ya no se basaron en una confianza absoluta a favor del fiduciario, implementándose medidas que hicieron más difícil que se presentara un abuso de poder por parte de este sujeto (Rodríguez, 2012). Asimismo, al referirnos a los antecedentes del fideicomiso, ineludiblemente debemos hacer referencia al derecho anglosajón y a la figura del *trust*, el cual también realizó un gran aporte y es un referente en el contenido de la actual figura del fideicomiso, sobre todo en lo que respecta a las facultades que ostenta el fiduciario.

Luego de esta breve mención a los antecedentes históricos de la figura objeto de análisis, resulta oportuno señalar que el fideicomiso que se desarrolla en el presente artículo es el fideicomiso bancario, regulado en el Perú por la Ley N° 26702³, que es la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros

3 Artículo 241:

El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario.

El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdic-

y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, la Ley N° 26702), y no el fideicomiso de titulización que es otro tipo de fideicomiso utilizado a nivel del mercado de valores, cuyo contenido no es objeto de estudio en el presente artículo.

Respecto del concepto del fideicomiso, se debe tener presente como noción principal que se trata de un contrato, esto es, conforme a lo establecido en el artículo 1351° del Código Civil peruano, un acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. En este contrato intervienen básicamente tres sujetos: (i) el propietario de los bienes que van a ser objeto de transferencia, a quien se le denomina dentro de este esquema como fideicomitente; (ii) el sujeto a quien se le encarga la administración y gestión de estos bienes, a quien se le denomina fiduciario; y (iii) el sujeto que será el beneficiario en este contrato, a quien se le denomina fideicomisario.

Tanto el fideicomitente como el fideicomisario pueden ser personas naturales o personas jurídicas; sin embargo, en el caso del fiduciario se debe tener presente que este solo puede ser una institución autorizada por la SBS. Ello quiere decir que no cualquiera puede ser una empresa fiduciaria, sino que debe contar con una licencia y con el nivel reputacional y técnico necesario para poder realizar este encargo de confianza, precisamente por la función que cumple, que es la de velar por que el fin específico por el cual se creó el contrato de fideicomiso sea cumplido conforme a lo que ha sido dispuesto y pactado por las partes.

Ahora bien, el esquema antes descrito es uno básico, porque el fideicomiso, en realidad, se trata de un mecanismo bastante versátil, dado que estos contratos son diseñados y pactados de acuerdo con las necesidades de las partes que intervienen y, por lo tanto, se enmarcan en todos los usos que se les requiera dar; esta es, definitivamente, una de las características que hacen más atractiva esta figura a nivel del mercado.

Dentro de este esquema del fideicomiso, los bienes (que pueden ser toda clase de bienes) que son propiedad del fideicomitente son transferidos a un patrimonio autónomo, al que se le denomina patrimonio fideicometido. Al respecto, el artículo 241° de la Ley N° 26702 establece que el patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario.

Ello quiere decir que el patrimonio fideicometido no es de propiedad del fideicomitente, no es de propiedad del fiduciario y no es de propiedad del fideicomisario; queda claro, entonces, que este patrimonio no sería en realidad de ninguno de estos tres sujetos y por esta razón es que este patrimonio fideicometido tiene la característica de ser inembargable; es decir, este patrimonio no responde por las obligaciones que mantenga ninguno de estos tres sujetos.

Hasta este momento se ha desarrollado una noción básica del contenido del

cional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.

La parte líquida de los fondos que integran el fideicomiso no está afecta a encaje.

La Superintendencia dicta normas generales sobre los diversos tipos de negocios fiduciarios.

fideicomiso y se han adelantado algunas de sus características que, como correlato, también se consideran ventajas. En ese sentido, a continuación, se describen algunas de las principales características y, a la vez, ventajas de esta figura:

- **Patrimonio inembargable:** esto quiere decir que, a comparación de otro tipo de garantías, como la hipoteca, en la cual el bien o los bienes sobre los cuales se ha constituido la garantía pueden ser pasibles de embargo; en el caso del fideicomiso, al haberse formado, mediante su constitución, un patrimonio autónomo distinto de los sujetos que han celebrado el negocio jurídico, este no responde por las obligaciones de ninguno de estos tres sujetos, garantizándose que el patrimonio autónomo cumpla con la finalidad para la cual ha sido constituido.
- **Tributariamente neutro:** esto quiere decir que los bienes que se constituyen en fideicomiso son tributariamente neutros; sobre este punto, en concreto, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante el Decreto Supremo N°179-2004-EF señala que el fideicomiso es tributariamente transparente, lo que quiere decir que, para efectos tributarios, un fideicomiso es inexistente.
- **Ejecución extrajudicial:** esto quiere decir que para la ejecución del fideicomiso no se requiere recurrir a la vía judicial; esta es una ventaja importantísima, pues, a diferencia de lo que significaría la ejecución de una garantía hipotecaria, que podría tomar entre dos y cuatro años e inclusive un tiempo mayor; en el caso de un fideicomiso, al existir la posibilidad de pactar una ejecución extrajudicial, tiene una duración aproximada de tres a seis meses.

Como contrapartida al listado de ventajas de esta figura, corresponde también mencionar que, en realidad, su mayor desventaja la constituyen los costos que implican su constitución. Al respecto, existen dos costos claramente definidos para la constitución del fideicomiso bancario:

- **La comisión de estructuración:** este es un costo que se asume en un inicio y que sirve para la constitución del fideicomiso. Este concepto asciende a un promedio de US\$ 5,000; sin embargo, dependiendo de la empresa fiduciaria y de la complejidad de la estructura del fideicomiso, los costos pueden variar en un promedio que abarca entre US\$ 1,500 y US\$ 20,000.
- **La comisión de administración:** esta comisión suele ser cobrada con una periodicidad mensual y normalmente no es monto menor a los US\$ 800, llegando a situarse en un promedio que abarca entre US\$ 1000 y US\$ 3000.

Sobre este punto, debe considerarse que se trata de montos aproximados, estas cifras pueden variar dependiendo de la magnitud de cada negocio inmobiliario. Asimismo, se debe indicar que, si bien se trata de costos adicionales altos y que pueden encarecer una operación, lo cierto es que, al tratarse de una estructura bastante más sólida y segura, ello tiene como correlato que el nivel de riesgo pre-

sente en un negocio en particular disminuya y que, por lo tanto, esto permita al fideicomitente; por ejemplo, tener acceso a un financiamiento al que bajo otro esquema no podría haber accedido, o que la tasa de interés producto de este financiamiento también disminuya.

Otro aspecto importante que se debe tener presente con relación al fideicomiso es respecto propiamente a su constitución; sobre este punto, la Ley N°26072 establece que el fideicomiso es un contrato que debe constar por escrito⁴; por lo tanto, no se podría constituir un fideicomiso a través de un contrato verbal. Asimismo, con relación a que deban encontrarse bajo formalidades en particular, la ley no establece que el contrato de fideicomiso deba ser suscrito con firmas legalizadas o deba ser otorgado mediante escritura pública; por lo tanto, no resultan necesarias estas formalidades; sin embargo, una práctica en el mercado es que los contratos de fideicomiso sean elevados a escritura pública e inscritos en Registros Públicos por efectos probatorios y también para efectos de publicidad.

En línea con lo antes expuesto, corresponde precisar que la principal acción que podría interponerse en contra de un fideicomiso es la anulación por fraude a los acreedores, también conocida como acción pauliana, la misma que tiene como principal consecuencia el dejar sin efecto el negocio jurídico celebrado. Esta acción tiene un plazo de caducidad de seis meses, al que se le conoce como “periodo de sospecha”, el cual se contabiliza a partir de la última publicación de la constitución del fideicomiso en el diario oficial del país que es *El Peruano*. Es decir, para la constitución del fideicomiso, además de requerir el acto constitutivo, también se requerirán de estas publicaciones en el diario; precisamente allí es donde se hará referencia a la escritura pública mediante la cual se constituyó el fideicomiso con la finalidad de que el acreedor que considere que ha sido afectado pueda iniciar las acciones legales correspondientes. Asimismo, a nivel de su inscripción en Registros Públicos, se debe tener presente que, para que sean oponibles frente a terceros, los contratos de fideicomiso se deben inscribir en el registro público correspondiente; lo cual implica su inscripción en, básicamente, dos registros: el Registro de Propiedad Inmueble y el Registro Mobiliario de Contratos.

Otro punto importante que cabe mencionar es que, hoy en día, una realidad ineludible a la que todo negocio jurídico se ha tenido que enfrentar es la pandemia generada por la aparición del COVID-19, razón por la cual consideramos oportuno dedicar algunas líneas con la finalidad de explicar el nivel de impacto que habría tenido la pandemia del COVID-19 en la constitución de fideicomisos. Para ello, procedemos con la presentación del siguiente cuadro, en el cual se puede visualizar el total del número de fideicomisos constituidos durante todo el año 2020 y el detalle de estos por cada mes del año:

4 Artículo 246:

La constitución del fideicomiso se efectúa y perfecciona por contrato entre el fideicomitente y la empresa fiduciaria, formalizado mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente. (...)

Tabla 1
Número de fideicomisos constituidos durante el año 2020

Mes	Total
Enero	26
Febrero	26
Marzo	13
Abril	0
Mayo	2
Junio	30
Julio	26
Agosto	32
Setiembre	36
Octubre	33
Noviembre	35
Diciembre	48
	307

Nota: Elaboración propia con base en datos extraídos de Diario Oficial El Peruano (2020)

Al respecto, tal y como se puede apreciar del cuadro presentado, el número de fideicomisos se redujo drásticamente desde el mes de marzo (mediados) hasta el mes de mayo y se recuperó a partir del mes de junio; estas fechas coinciden con los meses en que se dictaron las mayores medidas restrictivas durante la pandemia, pues en este periodo se restringió el acceso de atención a las notarías y a las sedes de los Registros Públicos, lo cual impedía formalizar la constitución de los fideicomisos. Estos hechos definitivamente generaron un impacto que puede observarse durante los meses en los que se aplicaron estas medidas; sin embargo, esta situación se revirtió a partir del mes junio, conforme se fueron reactivando los servicios en diversas entidades e instituciones y se fueron flexibilizando las medidas.

VII. El fideicomiso y su desarrollo en el sector inmobiliario peruano

En esta última sección del presente artículo y considerando todo el desarrollo previo realizado, corresponde desarrollar un tipo de fideicomiso que es el que se utiliza en el sector inmobiliario y que, definitivamente, puede ser empleado como una herramienta completa y segura para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios; asimismo, puede ser considerado como un mecanismo para fomentar su desarrollo.

Tal como se había comentado, el fideicomiso es una figura bastante versátil y útil para distintos tipos de negocios jurídicos; es por ello que, a nivel del sector

inmobiliario, se deben distinguir, además del fideicomiso inmobiliario, los siguientes tipos de fideicomisos:

- Fideicomiso en garantía: mediante la constitución de este tipo de fideicomiso, se tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de una obligación, lo que implica que, en caso de incumplimiento, el fiduciario podrá proceder a la ejecución de los bienes que forman parte del patrimonio fideicometido para la satisfacción del crédito.
- Fideicomiso de administración: mediante la constitución de este tipo de fideicomiso, el fideicomitente transfiere ciertos bienes al fiduciario con la finalidad de que este realice todos los actos inherentes a su administración.

Si bien existe una clasificación más amplia de los diferentes tipos de fideicomisos; se puede afirmar, como idea general, que sobre los conceptos de estos dos tipos de fideicomisos descansan las bases de las otras clases de fideicomisos, que son denominados de una forma particular por alguna característica que los diferencia, como podría ser el objetivo o finalidad para la que han sido constituidos, el patrimonio que administran, el tiempo de duración o la clase de beneficiarios.

Conforme a lo indicado, corresponde desarrollar el concepto del fideicomiso inmobiliario. Al respecto se debe indicar que este tipo de fideicomiso tiene como objetivo principal garantizar el financiamiento y ejecución de proyectos inmobiliarios, fundamentándose en la necesidad de generar seguridad y confianza en la culminación y la entrega del proyecto inmobiliario completamente construido y saneado legalmente.

En cuanto a ello, se debe tener presente que durante la construcción de un proyecto inmobiliario confluyen diversos intereses:

- El interés de la empresa inmobiliaria promotora del proyecto, que junto a la empresa constructora (en caso de que sean empresas diferentes) son las que ejecutarán la obra.
- El interés del propietario del terreno o predio matriz.
- El interés de los clientes finalistas, que son las personas que en algún momento han comprado o han tenido la intención de comprar una vivienda o una oficina.
- El interés de las instituciones financieras (que son principalmente los bancos) y que son los que concederán los préstamos a los constructores y otorgarán los créditos hipotecarios a los futuros propietarios de las unidades inmobiliarias.

Mediante la constitución de este fideicomiso inmobiliario se logra el objetivo de beneficiar a todas las partes involucradas, pues disminuyen significativamente los riesgos inherentes a un proyecto inmobiliario que han sido ampliamente explicados durante el desarrollo del presente artículo. Uno de los principales riesgos es que no se canalicen adecuadamente los flujos del financiamiento para el proyecto inmobiliario, impidiendo que este se pueda culminar o que el propietario

del terreno matriz tenga diversos tipos de deuda que generen la posibilidad de embargos sobre los bienes, lo cual definitivamente afectaría el desarrollo del proyecto inmobiliario. En ese sentido, al constituirse este tipo de fideicomisos, se tiene como objetivo contar con la certeza y la seguridad de que este tipo de riesgos se mitiguen a su máxima expresión y con ello evitar que se interrumpa el correcto desarrollo del proyecto.

A nivel de la estructura de un fideicomiso inmobiliario, se puede verificar a los mismos sujetos participantes del esquema inicial (fideicomitente, fiduciario y fideicomisario), con la principal diferencia de que, normalmente, se hace una distinción entre los tipos de fideicomisarios. Se considera como fideicomisarios *seniors* a los que participaron en el acto constitutivo del fideicomiso; es decir, sería básicamente el banco que otorgó el financiamiento, y los fideicomisarios subordinados son los que no participaron en el acto constitutivo, que serían básicamente los adquirentes de las unidades inmobiliarias o clientes finalistas. Ahora bien, dentro de este esquema, interviene y participa también el supervisor de obra, que es quien aprueba la adecuada canalización de los flujos del proyecto contra la verificación del avance de obra.

Sobre el particular, consideramos oportuno indicar que, si bien lo óptimo es que se constituya un fideicomiso inmobiliario para este tipo de negocios, no resulta ajeno a la realidad peruana, precisamente por la versatilidad de esta figura, que se pueda alcanzar el mismo objetivo mediante la constitución de un fideicomiso en garantía y un fideicomiso de administración. La razón de ser de este esquema de fideicomiso doble, que se utiliza en algunas ocasiones, se debe principalmente a un tema de índole tributaria, puesto que si se constituye como tal el fideicomiso inmobiliario, este calificaría, por la Ley del Impuesto a la Renta, como un fideicomiso negocio y, en estos casos, en lugar de que el impuesto a la renta se deba pagar cuando finalice la obra, se pagaría con anterioridad, pues el fiduciario se convertiría en agente retenedor del impuesto a la renta, un punto que sería desventajoso para la empresa inmobiliaria, cuyo objetivo es, precisamente, contar con la mayor cantidad de recursos durante los primeros años de construcción.

Asimismo, otro punto importante —y que ya se indicó de forma general, pero que consideramos conveniente también precisar en esta parte— es que posibilita la reducción de costos financieros, en el extremo de que permite acceder a mejores tasas para la obtención de un financiamiento.

De igual forma, desde un punto de vista comercial, genera una mayor seguridad para los clientes finalistas, pues consideran que las unidades inmobiliarias que están adquiriendo forman parte de un proyecto inmobiliario que es financiado por un banco promotor y que a la vez es administrado por una institución supervisada por la SBS, bajo un esquema de fideicomiso.

Finalmente, como se puede apreciar, la aplicación del fideicomiso en el sector inmobiliario permite a la entidad financiera tener un esquema reforzado de las garantías que se otorgan en lo que hemos denominado un esquema tradicional, resultando ventajoso y bastante atractivo su uso para el mercado.

VIII. Conclusión

Como colofón del presente artículo, podemos afirmar que el fideicomiso es una herramienta bastante versátil y que es cada vez más utilizada en distintos tipos de negocios, una realidad a la que no es ajena el sector inmobiliario. Al respecto, el desarrollo de un proyecto inmobiliario conlleva la asunción de distintos tipos de riesgos inherentes al mismo, los cuales son tomados en cuenta por parte de la entidad financiera al momento en que decide otorgar un crédito y ser promotora de un proyecto inmobiliario. Es precisamente dentro de este esquema en que la constitución de un fideicomiso resulta ser un instrumento de mucha utilidad, pues ha demostrado ser una figura bastante sólida y segura, con ventajas que la constitución de otro tipo de garantías no podrían equiparar.

BIBLIOGRAFÍA

- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2019). *Derechos reales*. Fondo Editorial de la PUCP. Código Civil Peruano .Decreto Legislativo No 295. Artículo.1534 y 1099s. 24 de julio de 1984. (Perú).
- Decreto Legislativo N° 1028; Decreto Legislativo que modifica la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Super Intendencia de Banca y Seguros.
- Montenegro Monteza, F. (2014).¿Cuándo existe el inmueble? Apuntes sobre la existencia del bien en un contrato inmobiliario de compraventa de bien futuro. *Revista De Derecho Administrativo*, (14), 187-198.
- Martín Mato, M. A. *et al.* (2009). El Fideicomiso. En: M. A. Martín Mato , *Los fideicomisos en los tiempos modernos*. (1ª ed.) Cengage Learning.
- Ley N° 26702, de 1996. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 06 de diciembre de 1996. Artículos 11 y 241.
- Ley N° 29090, de 2007. Ley de Regulación de Habitaciones Urbanas y de Edificaciones. 24 de setiembre de 2007.
- Rodríguez, S. (2012). *Contratos Bancarios*. (6ª ed.) Legis.
- Steinberg, F. (16 de octubre de 2008). La crisis financiera mundial: causas y respuesta política. En *Portal del Real Instituto el Cano*. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/economia+internacional/ari126-2008
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2019). *Página web de la SBS*. <https://www.sbs.gob.pe/regulacion/basilea-ii-y-basilea-iii>

**LAS CONSECUENCIAS RESTITUTORIAS
EN SEDE DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL
POR INCUMPLIMIENTO, Y DE RESCISIÓN
CONTRACTUAL (CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA
RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES)**

***THE RESTITUTIONAL CONSEQUENCES
IN CONTRACTUAL RESOLUTION
BY BREACH, AND CONTRACTUAL TERMINATION
(WITH SPECIAL ATTENTION TO TERMINATION
BECAUSE OF CREDITOR FRAUD)***

*Ángel Juárez Torrejón**

Resumen

El presente artículo analiza cuáles son las consecuencias restitutorias en casos de resolución por incumplimiento y de rescisión contractual, en base al derecho comparado.

Palabras clave: resolución contractual, rescisión contractual, fraude de acreedores.

Abstract

This article analyzes what the restorative consequences are in cases of resolution due to breach of contract and contractual termination, based on comparative law.

Keywords: contractual resolution, contractual termination, creditor fraud.

El objeto de este estudio es compartir unas reflexiones que, creo, pueden resultar de interés en un análisis de derecho comparado, y que incide tanto en cuestiones de derecho de obligaciones como en cuestiones de derechos reales y de derecho inmobiliario registral.

Concretamente, se trata, tal y como reza el título, de las consecuencias restitutorias en sede de resolución por incumplimiento, y en sede de rescisión contractual, con especial atención a la hipótesis de rescisión por fraude de acreedores, todo ello, en el ámbito del tráfico inmobiliario.

* Doctor en Derecho - Profesor de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid. Miembro de Derinre

I. La resolución del contrato por incumplimiento

Lo primero que puede llamar la atención cuando un jurista extranjero se asoma al Código Civil español, es que este carece de una regulación sistemática y ordenada de las acciones que asisten a todo acreedor ante el incumplimiento y, en concreto, la resolución contractual como mecanismo de tutela del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento.

La resolución por incumplimiento, curiosamente, la encontramos en el Código Civil español, en su artículo 1124, que es el último de los preceptos que el Código dedica a la regulación general de las obligaciones *condicionales*. Esta ubicación resultará familiar también a los derechos que comparten la misma tradición jurídica, como sucede, por ejemplo, con el derecho chileno y el artículo 1489 del Código Civil de aquel país; también el moderno Código Civil brasileño regula la resolución por incumplimiento como condición o cláusula resolutoria, art. 475. La resolución, como medida de tutela del acreedor ante el incumplimiento, se concibe expresamente como una *condición resolutoria tácita* en todo contrato bilateral. Esto ha provocado un estado doctrinal y jurisprudencial, que ha llevado a analizar las consecuencias restitutorias típicas del incumplimiento desde la óptica de las consecuencias restitutorias típicas de la condición resolutoria expresa.

Por otro lado, y quizá por la gran influencia de la traducción al castellano de la obra de Pothier “Tratado de las obligaciones”, que con toda probabilidad influyó en el legislador español, doctrinal y jurisprudencialmente también se han estudiado las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, desde la óptica de la nulidad de los contratos. Esto ha provocado en ocasiones la integración de las consecuencias restitutorias típicas de la resolución contractual por incumplimiento, con las normas que disciplinan la restitución de las prestaciones realizadas sobre la base de un contrato que en verdad es nulo (o se ha anulado por vicio del consentimiento).

Ambos puntos de vista deben descartarse. Intentaremos explicar por qué:

a) En primer lugar, la confusión, probablemente heredada de las ideas de Pothier, entre los aspectos genético y dinámico (o funcional) del contrato, que desde luego allana el terreno para integrar las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, con las normas restitutorias propias de la nulidad/anulabilidad de los contratos (Artículo 1303 del Código Civil español — desde aquí, CCiv —, como norma general).

En efecto, Pothier, en su influyente “Tratado de las obligaciones”, afirmó que “[a]un cuando no se haya expresado en el contrato el incumplimiento de la obligación contraída como condición resolutoria, sin embargo, la falta de cumplimiento puede con frecuencia producir la nulidad del convenio, y por lo mismo extinguir la obligación” (1841, p. 434). A continuación, ilustra esta afirmación con un ejemplo de venta de una biblioteca, en la que el comprador no respeta el plazo, y concluye: “habiendo el comprador dejado de recibir la biblioteca y pagarme su correspondiente precio, ha dejado también de existir y se ha anulado el convenio”

Esta explicación del fenómeno solo puede admitirse hoy día como un intento de explicación plástica del mismo, pero que en rigor jurídico no puede admitirse.

La nulidad del contrato no puede sobrevenir: es una forma de (no)-ser del contrato, pero no un accidente de su puesta en funcionamiento. La nulidad, como categoría de ineficacia, es siempre originaria, por bien que la detección de la causa que la origina pueda producirse tiempo después. En cambio, la resolución es una “alternativa” que al acreedor se le reconoce, al lado de la pretensión de cumplimiento, para proteger su derecho de crédito: no tiene sentido que de un contrato nulo pueda surgir una acción de cumplimiento. Ni tampoco tiene sentido afirmar que la nulidad sobreviene por haber optado el acreedor por la resolución, lo que nos llevaría o bien a la “nulidad facultativa”, o bien a aproximar la resolución por incumplimiento a la doctrina de la anulabilidad, en la que tendríamos que incluir como nueva causa de ella al incumplimiento. Ambas aproximaciones son descartables por razones obvias.

No obstante lo anterior, no faltan sentencias del Tribunal Supremo en las que, en casos de resolución por incumplimiento, el Alto Tribunal alude conjuntamente a los artículos 1124 y 1303 CCiv para referirse a las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento.

Con todo, esta tesis sí tiene la virtud de dejar claro que únicamente un incumplimiento lo suficientemente grave como para alterar o afectar los términos sinagmáticos del contrato (causa) puede justificar la resolución.

b) En segundo lugar, como se ha señalado, la propia ubicación sistemática del artículo 1124 CCiv, que es el que cierra la regulación de las obligaciones condicionales, ha “condicionado” mucho el estudio de este fenómeno. La resolución por incumplimiento en el Código Civil español, formalmente, es una condición *resolutoria implícita* y recíproca en los contratos bilaterales. Esto allana el camino para entender que la consecuencia resolutoria y, por tanto, la restitutoria que la acompaña es la misma, sea la condición resolutoria expresa o tácita, para el caso de incumplimiento.

En realidad, lo que ahora nos interesa son dos fenómenos bastante diferentes uno del otro. La condición resolutoria expresamente pactada es la explicitación de la autonomía privada por la que se afirma no querer el contrato (y en su caso, tampoco sus consecuencias) si acontece el hecho previsto como condición. La condición resolutoria explícita es la forma de ser de las obligaciones que surgen de él, y además, puede serlo también de los derechos absolutos que puedan ser consecuencia del mismo, o puedan movilizarse a través de él. Sin embargo, la mal llamada condición resolutoria implícita prevista en el artículo 1124 es únicamente una forma de tutela del acreedor que sufre un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la resolución del contrato, pero en ningún caso implica una particular forma de configuración de los derechos absolutos que pudieran resultar o movilizarse a través de ese contrato.

En referencia a las condiciones en general, y por tanto también a las condiciones resolutorias previstas en un contrato, teóricamente estas pueden afectar (condicionar) las obligaciones (plano jurídico personal del contrato) y los derechos reales que pudieran tener como título dicho contrato (plano jurídico real).

En este sentido, Larenz trazó claramente la distinción entre ambos planos, y las consecuencias que de ello se derivan. Para el caso de una compraventa,

la cosa habrá sido entregada al comprador para que éste se halle en situación de obtener las utilidades de la cosa. [...] Las más de las veces se habrá transmitido asimismo con la tradición de la cosa la propiedad de la misma. Si ahora tiene lugar la condición resolutoria, cesa la causa jurídica por la que el comprador podía hasta entonces poseer la cosa y obtener las utilidades de la misma, así como la causa de la adquisición de la propiedad; pero no cesa también su propiedad [...]. Antes bien, [...] el comprador está obligado a retransferir la propiedad al vendedor; *incluso si la transferencia estaba sujeta a condición resolutoria, ha de retransferir, al menos, la posesión*" (1979, p. 694).

La expresión resaltada pone de manifiesto la doble posibilidad de someter a condición resolutoria la relación obligatoria como tal y la transferencia dominical; esta posibilidad es mucho más visible en un sistema de transmisión negocial abstracta, y aunque también es posible en un sistema de transmisión causalista como el español, hay que reconocer que en la práctica sería un supuesto verdaderamente extraño ver sometida a condición la relación jurídico obligatoria – causa *remota* de la transmisión, y no la transmisión en sí. De ahí que Roca Sastre apuntara que

[...] dado el sistema registral español, en el cual los títulos acuden al Registro con todo bagaje de pactos, cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales, el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitado. La Ley Hipotecaria ya da por supuesto la consignación en los asientos que puedan dar origen a una rescisión, resolución, o nulidad de los actos inscritos y con mayor razón han de admitirse las condiciones, que expresan más claramente las repercusiones posibles de su cumplimiento en los actos inscritos o derechos reales registrados. (1954, p.279)

Si, en caso de condición resolutoria expresa, lo que se condiciona es el derecho transmitido o el negocio que es causa de la transmisión, es una cuestión que ha sido discutida. Para Roca Sastre, la condición lo es *del efecto jurídico* del negocio, y no del negocio en sí; según su parecer, "la condición se establece en el negocio jurídico, pero lo que condiciona propiamente es sus efectos" (1954, p. 264). En cambio, Díez-Picazo diferenció según estemos hablando de la transmisión de la propiedad o de la constitución de derechos reales: para este segundo caso admite que la condición pueda afectar al derecho mismo; en cambio, "[t]ratándose de la adquisición y la transmisión del dominio parece preferible entender que lo condicionado es el negocio y no el derecho" (2008, p. 970).

Para intentar dar luz sobre esta cuestión, lo primero que debemos afrontar es la utilidad práctica de esta distinción, es decir, determinar las consecuencias de una y otra tesis.

Si entendemos que lo que se condiciona es el negocio, y no el derecho, hemos de admitir que, cuando la condición es *suspensiva*, los efectos del negocio quedan *retenidos*, y en este sentido, desde la funcionalidad de la teoría del título y

el modo (véase artículo 609, CCiv), el modo es inoperante como causa próxima, pues la causa remota de la transmisión, es decir, el negocio —título— tiene sus consecuencias retenidas, y no puede dar un concreto sentido material al modo, que queda así como mera causa de la transmisión de la posesión, pero no de la propiedad. De esta forma, más allá de las facultades reconocidas al potencial adquirente referentes a la conservación de su expectativa (artículo 1121 CCiv), no se ha operado ninguna adquisición patrimonial ni para el potencial adquirente ni para los terceros que pudieran tener algún interés en ello (por ejemplo, los acreedores de este) porque, y por ejemplificar la cuestión con el típico contrato de compraventa, no es que el comprador haya adquirido un derecho condicionado, sino que es su misma posición de comprador la que está condicionada (retenida) suspensivamente. Si la condición fuese *resolutoria*, habría que admitir que, estando condicionado el negocio (título), ello no impide que la transmisión haya operado realmente (es decir, efectivamente) —es decir, antes de que se dé la condición—, el resultado jurídico real (adquisición del dominio) *sobrepasa* el resultado negocial en sí mismo (negocio *condicionado*), aun cuando este es *causa* de aquel. De esta forma, si la condición se da, el título *decae*, y para el *accipiens* surge ahora una *obligación de retransmisión*, que tiene su explicación en la desaparición del título-causa remota por el que adquirió, y que desde luego le resulta oponible; el problema surge al explicar la posible eficacia de la condición frente a posibles subadquirentes, cuando la causa por la que se exige el retroceso del bien al primer *trandens* se ubica en el título negocial, que en línea de principio resulta *inoponible* a terceros, en el sentido de que no puede explicar para los subadquirentes la obligación de retransmisión que sí resulta oponible (*rectius*, vinculante) para el primer adquirente (véase artículo 1257 CCiv) como consecuencia de la condición que le obliga a ello.

Ubicar el efecto de la condición (ya sea suspensiva o resolutoria) en el título y no en el derecho mismo, produce una gran asimetría en la posición jurídica de los sujetos implicados en función del tipo de condición de que se trate. Se observa que la condición suspensiva protege mucho más que la resolutoria al primer disponente, tanto respecto a los subadquierentes sucesivos, como respecto a los acreedores del primer adquirente.

En cambio, si entendemos que la condición no afecta al contrato, sino al derecho que es objeto del mismo, la posición resulta más equilibrada. En caso de condición suspensiva, ello no impide la adquisición del derecho de que se trate, por bien que con la condición como elemento definidor del mismo (con el que en su caso lo adquirirán los sucesivos adquirentes, y con el que está a disposición de los acreedores del mismo adquirente), sin que la salida del bien de manos del adquirente purgue la condición, cuya existencia siempre podrá ser hecha valer por el primer disponente. En caso de que la condición fuese resolutoria, las mismas ideas son extrapolables: la oponibilidad de la misma por aquel a quien le interese está fuera de toda duda, en tanto que es un elemento definidor del derecho que se ha transmitido (en su caso, sucesivamente), a menos que opere alguna regla de protección del tráfico que pueda explicar su purga por efecto de la seguridad del

tráfico (como es precisamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española -desde aquí, LH-). Como ha explicado De Castro,

[l]os derechos eventuales tienen el valor patrimonial que les da la posibilidad del evento y, con este alcance (en cuanto posibilidad de convertirse en titularidad definitiva), entran a formar parte del patrimonio de su titular, están sometidos a la acción de sus acreedores, pueden ser enajenados, gravados y hasta son heredables cuando haya titular y no se trate de derechos a título personal. (1949, p. 614)

Además, la sumisión a condición de los derechos, y del dominio y derechos reales en particular, ha sido admitida explícitamente en algunos códigos civiles (verbigracia, comparar con artículo 680 del Código Civil chileno).

Por último, que las condiciones no afectan al título-negocio, sino a la transmisión y por tanto al derecho que es objeto de tráfico, lo asume sin problemas la Ley Hipotecaria en sus artículos 11 y 23, que no son normas excepcionales, sino de adaptación de la dinámica registral al derecho material.

Hasta aquí, hemos desarrollado lo que nos parece que es la explicación general del fenómeno. Pero esto no quita que las partes, en uso de su autonomía privada, decidan ubicar el efecto condicional en el derecho transmitido o en el negocio por el cual el derecho se transmite. No debiera haber problemas para reconocer que las partes son libres de ubicar el efecto condicional en uno u otro plano, atendiendo a sus propios intereses. Por supuesto, las consecuencias de uno y otro escenario son bien distintas; así, si adecuadamente interpretado el negocio se puede afirmar que se quiso que la condición afectase al negocio (plano obligacional) y no al derecho objeto de tráfico, la inscripción debe *denegarse*.

La condición, como elemento configurador de la eficacia de los derechos, es, como señaló De Castro, una situación de pendencia y se presenta como “una situación de protección jurídica interina en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo” (1949, p. 621). A esta función obedece toda la reglamentación típica de la condición, en aspectos tales como la liquidación de frutos, gastos, y a lo que ahora interesa, restitución de las prestaciones sobre las que recaía la condición.

Pero la función de la resolución por incumplimiento no es dejar en una situación de pendencia la relación jurídica de que se trate, ni mucho menos dejar transitoriamente indeterminada la titularidad de los derechos subjetivos objeto de tráfico para proteger, de este modo, al acreedor, a menos que estemos dispuestos a admitir que solo con la prescripción de las posibles acciones por incumplimiento la titularidad de los derechos transmitidos adquiere fijeza en el tráfico.

Esto explica que algunas disposiciones previstas en los artículos 1113 y ss. CCiv para las obligaciones sometidas a condición expresa no resulten de aplicación a la hipótesis de resolución por incumplimiento. Basta pensar en las reglas de diligente conservación de la prestación sometida a condición, y a la afirmación de la culpa como criterio de imputación de la pérdida o menoscabo de la prestación: esto solo tiene sentido en un contexto en el cual la culpa/no culpa siguen

marcando un parámetro de conducta al cual imputar una responsabilidad, lo que no tiene sentido cuando hablamos de la resolución por incumplimiento, en la que razonablemente no se puede pedir que sobre los contratantes recaigan específicos deberes de conservación de la prestación hasta que haya prescrito cualquier acción contractual que pudiera conducir a la restitución.

El pacto de condición resolutoria expresa, en la hipótesis en que el supuesto previsto como condición sea el incumplimiento de la obligación de pago (total o parcial) por parte del comprador, no es una reiteración de lo que ya prevé el artículo 1124 CCiv. Como puso de relieve Puig Brutau, la utilidad de la condición resolutoria expresa empieza allí donde acaba la configuración legal típica de la posición jurídica de las partes, pues solo así se convierte en algo útil.

Conviene detenerse en esta cuestión, esto es, qué añade la condición resolutoria expresa a lo ya previsto en el artículo 1124 CCiv. Y en este sentido, creo que pueden señalarse cuatro aspectos:

- a) En primer lugar, la mera previsión de la condición resolutoria hace que esta defina al derecho al que afecta; no a la prestación, sino al derecho a ella (o a retenerla, si ya se realizó), de manera que es una forma de ser del derecho, ya sea que lo tenga su titular originario o lo transmita a terceros. El artículo 11 LH ofrece argumentos suficientes al respecto, elevando a la categoría de *inscribible* la condición resolutoria por falta de pago del precio del inmueble, como forma de ser del dominio, y al que acompaña en su tráfico.
- b) Parece claro que el pacto de condición resolutoria no supone una renuncia ni supone una anulación efectiva de las facultades resolutorias normales ante el incumplimiento *ex* artículo 1124 CCiv. La condición resolutoria expresa es *algo más, que se superpone y añade a ella, no con un efecto de expulsión, sino de suma*, que a efectos prácticos se traduce en un ejercicio alternativo por parte del acreedor que sufre el incumplimiento/en cuya consideración se previó la condición resolutoria.
- c) Directamente relacionado con lo anterior, y atendiendo a la finalidad típicamente perseguida con la condición resolutoria cuando el supuesto de ella es el incumplimiento del deudor, parece claro que esta tiene una finalidad de refuerzo de la posición acreedora, que no solo evita el problema calificadorio de la gravedad del incumplimiento como determinante de la resolución (imprescindible en el radio de acción del artículo 1124 CCiv conforme una línea jurisprudencial muy reiterada), sino que también exige que no responda a la dinámica típica de la condición resolutoria cuando ello no sea acorde con la finalidad típica que la condición resolutoria está llamada a cumplir, en concreto, en lo que se refiere al *efecto automático* de la resolución cuando se actualiza el supuesto de hecho previsto como resolutorio en el contrato: el refuerzo de la posición del acreedor quedaría en entredicho si por causa de ese pretendido efecto automático (por el solo hecho de ser la condición *expresa*) quedara cerrado para aquel la posibilidad de exigir el cumplimiento específico. Admitir el efecto automático de la condición resolutoria en estos casos es, en buena medida, desactivar el

efecto del artículo 1124 CCiv, que así dejaría de ser un *derecho potestativo* a resolver. Esto no resulta coherente con la finalidad empírica típica de la condición resolutoria expresa (reforzar la posición del acreedor), cuando el supuesto previsto como condición es, también, una hipótesis de incumplimiento. El artículo 1258 CCiv, en fin, conduce a esta conclusión.

- d) Finalmente, cuando la condición resolutoria expresa es un supuesto de incumplimiento contractual, y en este sentido lo que se pretende es ampliar la protección del acreedor más allá de la que le brinda el artículo 1124 CCiv, en estos casos también debe regir la idea, ampliamente sostenida entre los autores, de que las obligaciones restitutorias por causa de resolución deben cumplirse simultáneamente, extrapolando a esta sede la regla general al respecto en materia de contratos bilaterales. En este sentido, lo dispuesto en el artículo 175.6º del Reglamento Hipotecario español (desde aquí, RH) procura cumplir una función de garantía en favor de los terceros poseedores, y del deudor de la restitución del inmueble.

El hecho de que un contrato que ha motivado la transmisión o adquisición de derechos subjetivos sea aún susceptible de incumplimiento, y con ello de resolución, no implica que la especial forma de configuración de tales derechos sea *condicionada*, es decir, de titularidad interina. Lo confirma una disposición como la del artículo 11-2º LH, al prever que “la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita [...]”: una previsión tal necesariamente *presupone* que la resolución *ex* artículo 1124 CCiv no es una *forma de ser* del derecho afectado por la resolución; que no define el derecho subjetivo en el tráfico; y que, en fin, no acompaña al derecho afectado aunque cambie de manos: para eso es necesaria la condición resolutoria *expresa*, a la que el mismo artículo 11-2º eleva implícitamente a forma de ser del dominio o del derecho real que fue objeto de tráfico por el solo hecho de explicitarla, *aunque defina el hecho puesto como condición, como uno de aquellos incumplimientos a los que el art. 1124 hubiera podido dar eficacia resolutoria*¹.

Lo confirma también una concepción de la resolución contractual que entiende a esta como un mecanismo más de tutela del derecho de crédito, junto con la acción de cumplimiento específico, acción indemnizatoria y, en su caso, la acción de rebaja del precio.

En efecto, no hay suficientes argumentos de *lege lata*, ni es deseable de *lege ferenda*, para entender que en los incumplimientos más graves y en que, además, acaso pueda existir una deliberada intención de no cumplir por el deudor, el ordenamiento imponga al acreedor la petición de cumplimiento específico para mantener la expectativa de la cobertura del interés contractual positivo, mientras que si ejercita la resolución (que es, por cierto, lo razonable atendiendo la gravedad

1 De esta forma, no solo la condición resulta inscribible, sino que además se convierte en un pacto *útil* (arg. artículo. 1284 CC: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”).

del incumplimiento, y además tal vez también atendiendo la escasa o nula intención de cumplimiento demostrada por el deudor) haya de conformarse con la cobertura del interés contractual *negativo*.

De ahí que se haya abierto paso la idea de la resolución como un mecanismo más, junto con la acción de cumplimiento, y tal vez la acción de rebaja del precio, de tutela del derecho de crédito; tutela que se producirá a través de la liberación de las partes en sus obligaciones contractuales primarias, y en su caso, restitución de las ya ejercitadas, sin prejuzgar que por ello el acreedor se conforme con la tutela del interés contractual negativo. En este sentido, y como ha afirmado Rodríguez Rosado, la resolución lo que provoca no es una extinción del contrato, sino una “eficacia contractual alternativa” (2013, pp. 158-160) puesta por el acreedor al que, en este sentido, le corresponde un verdadero derecho potestativo de imponer esa nueva dinámica contractual que en ningún caso supone renuncia a la íntegra satisfacción del interés contractual que condujo a contratar en los términos en que se hizo, sino, a lo sumo, a verlos satisfechos *in natura*, es decir, conforme al plan contractual originalmente acordado².

Esto ayuda a explicar el alcance de lo previsto en el artículo 37 LH, el cual dispone que “las acciones [...] resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley”. La acción resolutoria por incumplimiento, y las consecuencias restitutorias que implica, no son consecuencia de la forma de ser de los derechos que han sido objeto de tráfico, sino del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento (tutela del derecho de crédito), ante lo cual el tercer subadquirente, en principio, debe ser *immune*.

No lo entendió así el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 11 de julio de 1991. En ella se trató el efecto expansivo, de la resolución ejercitada por el vendedor frente al comprador de una finca, a un tercero subadquirente. En el caso de los hechos de la sentencia se deduce que la primera venta (la que se resuelve) no fue inscrita en el registro y se formalizó solo en documento privado; tampoco (lógicamente) la segunda venta (transmisión) al subadquirente frente al que pretenden extenderse las consecuencias restitutorias fue inscrita, de modo que el vendedor primero figuraba aún como titular registral. En la venta primera se pactó prohibición de disponer (no podía arrendar, subarrendar, vender ni ceder la finca).

En la sentencia se da por bueno el razonamiento de la Audiencia Provincial, en la que se afirmó que a fin de cuentas el subadquirente había comprado de alguien

2 Que la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124, por un lado, y la resolución por efecto de una condición resolutoria *ex* artículo 1123, por otro, son cosas muy distintas, no parece admitirlo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de julio de 2002 (núm. 638/2002). En esta sentencia puede leerse que “no es cierta es la distinción [...] entre resolución por condición expresa del artículo 1123 y condición por incumplimiento de obligación recíprocas del artículo 1124, en relación con el artículo 1120. La resolución es un concepto unitario y [...] esta Sala destaca es que, frente a la misma, concurre la protección del tercero de buena fe; es decir, el respeto a los derechos legítimamente adquiridos por terceros, aunque éstos no sean terceros hipotecarios inscritos en el Registro de la Propiedad y pese a que la condición resolutoria nunca estuvo tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad” (fundamento de derecho segundo).

que no tenía facultades dispositivas (se entiende, por virtud de los pactos anteriores de no vender), y que, además, al no haber adquirido de titular registral, no podría quedar inmune ante las consecuencias restitutorias.

La doctrina mantenida en esta resolución resulta muy problemática. Sin necesidad de entrar en la virtualidad del pacto de prohibición de disponer que habría de afectar al primer comprador (lo que ya es más que dudoso: habría de tener mero efecto jurídico obligacional, pero nunca eficacia jurídico real; arg. artículo 26 LH), una vez que en sede judicial se ha puesto de manifiesto la inexactitud registral (las dos transmisiones sucesivas sobre las que se pretenden las consecuencias restitutorias por efecto de la resolución), y por tanto que el debate debe ventilarse conforme a las reglas del derecho civil no registral (y, por tanto, yendo de suyo que la inscripción aún vigente en favor del primer vendedor *no puede protegerle* desde el punto de vista del sistema registral, como medio de resolución de conflictos frente a terceros), no se entiende cómo el Tribunal Supremo pudo afirmar (aunque en afirmación *obiter dicta*) que aun cuando el subadquirente no conociera el contrato que ahora se resuelve, juega contra él “igualmente en su contra la publicidad registral”. Con estos (cuestionables) razonamientos, el Tribunal Supremo consigue articular su tesis en relación al efecto resolutorio-restitutorio por incumplimiento, con un marcado carácter *ex tunc*.³

Es obvio que la resolución implica consecuencias restitutorias, y estas son consecuencias que afectan a la distribución del dominio en la sociedad. La duda se plantea a la hora de establecer el momento en que, ejercitada la facultad resolutoria, se produce el retroceso patrimonial en favor del acreedor accionante de resolución. El Código Civil español dispone las reglas transmisivas del tráfico; también dispone las consecuencias jurídico reales cuando se produce el hecho puesto como condición (suspensiva o resolutoria) a un derecho, pero no regula las consecuencias jurídico reales cuando se ejercita la facultad resolutoria ante un incumplimiento contractual, y en este punto surge una duda: ¿este efecto retransmisivo debe aproximarse al primero de los bloques normativos mencionados —reglas transmisivas normales del tráfico—, o al segundo —reglas de las condiciones suspensivas o resolutorias—? Si debe aproximarse al primero, el mero ejercicio de la facultad resolutoria, incluso el hecho a través mediante notificación al deudor, no puede tener consecuencia retransmisiva dominical; si es al segundo, el mero ejercicio potestativo del derecho a resolver habría de bastar para esa consecuencia retransmisiva con plenos efectos jurídico reales (exigiendo, claro está, que ese ejercicio/notificación sea recepticio para el deudor).

En este sentido, resulta muy sugerente la tesis sostenida por Rodríguez Rosado, quien ha defendido que la resolución por incumplimiento tiene efectos reales

3 Quizá todo este forzado razonamiento del Tribunal Supremo no debe extrapolarse más allá de los límites del supuesto de hecho que le sirvió de base, en el que se pone de manifiesto que el subadquirente no pudo probar la existencia del contrato que sirvió de base a su (hipotética) adquisición. Esta falta de prueba ya hubiese sido bastante para no impedir el total efecto restitutorio al vendedor que sufre el incumplimiento, y no se entiende por qué el Tribunal Supremo realiza aquellas afirmaciones *obiter dicta* que, creemos, resultan muy dudosa.

ex nunc, “es decir, produciendo en el mismo instante de la resolución la retransmisión del bien” (2013, p. 245). La consecuencia de ello es que “[l]os terceros serán protegidos si adquirieron antes de ese momento, y siempre que no sean de mala fe [...]”, pues si adquirieron después, solo podrán ser protegidos al amparo de las reglas que protegen las adquisiciones *a non domino* (2013, p. 246).

Esta tesis probablemente ofrece una adecuada visión del fenómeno en el sentido de que se aleja definitivamente del efecto *ex tunc* pretendidamente similar al de la condición resolutoria explícita y, además, explica con naturalidad el que pueda tomarse anotación preventiva de la demanda de resolución, y ganar así una prioridad que nunca le hubiese podido corresponder si se admitiese un mero efecto obligacional de la resolución, es decir, si se admitiese que la resolución por incumplimiento solo implicara, *siempre y en todo caso*, una obligación de (re)transmitir (generador, a lo sumo, de un *ius ad rem*)⁴.

Sin embargo, una vez admitido que la resolución, como mecanismo de tutela ante el incumplimiento, y configurado como derecho potestativo del acreedor, no necesita ser ejercitado judicialmente, y basta el ejercicio privado pero recepticio de tal facultad de configuración jurídica, afirmar que el solo ejercicio de la facultad resolutoria opera la retransmisión, y que por ello los posibles adquirentes del bien, ínterin el mismo permanezca en manos del deudor requerido de resolución, son siempre y en todo caso adquirentes *a non domino*, creo que resulta problemático.

4 García García explicaba al estudiar el artículo 37 LH que la anotación de demanda de resolución por incumplimiento generaba para el acreedor que resolvía una situación similar a un *ius ad rem* sobre el inmueble que había de restituírsele.

Esta forma de describir el problema resulta problemática. La situación de *ius ad rem* (situación en que aún no ha nacido el derecho real) no es, en el Sistema registral español, ni inscribible, ni anotable. Cuestión distinta es que el mero titular de un *ius ad rem* pueda obtener anotación de un derecho real, en tanto en cuanto haya ejercitado ya una pretensión que, de ser estimada, no solo suponga para el demandante adquirir una situación jurídico real, sino que, además, haya razones para retrotraer tales efectos al momento de la anotación (como típicamente sucede en los casos de acciones judiciales). Pero esto es bien distinto a inscribir / anota un *ius ad rem*. En otras palabras: conforme a lo que acaba de explicarse, admitir la anotación de la demanda de resolución, es admitir implícitamente que el efecto restitutorio inherente a la resolución se produce, al menos, con la interposición de la demanda (y en cuyo marco la anotación de la demanda es una *medida preventiva*).

Cuando se permite la anotación de una demanda en que se pide la entrega de la cosa comprada, o cuando se pide la elevación a escritura pública del negocio transmisivo (y esa escritura ha de tener efectos traditivos; compárese. con el artículo 1462-2º CC), no se está dando entrada en el Registro de situaciones de *ius ad rem*: el objeto de la publicidad en estos casos no es publicar el *ius ad rem* como algo útil en el tráfico, sino publicar un *deber ser*, una titularidad cuya adquisición debió haberse consumado pero que no se ha producido por circunstancias ajenas a las propias reglas normales del tráfico, y en este sentido el Registro protege “prospectivamente” a aquel que según las reglas normales del tráfico debió haber adquirido, evitando así poner a su costa (en sentido amplio) el retraso del momento adquisitivo por causas que no le son imputables y frente a las que se defiende de la única forma posible en un estado de derecho: ante los tribunales (evitándose así, también, poner a su costa el tiempo preciso para la resolución judicial). En otras palabras: no se publica el *ius ad rem*, sino que se publica prospectivamente el derecho real que debió haberse adquirido, evitando así que el que sufre el retraso en el momento adquisitivo soporte las consecuencias de tener solo un derecho de crédito por causa que no le es imputable, o al menos, desde que solicitó el auxilio del Estado para que convertirla en “ser” el “deber ser”.

Tampoco me parece, contra lo que ha defendido otro sector doctrinal, aplicable en esta sede la teoría del título y el modo, en el entendido de que acogida esta mecánica en nuestro Código Civil como regla de partida y como franco y frontal rechazo a la transmisión meramente consensual, la retransmisión en favor del acreedor accionante de resolución, solo se produzca cuando el deudor devuelve la cosa (como si esta devolución cumpliera una función traditiva – modo *ex* artículo 609 y 1095 CCiv), pues el movimiento patrimonial que la resolución opera no es un acto de tráfico (para los que, sin duda, sí está pensada la teoría del título y el modo). Pero esta tesis sí tiene la virtud de poner de relieve lo excepcional que en nuestro ordenamiento jurídico, que como regla de principio niega efectos transmisivos a los actos que no van acompañados de un hito ostensible u oponible, ha de ser que los movimientos patrimoniales puedan operar sin que acontezca un elemento o acto oponible frente a los demás, por espiritualizado o sublimado que este pudiera llegar a ser. Que la propiedad del bien transmitido al deudor incumplidor pueda retornar eficazmente por la sola declaración recepticia emitida por el acreedor, por justificado que ello pudiera ser atendido el incumplimiento producido, o deja de ser una solución que tiene difícil encaje en nuestro derecho patrimonial, máxime a falta de una disposición que así lo disponga con claridad.

En este sentido, me parece no solo defendible, sino además la solución más probable, entender que, si bien la resolución como remedio ante el incumplimiento es eficaz cuando el acreedor la comunica al deudor incumplidor, sin necesidad de que ello deba hacer notarial ni judicialmente (de modo que desde ese momento el deudor vuelve a entrar en el marco de una relación obligatoria – restitutoria – y, por tanto, con especiales deberes de cuidado y asunción de riesgos por pérdida o menoscabo fortuito del bien), solo cuando la resolución se ejercita judicialmente, indudablemente opera el retroceso patrimonial, anotable a expensas de la sentencia que resuelva la pretensión resolutoria. Esto quizá podría explicar por qué el artículo 1124 CCiv parece únicamente reconocer la resolución por vía judicial, así como el que, registralmente, la reinscripción solo puede producirse en favor del acreedor, ya sea por mandato judicial o por escritura pública en que el deudor muestre su consentimiento al efecto restitutorio (compárese con el artículo 82 LH), y no de ninguna otra forma, aunque cualquiera de estas formas, que no operarían el retroceso patrimonial del bien, sí sean suficientes para activar el resto de las consecuencias de la resolución (extinción de las obligaciones/efecto liberatorio, deberes de conservación de las prestaciones, etc.).

La consecuencia que ahora interesa extraer de todo lo anterior es que, aun cuando el acreedor haya ejercitado su derecho potestativo de resolución/extinción de las obligaciones primarias surgidas del contrato, si ello lo ha hecho a través de alguno de los mecanismos a los que el ordenamiento jurídico no le abre la inscripción o anotación registral (suponiendo que en todos estos casos ni la inscripción ni la anotación tienen eficacia jurídico-real constitutiva y, por tanto, tal efecto habría de tenerlo el acto o negocio por sí solo), esa resolución no puede tener efectos jurídicos reales y, por tanto, el subadquirente que hubiese podido recibir el bien en ese ínterin no está adquiriendo *a non domino*, por lo que, para ser protegido

frente al acreedor accionante de resolución, no precisa reunir los requisitos del artículo 34 LH, y, específicamente, la buena fe a que se refiere el segundo párrafo del mismo precepto, pues, por hipótesis, el ejercicio de la facultad resolutoria por el acreedor no ha provocado *aún* ninguna *inexactitud registral*.

Esto no significa que el subadquirente no necesite actuar de buena fe, pero esta no puede ser distinta de la buena fe general, como parámetro de actuación, del artículo 7 CCiv.

El hecho de que el subadquirente conociera, al tiempo de su adquisición, que su transmitente habría incurrido en incumplimiento resolutorio, no puede convertirle en un (sub)adquirente al que le falte la buena fe, y negarle así protección⁵.

El tercero que quedaría protegido *ex* artículo 37 LH por inscribir “conforme a lo prevenido en esta Ley”, es el que ha inscrito *antes* de que para él quedase cerrado el registro⁶.

La cuestión pudiera resultar dudosa a primera vista, pero me parece la más coherente con la propia naturaleza de las instituciones implicadas.

El hecho de que un determinado derecho subjetivo tenga carácter personal o carácter real, es decir, que el ordenamiento conceda un carácter u otro a un derecho subjetivo, es una decisión estatal anticipada respecto de los efectos que aquel derecho tiene frente a terceros y, por tanto, es un criterio de solución de conflictos en términos de eficacia/oponibilidad y, por ello, de la forma de protección del derecho frente a terceros. El derecho *real* es oponible a terceros aun cuando estos lo desconozcan; el derecho *personal* es *in*ponible a terceros aun cuando estos lo conozcan. Que particularmente, en un caso dado, se conozca la existencia de un derecho de carácter *personal* (por “oposición” a un derecho *real*) no puede dotar a este derecho de una *oponibilidad* que por su propia naturaleza no le corresponde. Encontramos una prueba de ello en lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1571 CCiv, que admite con toda naturalidad la extinción (es decir, *inoponibilidad*) de un arrendamiento al comprador de la finca arrendada, aun cuando este comprador conociera la existencia del arrendamiento al momento de comprar.

En definitiva, hay razones para sostener que el incumplimiento resolutorio y el efectivo ejercicio del derecho a resolver, no produce por sí solo el retroceso patrimonial de las prestaciones que han de restituirse, sino que solo se produce cuando la resolución es aceptada por la parte incumplidora en escritura pública, o cuando ha recaído sentencia estimatoria de resolución; en este último caso,

5 En contra, Díez-Picazo (2008,p.874), y también, como se ha indicado, Rodríguez Rosado (2013, p. 246).

6 Podría pensarse que si el subadquirente adquiriera a sabiendas de que su transmitente está inmerso en un procedimiento como demandado, y en él se le ha exigido la restitución del inmueble que aquel subadquirente adquirió, este *no es de mala fe* si la demanda aún no se había anotado en el Registro. Sin embargo, no parece correcto razonar así: como se ha indicado, la presentación de una demanda de resolución y restitución, por cuanto sus efectos se han de retrotraer al momento de interposición de la demanda, desde ese momento habría de tener efectos jurídico reales en caso de que la acción se estimase. En ningún caso la reticencia (jurídicamente injustificada) del demandado a devolver la prestación debe jugar en contra del acreedor, cuando este no tiene más opción que acudir al amparo de los Tribunales.

además, los efectos pueden retrotraerse a la fecha de la anotación preventiva de demanda que en su caso se haya pedido en el marco del proceso judicial en que se ventila la resolución⁷.

Resolución por incumplimiento y restitución de frutos

Un sector doctrinal ha entendido que la restitución de los frutos, en caso de resolución por incumplimiento, es una cuestión que ha de ser disciplinada por lo dispuesto en el artículo 1123 CCiv, precepto dictado en el marco regulativo de la condición resolutoria expresa, en el que se lee que “cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse *lo que hubiesen percibido*” (Díez-Picazo, 2008, tomo II p. 872). En la expresión resaltada, se incluyen también los *frutos* que la cosa haya podido producir en manos del obligado a la restitución, pues tales frutos *han sido percibidos* (por todos, Clemente Meoro, 2009). Otros autores, en cambio, aunque llegan al mismo resultado práctico, han razonado en el sentido de que la resolución por incumplimiento, en materia de restitución de frutos, debe tener la misma solución que en sede de nulidad (o anulación) y de rescisión de los contratos, es decir, la devolución íntegra de los frutos obtenidos (Rodríguez-Rosado, 2013).

La aplicación directa, o por analogía, de este precepto al caso de resolución por incumplimiento resulta, cuanto menos, dudosa. La razón de ello es que el artículo 1123 CCiv tiene sentido en el marco de las condiciones resolutorias expresas, es decir, cuando las partes han sometido a condición resolutoria los derechos constituidos o transmitidos, esto es, los derechos que legitiman la percepción de los frutos se tienen *pendente conditione*; en este marco, es sensato que el legislador ofrezca como una adecuada ordenación de los intereses de las partes (aunque dispositiva), partir de la idea de que la consecuencia restitutoria que afecta al derecho que legitima la percepción de los frutos, se extienda sobre los frutos mismos, reponiendo así a las partes a la situación previa a la transmisión que se resuelve⁸. La restitución de los frutos en caso de que se dé la condición resolutoria pactada, está conectada con ese efecto reponedor a la situación previa a la contratación⁹.

Cuando se trata de la resolución por incumplimiento, las cosas funcionan con una lógica muy distinta, aunque la resolución implique también consecuencias restitutorias. Ello es así porque, en estos casos, los derechos que se adquieren y

7 En este sentido, Puig Brutau, con cita a Pintó Ruiz, concluyó que “la resolución debida al art. 1124, impone la correspondiente retransmisión, pero no la produce” (1988, p. 136).

Sin embargo, como se ha adelantado, la cuestión resulta dudosa, y en un sentido distinto concluyó Díez-Picazo, que negaba que la resolución tuviera un simple efecto jurídico obligatorio en el Código Civil español, “en el cual la restitución no constituye un puro deber jurídico liquidatorio, sino que produce efectos recuperatorios, en virtud de la sentencia o de la decisión de resolver” (2008, p.873).

8 Que la reposición de las cosas al estado anterior a la transmisión es la consecuencia de las transmisiones sometidas a condición resolutoria, lo vemos explicitado en Navarro Amandi (1891). Confróntese, también con el artículo 1031 Proy. 1851.

9 La idea se pone de manifiesto en la glosa de García Goyena al artículo 1031 del Proyecto de 1851. Véase García Goyena, 1852, p. 69.

quedan luego afectados por la resolución no fueron derechos que se adquirieran sometidos a condición, esto es, no era esa su “particular forma de configuración”. Por tanto, aplicar sin más las mismas consecuencias restitutorias sobre los frutos que en los casos de condición resolutoria expresa no tiene mucha justificación, en tanto en cuanto el objeto de la resolución, en estos casos, no tiene por finalidad reponer las cosas al estado previo a la contratación, sino tutelar el interés del acreedor que ha sufrido un incumplimiento lo suficientemente grave como para justificar la resolución.

La cuestión se ve aun más clara una vez superado el prejuicio conforme al cual, en caso de resolución por incumplimiento, el acreedor que insta la resolución solo puede pedir la cobertura del interés contractual *negativo*, y se reconoce en algunos casos la indemnización por el interés contractual *positivo*. No tiene mucho sentido que, por ejemplo, en una transmisión de inmueble en la que el vendedor conoce, y entra dentro del interés protegido por el contrato, que el comprador va a utilizar el inmueble para explotarlo como hotel o alquilar sus piezas, si el vendedor entrega el inmueble, el comprador lo aprovecha durante un tiempo pero se produce un incumplimiento con relevancia resolutoria (por ejemplo, graves defectos arquitectónicos que amenazan ruina), parece claro que si el comprador decide resolver, no solo no tendrá que devolver las rentas que hasta ese momento haya obtenido con la explotación del inmueble, sino que ha de tener derecho a obtener las rentas razonablemente obtenibles por él durante el tiempo que se considere adecuado para que el comprador obtenga un inmueble de reemplazo (y obtenga del vendedor incumplidor, además, la diferencia de precio que le haya supuesto al comprador la realización del negocio de reemplazo en términos de mercado, en comparación con el precio que tuvo que pagar en la compraventa que ahora se resuelve). No resulta coherente afirmar que el comprador no ha de tener impedida la cobertura del interés contractual positivo, y que a la vez haya de devolver las rentas que haya obtenido mientras las prestaciones del contrato han permitido obtener la utilidad cubierta por el mismo¹⁰.

La cuestión habría de ser distinta una vez ejercitado el derecho potestativo de resolución [si se admite —y parece acertada— la tesis expuesta de Rodríguez-Rosado (2013) sobre este particular]. En estos casos, las prestaciones que van a ser objeto de restitución como consecuencia de la resolución vuelven a estar *in obligatione*, y por ello vuelven a activarse deberes de diligencia, resultan de aplicación reglas de distribución del riesgo por pérdida o menoscabo fortuito de las prestaciones y,

10 Clemente Meoro ha apuntado en esta línea, al analizar la restitución de frutos cuando el acreedor tiene derecho al interés contractual positivo, que si bien aquél ha de devolver los frutos obtenidos con la cosa, hay que comparar la situación que se hubiera producido en caso de cumplimiento con la de incumplimiento, “respecto de frutos e intereses, pues de no haber habido incumplimiento cada una de las partes habría obtenido unos frutos o intereses que no puede hacer suyos como consecuencia del carácter retroactivo de la resolución en este punto” (2009, p. 71). La solución a la que llega Clemente Meoro es formalmente correcta, y seguramente, de *lege lata* la más respetuosa con la literalidad del Código Civil. La diferencia de su tesis con la que aquí mantenemos, radica en que Meoro llega, por vía *indemnizatoria*, al mismo resultado al que nosotros proponemos llegar directamente por vía de *retención*.

como consecuencia de esto último, las reglas de atribución de los frutos que genere la cosa durante ese ínterin, si damos por bueno el punto de partida conforme al cual existe una íntima conexión entre la asunción del riesgo y la obtención de frutos, de los *commoda et incommoda*.

En cuanto a la necesidad, que parte de la doctrina ha defendido, de que las consecuencias restitutorias de los frutos en materia de resolución por incumplimiento han de ser la mismas que las previstas en sede de nulidad y de rescisión, resulta, *a priori*, dudosa, por la muy distinta naturaleza que cada una de las categorías implicadas supone.

Así, en el caso de nulidad, al *accipiens* que ha percibido los frutos sencillamente le falta el título atributivo del bien fructífero, y con ello, el de los frutos que el bien genere. La nulidad del título atributivo, sin embargo, no puede negar que de hecho se ha producido una situación de aparente titularidad, que se debe liquidar conforme a reglas específicas. Nada tiene que ver el caso, por tanto, con la resolución por incumplimiento, en el que, por hipótesis, en el período comprendido entre la consumación del contrato y la resolución, el *accipiens* obligado a restituir tenía título atributivo tanto sobre el bien como sobre los frutos que este genere. Las reglas liquidatorias de los frutos no deben pasar por alto esta cuestión. Podríamos afirmar que, en sede de nulidad (o anulación), la regla de partida habría de ser la restitución de la cosa junto con los frutos que haya generado, salvo que haya buenas razones para afirmar la retención de los frutos; en cambio, en materia de resolución por incumplimiento, la regla de partida habría de ser la contraria: restitución del bien, pero no de los frutos obtenidos, salvo que haya buenas razones para entregarlos también (una razón podría ser que el demandante de resolución opte por la protección del interés contractual *negativo*).

En cuanto a la rescisión, conforme al artículo 1290 CCiv, y sin perjuicio de lo que se explica más abajo, el contrato rescindible es un contrato *válido* y además *eficaz*, y es precisamente porque es eficaz por lo que genera el daño o situación desventajosa considerada por el derecho, que pretende conjurarse mediante el remedio rescisorio y, en concreto, mediante la restitución de las prestaciones, aunque no solo (pues es comúnmente admitido que el demandado de rescisión puede evitar la restitución si ofrece al demandante una cuestión de dinero suficiente para eliminar el perjuicio que está tras la causa de rescisión alegada de contrario). Aun así, debe admitirse que entre la nulidad y la rescisión hay una gran proximidad en sus consecuencias prácticas, en tanto que ambas son categorías de ineficacia, y aunque la primera presupone la inexistencia de título atributivo, la segunda la presupone su existencia, pero la íntegra protección que la rescisión, como remedio excepcional, pretende de los intereses contemplados, seguramente exige en todo caso la restitución también de los frutos. A efectos prácticos, las consecuencias son similares, pero las razones de una y otra institución son bastante distintas.

Pero si se admite, como se ha hecho para justificar que en caso de resolución por incumplimiento no ha de haber impedimentos para poder exigir la protección del interés contractual *positivo*, que la resolución por incumplimiento no es un

supuesto de ineficacia contractual, sino de nueva dinámica de la relación jurídica del contrato [como ha apuntado Rodríguez Rosado (2013), las consecuencias de la resolución son la eficacia contractual alternativa, más no la extinción del contrato], no se ve por qué ha de existir una necesidad institucional de asimilar las consecuencias restitutorias, en materia de frutos, de casos en que el contrato es ineficaz, y cuando este mantiene su eficacia.

El caso específico de la resolución de compraventa inmobiliaria por falta de pago: el artículo 1504 del Código Civil español.

Dispone el artículo 1504 CCiv que

En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el plazo, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término.

Fundamento del artículo 1504 del Código Civil español

El fundamento de una disposición como la del artículo 1504 CCiv, como permite intuir su contraposición con lo que el artículo 1505 CCiv prevé para la misma hipótesis cuando el objeto de la venta fueren bienes muebles, es eminentemente económico. Ello lo confirma el análisis de los precedentes legislativos del artículo 1504. En la base de todo ello, subyace la idea de la estabilidad de precios del tráfico inmobiliario, y la base contraria en el mercado de bienes muebles.

Este artículo 1504 y la previsión de reglas opuestas para el caso compraventa de bienes muebles e inmuebles, carente de antecedentes históricos en el derecho español, fue recibida a través del Proyecto de Código de 1851, que a su vez la adoptó del Código Civil francés. La razón que García Goyena ofrece en la glosa al Proyecto de Código Civil español de 1851 a tal diferencia, en realidad es tomada del informe que Portalis elaboró sobre el título de la compraventa del entonces Proyecto de Código Civil francés, y en el que puede leerse lo siguiente:

El decreto de rescisión debe darse con toda prontitud cuando el vendedor tuviese el riesgo de perder la cosa y el precio. No existiendo este riesgo, el juez puede otorgar al comprador un término razonable para su pago. Un extremado rigor en la administración de justicia tendría todos los caracteres de una opresión tiránica: *summum jus summa iniustitia*. El bien se encuentra en la moderación, cesa en donde principia el exceso. Acostúmbrase algunas veces pactar que la venta se rescindirá *ipso jure*, no pagando el comprador el precio dentro un plazo designado. Pregúntase si transcurrido el plazo puede el comprador cumplir su obligación y hacer estable de este modo el contrato. No cabe duda que sucederá así, mientras que el comprador no hay asido reconvenido. Se dirá acaso que estaba advertido por el contrato, mas el rigor del contrato puede templarse por la voluntad del hombre: el silencio del vendedor hace presumir la indulgencia. Una reconvenición verdadera puede solo destruir esta presunción. No pagando el comprador reconvenido, está privado el juez de otorgarle término alguno; haciéndolo, infringe abiertamente el contrato.

Cuanto acabamos de decir, únicamente debe referirse a la venta de bienes inmuebles. Los géneros y los bienes muebles reclaman disposiciones distintas: así es que la venta se rescindirá ipso iure y sin ninguna instancia de parte del vendedor, después del término convenido en que el que compra debe satisfacer el precio. Notorias son las razones de la diferencia. Los géneros y bienes muebles no circulan en el comercio siempre con igual valor, y hay una variación muy rápida y tan sensible en el precio de estos objetos, que el menor retardo puede ocasionar perjuicios de monta. Los inmuebles no ofrecen los mismos inconvenientes. (Portalís. 1842, p. 25)

Sin embargo, y al margen de que sean aquellas las razones que están detrás de la distinción trazada en los artículos 1504 y 1505 CCiv, y aunque a primera vista pudiese parecer que el artículo 1504 es una norma especial y el artículo 1505 la norma general, lo cierto es que el artículo 1504 responde más a la típica función pretendida por las partes al pactar esta condición resolutoria: proteger al vendedor, reforzar su posición jurídica, pero no negarle la acción de cumplimiento específico como posibilidad normal ante el incumplimiento, que es a lo que llevaría la condición resolutoria expresa (y que, precisamente, el artículo 1504 evita). En este sentido, a efectos prácticos, el artículo 1504 no hace más que confirmar la función de refuerzo de la posición del vendedor, que típicamente motiva la condición prevista en el repetido precepto: permitir la resolución por impago (no imponer la resolución por impago), eludiendo el problema calificadorio de la gravedad del incumplimiento que pueda suponer el impago de un plazo, y evitar el juego de la facultad judicial reconocida en el artículo 1124, consistente en que el juez pueda conceder un plazo suplementario al deudor atendidas las circunstancias, no obstante haber instado el acreedor directamente la resolución.

Ámbito de aplicación del artículo 1504 del Código Civil español

Hoy podríamos dudar de la virtualidad aplicativa en la práctica de este artículo 1504, en un tráfico inmobiliario en el que la función de crédito para la adquisición de inmuebles la cumple ahora el crédito hipotecario, no el fraccionamiento y aplazamiento del pago del precio.

Sin embargo, creo que hay razones para afirmar que el artículo 1504 CCiv debe resultar de aplicación a los casos de arrendamiento de inmueble con opción a compra (independientemente de que pueda o no calificarse la operación como *leasing* inmobiliario —ver más abajo—). Y no solo una vez que se ejercita la opción de compra favorable al optante, sino incluso antes, esto es, en la fase que podríamos llamar de “arrendamiento” previa al ejercicio de la opción. La razón de ello es que la finalidad socioeconómica de este negocio complejo, y marcadamente cuando el inmueble cumple la función de vivienda para el usuario-optante, es facilitar y financiar el acceso a la propiedad, haciendo que la fase arrendaticia previa tenga una función financiadora del pago del precio, a través de la eventual función del aplazamiento y fraccionamiento del pago del precio de adquisición si el usuario opta por la adquisición.

Claro que, podría decirse, antes de llegar al ejercicio de la opción, el pago del canon arrendaticio no pudo tener por finalidad, además, la de pago del precio aplazado del inmueble en el sentido del artículo 1504 CCiv. De hecho —se añadiría—, si aplicásemos el artículo 1504 al supuesto de impago del canon arrendaticio (y, por tanto, siempre antes del ejercicio de la opción de compra) nos estaríamos moviendo siempre, por hipótesis, en la fase de arrendamiento, y la resolución instada por el dueño del inmueble en esta sede, evitaría precisamente que la opción pudiera ejercitarse y, con ella, la imputación del canon arrendaticio pagado a cuenta del precio de adquisición que ya no se va a producir.

Sin embargo, lo anterior no parece suficiente para negar la aplicación del artículo 1504 al período previo a la opción y que podríamos llamar “arrendaticio”, ya sea que podamos calificar el negocio como de *leasing* operativo inmobiliario o como un supuesto puro de arrendamiento con derecho de opción: en ambos casos existe una unidad negocial inseparable, en la cual la opción no cumple una finalidad económica autónoma, sino con referencia al período arrendaticio previo, que cumple a tal efecto una finalidad financiadora de la eventual adquisición (derecho de opción). Que la opción no cumpla una finalidad autónoma e independiente se manifiesta porque, en estos casos, la opción no es embargable separadamente del arrendamiento, lo que resulta claro no solo en el caso de *leasing* operativo inmobiliario, sino también lo ha de ser en el caso puro de arrendamiento con opción de compra, contemplado este último en el último párrafo del artículo 14 RH, y en el que se presupone la vinculación de la opción al arrendamiento (hasta el punto de que en dicho caso, la inscribibilidad del arrendamiento con opción a compra como unidad negocial, hace innecesaria la aplicación de las reglas referentes a la inscribibilidad de la opción de compra como figura autónoma, y que el propio artículo 14 RH prevé en los párrafos anteriores).

Asimismo, parece claro que el arrendamiento previo a la opción no cumple la función típica del arrendamiento (cesión temporal del uso de un bien a cambio de un precio), sino que cumple causalmente, junto con la legitimación para la posesión y disfrute del inmueble, una función de financiación de la eventual adquisición, a la que el arrendador ya ha dado un consentimiento anticipado (al conceder el derecho de opción, hipótesis, además, típica de *precontrato* de venta), y, en este sentido, queda en una posición equiparable a la del *vendedor*. El que el pago de la renta arrendaticia sea temporal (y necesariamente) previa al ejercicio de opción (y, por tanto, cronológicamente anterior a que haya venta y la imputabilidad de las rentas arrendaticias al pago del precio de la misma) no es suficiente para negar la clara analogía de situaciones, que aconseja la aplicación, también a estos supuestos de *leasing*/arrendamiento con opción a compra, del artículo 1504 CCiv¹¹.

11 A lo anterior no obsta la afirmación (acertada) de la STS de 02 de junio de 2009 (núm. 410/2009), en la que se sostuvo que el artículo 1504 CC no resulta aplicable al ejercicio del derecho de opción, en el entendido de que la caducidad del plazo concedido al optante corre inexorable, y no depende de requerimiento ninguno por parte del concedente de la opción. La hipótesis a que nos referimos en el texto es bien distinto.

Coordinación del artículo 1504 con el resto del sistema del derecho de obligaciones

Para terminar con esta visión panorámica del artículo 1504 CCiv, conviene tener claras las siguientes ideas:

- a) El artículo 1504 niega el efecto resolutorio automático ante el incumplimiento que consista en la falta del precio de pago aplazado, pero no niega que haya existido incumplimiento desde el momento mismo de la falta de pago, ni que desde ese momento pueda considerarse al comprador en situación de mora automática (confróntese con el artículo. 1100 CCiv) y deba además indemnizar, en su caso, los mayores daños imputables a su incumplimiento *ex* artículos 1101, 1105 y 1107 CCiv, más allá del interés legal del dinero que el artículo 1108 fija como liquidación mínima del daño padecido por la mora en la deuda pecuniaria (Díez-Picazo, 2016).
- b) Indudablemente, esta condición resolutoria expresa es una de las condiciones comprendidas en el artículo 11 LH, segundo párrafo, y se trata, por tanto, de un elemento configurador del dominio o derecho real de que se trate, a diferencia de lo que sucede con la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 CCiv.
- c) Las consecuencias restitutorias, liquidatorias de los frutos, y responsabilidad por pérdida o menoscabo de la cosa, se han de regir por lo dispuesto en el artículo 1123, que a su vez se remite al artículo 1122.
- d) Aunque solo es necesario requerir de pago al comprador, debe notificarse también la resolución a los titulares de asientos posteriores, es decir, que hayan inscrito algún derecho pendiente la condición resolutoria, para que tengan posibilidad de defender su derecho (por ejemplo, controlando que la resolución fue bien hecha; confróntese con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 mayo del 1982). Desde luego, si la resolución fue judicial, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) exige la intervención en el procedimiento de los titulares intermedios, para poder reinscribir el inmueble, libre de cargas, a favor del vendedor (confróntese con RRDGRN 16 de setiembre de 1996 y 24 de febrero de 1998); se trata este de un extremo que indudablemente ha de calificar al registrador en su función de control de legalidad, como un posible obstáculo que pueda surgir del registro (confróntese con el artículo 100 RH).

Estas notificaciones a los titulares posteriores, que tienen perfecto sentido en la hipótesis descrita, no lo tienen cuando se trata de la resolución a que se refiere el artículo 1124 CCiv. La razón de ello es que el tercer adquirente, sencillamente, queda inmune ante la pretensión restitutoria del bien (arg. artículo 37 LH). Si el acreedor que resuelve entiende que el tercero no reúne las condiciones de protección frente a la restitución intentada, no basta la notificación a ese tercero, sino que habrá de ser *demandado*.

- e) La doctrina más antigua mayoritariamente afirmaba el carácter *imperativo* de lo dispuesto en el artículo 1504¹². Hoy es una idea ampliamente sostenida (por todos, Camy Sánchez Cañete, 1983) y resulta razonable. Reinscripción a favor de vendedor en caso de incumplimiento resolutorio, y en caso de incumplimiento cuando este se prevé como condición resolutoria

Es obligado diferenciar si el fundamento de la resolución es la regla general prevista en el artículo 1124 CCiv o si lo es un supuesto de condición resolutoria expresa (incluida la hipótesis del artículo 1504 CCiv: que se le haya dado al incumplimiento de un plazo del pago del precio eficacia resolutoria).

- a) En el primer caso (resolución artículo 1124 CCiv), ha de resultar incuestionable la total aplicación de lo dispuesto en el artículo 82-1º LH, que exige un acuerdo entre las partes (que en este caso supondría que la resolución, instada por una de las partes es aceptada por la otra) o una resolución judicial (en el resto de los casos). Esto no prejuzga el carácter judicial o extrajudicial de la resolución por incumplimiento, sino el modo en que el retroceso patrimonial que la resolución conlleva haya de tener su reflejo en el registro. El incumplimiento resolutorio *ex* artículo 1124 CCiv ha de ser llevado ante el registrador de forma auténtica (confróntese con el artículo 3 LH), y ello exige una valoración jurídica (gravedad del incumplimiento) que excede de la función calificadora del registrador; por consiguiente, no basta llevar el incumplimiento ante el registrador, sino también su gravedad-trascendencia *resolutoria*, lo que solo es posible por las vías indicadas en ese artículo 82 LH.
- b) En el segundo caso (condición resolutoria explícita), la regla no puede ser la misma, porque en este caso es la propia forma de ser del derecho transmitido el que justifica el retroceso patrimonial que quiere reflejarse registralmente; en otras palabras, el retroceso viene justificado directamente por una causa jurídico real, y no, como sucede en el caso anterior, por una medida de protección del derecho de crédito. A diferencia de lo que sucede en el caso anterior, en este es la propia forma de ser *erga omnes* del derecho lo que justifica el retroceso patrimonial, según su propia forma de configuración. Sería absurdo que para ello fuese preciso algo distinto de la mera constatación de que se ha producido el hecho determinante de ese efecto, en tanto en cuanto el hecho puesto como condición, y los efectos mismos de la condición, fueron queridos anticipadamente por las partes, y configuran la forma de ser del derecho en el tráfico, y a todos los efectos. En otras palabras: en estos casos no puede exigirse escritura en la que la otra parte consienta la resolución, o en su defecto resolución judicial. Ha de ser

12 Manresa (1908), lo dudaba, en cambio, Navarro Amandi (1891), mientras que en sede de bienes muebles los efectos quedan completamente remitidos a la autonomía privada, que es lo mismo que decir, que se remite a las reglas generales de las obligaciones condicionales.

suficiente el acta, en la que *notarialmente* se dé fe de la producción del hecho puesto como condición, para que *registralmente* se opere la reinscripción a favor del vendedor (confróntese con el artículo 82-2º LH). A esta idea responde lo dispuesto en el artículo 59 RH. Ese podría ser el caso, por ejemplo, en el que el vendedor presenta ante un notario las letras de cambio con las que se había aplazado el pago del precio, junto con el acta de comunicación a que se refiere el artículo 1504 CCiv.

En cualquiera de los casos, conforme a una doctrina ya asentada de la DGRN, es necesario que el que reinscribe a su favor, cumpla con lo dispuesto en el artículo 175.6º RH, en lo referente a que haya “consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto”. Se trata de una exigencia presente no solo en garantía de los posibles titulares intermedios (posteriores a la inscripción de la condición), sino también aun cuando no los haya: la confrontación de los párrafos primero y segundo de dicho artículo 175.6º RH lo pone de manifiesto. Esto permite concluir que el verdadero fundamento de la necesidad de consignación en tales casos, radica en la idea de que las obligaciones restitutorias han de cumplirse simultáneamente, y en la misma idea que juega en materia de contratos onerosos: la buena fe exige que el acreedor de una de las prestaciones no ha de poder pedir el cumplimiento de la otra si a la vez no cumple o no ofrece el cumplimiento de la prestación que debe¹³. Así lo ha confirmado de forma reciente la RDGSJyFP del 06 de marzo de 2020: la consignación es preceptiva aun cuando no haya titulares intermedios.

En los casos en que el beneficiario de la restitución del inmueble tenga que depositar el precio recibido, haya o no terceros con derechos intermedios, el Reglamento Hipotecario permite que aquel practique “las deducciones que en su caso procedan” en esa cuantía. Hoy resulta difícil entender qué deducciones pueden ser esas, una vez que ha quedado consolidada la doctrina de la DGRN en el sentido de que, aun cuando se haya pactado cláusula penal en favor del vendedor/pacto de *lex commissoria*, el vendedor ha de depositar la totalidad de lo recibido. Esta doctrina, fundamentada en el hecho de que la cláusula penal es susceptible de moderación por los tribunales (confróntese con el artículo 1152 CCiv y con RDGRN de 25 de enero de 2012, y más recientemente, la RDGSJyFP de 6 marzo

13 Esta regla, del cumplimiento simultáneo de las obligaciones restitutorias, admitida expresamente por el derecho alemán (confróntese con § 348 BGB), puede resultar adecuada en el marco de las obligaciones restitutorias en sede de resolución por incumplimiento; pero resulta más compleja su explicación en el marco de las obligaciones restitutorias por condición resolutoria, al menos cuando el hecho puesto como condición no es un incumplimiento, pues en tales casos la resolución no es consecuencia de un derecho potestativo del acreedor, sino de la misma forma de ser del derecho, y no se entiende bien por qué el despliegue de los efectos que son inherentes a la forma misma de ser del derecho, y admitidos por ambas partes, están supeditados a que el acreedor de la restitución del bien haya de poner a disposición de la otra parte las cantidades que de él haya recibido; y se entiende aún menos por qué el Registrador ha de erigirse en garante de este aspecto.

de-2020), como ha afirmado Chico y Ortiz, “inutiliza el mecanismo publicitario de la condición” (2000, p. 385)¹⁴.

Si admitimos la aplicabilidad del artículo 1504 al supuesto de arrendamiento con opción a compra, indudablemente el disponente ha de poder retener todo lo cobrado hasta el momento, que sea imputable a la fase de arrendamiento (por cuanto ello retribuye el uso del inmueble que de hecho se ha producido, y no puede devolverse por su propia naturaleza).

Restitución y rescisión

La rescisión, como categoría de ineficacia contractual, es probablemente una de las materias en las que el Código Civil adolece de organización y de claridad. El intento de dotar de unidad regulativa a un grupo heterogéneo de supuestos que con toda seguridad exigía un tratamiento por separado, obliga al intérprete a un esfuerzo interpretativo y de reconstrucción que exige remontarse a los antecedentes históricos y legislativos, y también, en buena medida, al derecho romano, lo que es especialmente patente para el caso sobre el que vamos a detenernos más aquí: la rescisión por fraude de acreedores. Gaudemet (1974), para el derecho francés, ya puso de manifiesto la necesidad de remontarse al derecho romano para comprender el alcance de la rescisión por fraude de acreedores en el Código Civil francés.

Es precisamente con la idea misma de “restitución” en materia de rescisión por fraude de acreedores con lo que surge la primera duda interpretativa. El artículo 1295 CCiv, que ofrece las consecuencias aparentemente comunes ante todo supuesto de rescisión, dispone que “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses [...]”. Así, aparentemente, la restitución implicaría, también para la rescisión por fraude de acreedores, consecuencias devolutivas de las prestaciones, esto es, el retroceso de las mismas. Sin embargo, nada de eso parece haber realmente. García Goyena, en la glosa del artículo que regulaba las consecuencias restitutorias en caso de fraude de acreedores (porque el Proyecto de Código Civil de 1851 sí tenía una sección destinada exclusivamente a la rescisión por esta causa), mencionada como antecedente y base de la restitución en esta materia la Ley 6, Título VI, Libro IV de la *Instituta de Justiniano* (que parece que unió en una misma acción lo que antes eran dos acciones rescisorias: la particular

14 Probablemente, la regla habría de ser justo la contraria: eficacia de la cláusula penal que justifique la retención de las cantidades dadas a cuenta del precio, sin perjuicio de la posibilidad de que el incumplidor pueda reclamar judicialmente el carácter excesivo de dicha penalización al amparo de lo dispuesto en el artículo 1154 CCiv. En este sentido, como apuntó Camy Sánchez-Cañete: “Si en la venta primitiva que origina esta resolución, se hubiese pactado que quedarían en poder del vendedor, o de sus causahabientes, la parte del precio satisfecha en el momento en que proceda y se ejercite aquélla, no habrá que acreditar devolución alguna. Sin que esto impida el posible derecho del comprador para pedir, incluso judicialmente, que se le devuelva parte de esa cantidad, pues según reiterada jurisprudencia [...] los Tribunales pueden estimar excesiva la cantidad que retenga el vendedor como indemnización de daños y perjuicios pese a que ello se deba a pacto entre los contratantes [...]” (1983, p. 581).

que un acreedor interponía frente a su deudor, y la general que tenía su campo natural en el concurso de acreedores), en la que la restitución se describe como la consecuencia de entender que el bien en cuestión *no se ha entregado*, esto es, como si el deudor no lo hubiera enajenado. De aquí la doctrina romanista ha deducido, y a través de ella la doctrina civilista que ha estudiado en profundidad las consecuencias restitutorias en esta sede, que *restitución* en el sentido de Ins. 4.6.6 nunca quiso decir devolución/retroceso de las prestaciones, sino más bien *inoponibilidad* de dicha transmisión al acreedor demandante y vencedor de rescisión, pero sin negar por ello que el adquirente haya realmente adquirido, y que haya de seguir siendo el verdadero propietario.

En este sentido, lo que la rescisión por fraude supone es la afectación del bien a la responsabilidad del deudor, aunque el bien ya no sea del deudor, desplazando así la regla de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CCiv, conforme a la que todo deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros; la rescisión por fraude hace que también se pueda responder con bienes “pasados” (es decir, que ya son de otro).

En cuanto a la naturaleza y alcance de la rescisión por fraude de acreedores regulada en el Código Civil, es admitido que se trata de una acción de naturaleza personal, y no real: es una acción puesta al servicio de los acreedores, cuyo objeto es proteger a estos frente a los actos de despatrimonialización que su deudor haga en perjuicio de su propia solvencia. Roca Sastre (1935) calificaba el hecho frente al que esta acción protege como un hecho *cuasi delictual*, y la particular restitución que a través de ella puede obtenerse, como la forma de conjurar el perjuicio que legitima su interposición.

El hecho de que se trate de una acción personal, implica, a lo que ahora nos interesa, al menos dos cosas:

- a) Que sus efectos solo benefician al acreedor victorioso de rescisión, y no a los demás. Al no implicar la rescisión un verdadero retroceso prestacional, esto es, una propia reintegración del bien al patrimonio del deudor enajenante, el bien sigue estando fuera del alcance de los demás acreedores, a los que les resulta de perfecta aplicación la regla del artículo 1911 CCiv. La rescisión obtenida por un acreedor solo implica que para ese acreedor, y no para los demás, el bien en cuestión se considera “como si” aún fuera de su deudor.
- b) Que la afeción que genera la rescisión sobre el bien que ha de “restituirse”, no es una afeción con efectos jurídico reales, esto es, no determina la “forma de ser del dominio sobre el bien en cuestión”. Esto es lógico porque la titularidad de un derecho de crédito no supone, para el acreedor, ninguna pretensión jurídico real concreta sobre los bienes del patrimonio de su deudor; tampoco cuando el bien se “recupera” por causa de la rescisión para así evitar el perjuicio que la enajenación supuso al acreedor. Esto significa que:
 - El hecho de que el bien sobre el que recaen los efectos de la rescisión desarrolle sus funciones *activas patrimoniales* en favor de su titular, y

las funciones *pasivas patrimoniales* en favor de su enajenante no es oponible *erga omnes* por su propia naturaleza. Por ello, si los acreedores del dueño del bien quisieran dirigirse frente al mismo para satisfacer sus créditos *ex* artículo 1911, el acreedor del enajenante victorioso de rescisión debe poder hacer valer la afección de ese bien a la responsabilidad de su propio deudor (enajenante) por la vía, no de la tercería de dominio, sino de la tercería de *mejor derecho*.

- En el ámbito del Registro de la Propiedad, la sentencia estimatoria de rescisión es inscribible en el registro, en el folio registral de la finca a la que afecte. Desde ese momento, la vinculación pasiva del bien en favor de una persona distinta de la que aparece como titular registral se hace oponible frente a todos los adquirentes posteriores, pero no se hace oponible frente a los que hayan adquirido *antes* de obtener la rescisión, aunque estos adquirentes hayan inscrito *después* de la sentencia estimatoria de rescisión. Estos adquirentes anteriores, aunque hayan inscrito después, han de poder despojarse de esa inscripción en el correspondiente procedimiento declarativo y, en último extremo, interponiendo tercería *de dominio* en el proceso ejecutivo que el acreedor victorioso de rescisión pudiera iniciar frente al inmueble; si no hacen ni una cosa ni otra, es claro que la inscripción de la rescisión despliega los efectos del artículo 38 LH, y la eventual ejecución del bien por el acreedor victorioso de ella, ha de arrastrar la cancelación de los asientos posteriores. En este sentido, no parece que la inscripción de la sentencia estimatoria de rescisión haya de tener un efecto distinto al de una anotación preventiva de embargo; al fin y al cabo, lo primero es preparatorio de lo segundo¹⁵.
- Finalmente, debe tener presente que la rescisión protege al acreedor del empobrecimiento del deudor enajenante, en el marco de una enajenación en la que el ordenamiento entiende que, entre proteger el interés del acreedor y proteger al adquirente, este último debe ceder. A pesar de los términos en que se expresa el Código Civil, no se produce la rescisión del negocio y como consecuencia de ello la “restitución” del bien, sino al revés: es como consecuencia de la restitución del bien, por lo que el negocio se rescinde/desactiva en la medida necesaria. La rescisión no ataca el contrato sino la concreta disposición perjudicial, lo que significa que no afecta el *status* jurídico real del bien. Es por ello

15 Que la sentencia estimatoria de rescisión sea objeto de *inscripción*, mientras que el embargo lo sea de *anotación*, no justifica por sí solo que las consecuencias registrales de una y otra operación hayan de ser distintas. La naturaleza de la situación publicada es la misma independientemente de cuál haya sido el tipo de asiento que el Legislador hipotecario haya considerado conveniente para que ingrese al Registro. El tipo de asiento por el que una situación accede al Registro puede estar motivada, por ejemplo, por su transitoriedad o por su vocación o no de permanencia, pero no necesariamente por la naturaleza de la situación publicada. La cuestión se ve clara, por ejemplo, con las anotaciones de prohibición de disponer, las cuales, aunque se “anotan”, tienen clara trascendencia jurídico real.

una consecuencia necesaria que, no obstante, la rescisión de una disposición dominical, si los otorgantes de dicha disposición decidieran dejar sin efecto la misma por mutuo disenso, el bien podría volver a ser enajenado a un tercero libre del efecto rescisorio (sin perjuicio de que esta segunda disposición pudiera ser también rescindible atendidas sus propias circunstancias) y, por tanto, sin que el bien quede ya al alcance del acreedor.

BIBLIOGRAFÍA

- Camy Sánchez-Cañete, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Aranzadi Código Civil (CCiv). Artículos :609, 1095, 11101, 1105, 1107, 1100, 1113, 1121, 1123, 1124, 1152, 1154, 1257, 1258, 1290, 1295, 1303, 1504, 1505, 1571, 1911. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (España)
- De Castro, F. (1949). *Derecho Civil de España*. (Tomo I). Instituto de Estudios Políticos.
- Diez- Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. (Tomo II). Civitas.
- García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*. (Tomo III). Imprenta de la Sociedad Tipográfica.
- Gaudemet, E. (1974). *Teoría general de las obligaciones*. Porrúa.
- Larenz, K. (1979). *Derecho Civil. Parte general*. Edersa.
- Ley 60/2003, de 23 de noviembre de 2003, Ley de Arbitraje. Artículos 7, 8, 9, 1 41.a. BOE (A-2003-2346)
- Ley Hipotecaria, s/n de 08 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE, (A-1946-2453)
- Manresa, J. M. (1908). *Comentarios al Código Civil español*, (Tomo X). Imprenta de la Revista de Legislación.
- Meoro, C. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Bosch.
- Navarro Amandi, M. (1891). *Cuestionario del Código Civil*, (Tomo IV). Imprenta de Infantería de Marina.
- Puig- Brutau, J. (1988). *Fundamentos de Derecho Civil*. (Tomo I, Vol. II: *Derecho general de las obligaciones*). Bosch.
- Reglamento Hipotecario. [Ministerio de Justicia] del 14 de febrero de 1947. Decreto por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 mayo del 1982
- Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado del 16 de setiembre de 1996

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1998 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 24 de febrero de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Pastor Ferrer, en nombre de «Centro Empresarial Aragonés, Sociedad Anónima», contra la negativa de don Rafael Rodríguez García, Registrador de la Propiedad de Madrid número 22, a practicar determinadas cancelaciones, en virtud de apelación del recurrente.

Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2012 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar n.º 3 a la constancia registral de incumplimiento de condiciones suspensivas.

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 2020 [Ministerio de Justicia]. Resolución de 6 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Arnedo, por la que se deniega la inscripción de la resolución de una compraventa

Roca Sastre, L. (1954). *Derecho Hipotecario*. (Tomo II, 5ª ed.). Bosch.

Rodríguez-Rosado, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Marcial Pons.

Tribunal Supremo, 02 de junio de 2009. Sala Primera, de lo Civil (STS 410/2009).

VV. AA.(1842). *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. (Tomo III). Imprenta y Litografía de J. Roger.

LESIÓN ENORME EN LA COMPRAVENTA DE
INMUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO. UNA
INVITACIÓN A REPENSAR EL MODELO

*GREAT INJURY IN REAL STATE PURCHASE IN THE
CHILEAN CIVIL CODE. AN INVITATION TO RETHINK
THE MODEL*

*Nathalie Walker Silva**

Resumen¹

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1890 del Código Civil chileno, el reconocimiento de la existencia de lesión enorme por sentencia ejecutoriada otorga al contratante vencido en juicio un derecho de opción a mantener vigente el contrato o a consentir en su rescisión. En este último caso, la parte vencida podrá retener una décima parte del justo precio. Tal posibilidad es solo uno de los problemas planteados por los efectos del ejercicio de este derecho de opción y que motiva las reflexiones que dieron lugar a este trabajo. Otra de las inquietudes que trata el artículo es la posibilidad de extender la rescisión por lesión enorme a los bienes muebles y lo innecesario presencia de una causa legal expresa para corregir la lesión contractual.

Palabras clave: lesión enorme, equilibrio contractual, recepción de la lesión enorme en el Código Civil chileno

Abstract

According to the article 1890 of the Chilean civil code, once the *laesio enormis* is acknowledged by the judge, the contract can either remains valid or become null and void, albeit in a distinctive way. In the last case, the party which was unfair to the other one always keeps a ten percent of the just price. Such possibility is only one of the issues posed by the consequences of the rescission and it motivates the reflections that gave rise to this work. Another concern that the article addresses is the possibility of extending the *laesio enormis* to movable property and the unnecessary presence of an express legal cause to correct the contractual injury.

Key words: *laesio enormis*, contractual balance, transposition of *laesio enormis* in the Chilean civil code

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Chile. Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Santiago. Dirección electrónica: nathalie.walker@unab.cl

1 Algunas ideas de este texto ya se han incluido en Walker Silva (2012).

I. Introducción

En ciertas ocasiones, la necesidad de dinero fuerza a una de las partes a celebrar un contrato en una manifiesta desventaja patrimonial, obligándole a aceptar cláusulas abusivas y pactos que pugnan abiertamente con la licitud que debe reinar en las convenciones. El grado de desarrollo y complejidad de las transacciones económicas ha tenido como resultado que, en la actualidad, gran parte de los contratos celebrados sean de adhesión. En otras circunstancias, aunque no se esté en presencia de un contrato de adhesión, se origina un conflicto entre las partes por la falta de información que aqueja a una de ellas. En tal caso, se produce un inevitable desbalance en el poder negociador, ya que una parte está en mejores condiciones de proponer las cláusulas del contrato, quedando la otra carente de herramientas para objetar la propuesta o proponer otras alternativas.

En el escenario de la realidad moderna, es necesario analizar los contratos bajo la perspectiva del poder negociador de quienes los celebran. Desde hace tiempo la base de la convención libremente discutida por las partes ya no funciona para estructurar una regulación legal, principalmente porque con frecuencia no es real y, cuando lo es, no incorpora el desequilibrio en la información que se maneja.

Por cierto, el contrato de compraventa no está ajeno a ese orden de cosas. En el caso de la lesión enorme, si bien la estructura regulatoria es, en general, protectora de los derechos de ambas partes, contiene algunas normas que se han vuelto obsoletas o son confusas o injustas.

El Código Civil chileno trata la lesión enorme al final de la compraventa, entre los artículos 1888 y 1896. La normativa original del Código en esta materia ha permanecido inmutable desde la entrada en vigencia del mismo². Precisamente por eso, consideramos que el contenido del articulado sobre lesión enorme debe actualizarse, a fin de garantizar la tutela a la equidad que debe reinar en la compraventa, concebida —en su proyección originaria— como un contrato de libre discusión. Así como en materia de protección al consumidor se han generado importantes innovaciones en la tutela a la parte más débil, también es preciso dotar a las normas del Código Civil chileno de una eficacia real y con la amplitud necesaria para resolver los nuevos conflictos que presenta el desenvolvimiento práctico de las convenciones.

2 Una de las pocas modificaciones de relevancia, fuera del Código Civil ha sido incorporada en el Código de Minería, que elimina la posibilidad de alegar lesión enorme en la compraventa o permuta de una concesión minera, debido a que se trata de un contrato aleatorio, en el cual la suerte hace que el desequilibrio en las prestaciones sea un elemento de suyo presente en dicho contrato. [Artículo 170 del Código de Minería: “No hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos de compraventa y de permuta de una concesión o de una cuota o una parte material de ella”]. Otra modificación legal ha sido introducida por la Ley N° 16.742, publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1968, que modifica la Ley General de Urbanismo y construcciones y que, en su artículo 85, señala: “para los efectos del artículo 1889 del Código Civil, en los contratos de compraventa celebrados en cumplimiento de promesas de sitios que formen parte de un loteo hecho conforme a la Ley General de Construcciones y Urbanización, se entenderá que el justo precio se refiere al tiempo de la celebración del contrato de promesa, cuando dicho precio se haya pagado de acuerdo con las estipulaciones de la promesa”.

II. Legitimación activa para demandar la rescisión por lesión enorme en la compraventa

A diferencia del Código Civil francés, el Código chileno otorgó la posibilidad de alegar la lesión tanto al vendedor como al comprador. En este sentido, Andrés Bello se apartó de una larga tradición, que solo otorgaba la acción al vendedor, en cuanto este era el único que celebraba la compraventa por una imperiosa necesidad de dinero³. Siguiendo esta doctrina, el comprador no podía alegar lesión, ya que no puede vislumbrarse en él ninguna necesidad económica. Nadie tendría, en general, necesidad de comprar una cosa y, de llegar a tenerla, no es económica. En esta línea de pensamiento se encuentra Planiol, para quien, si el comprador paga tanto dinero por la cosa es, precisamente, porque lo tiene y porque, en su concepto, la cosa valía lo que pagó por ella. (Planiol en Figueroa 1918). En un sentido diverso, se pronuncia Pothier, para quien el origen de la lesión se encuentra también en el resguardo de la equidad (1821).

Consideramos que Andrés Bello hizo bien en dar acción rescisoria tanto al vendedor como al comprador. Al optar por esta vía, siguió el camino trazado por Pothier, para quien la lesión enorme no solo encuentra su origen en la Roma antigua, sino que encuentra también fundamento en la naturaleza de los contratos conmutativos, en los cuales las partes entienden dar y recibir un equivalente y si no lo dan o reciben recíprocamente, deberá rescindirse el contrato sin importar quién resulte perjudicado (Pothier, 1821; Alessandri Rodríguez 2003; Alessandri Besa 2008).

III. ¿Cuándo sufren las partes lesión enorme en la compraventa?

El artículo 1889 del Código Civil chileno nos indica cuándo las partes sufren lesión enorme:

[...] el vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. (2) El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Una primera crítica que puede hacerse a la norma transcrita es de tipo morfosintáctico. A primera vista, resulta difícil comprender con exactitud su contenido, debido al orden abstruso de las palabras. Consideramos que el artículo hubiese ganado en claridad con una estructura más simple, de este modo: “El vendedor sufre lesión enorme cuando recibe menos de la mitad del justo precio de la cosa;

3 Así se reconoce en la tradición iniciada en el Derecho romano postclásico, con las Leyes 2 y 8, de *Rescindenda venditione*, las cuales solo daban acción rescisoria al vendedor (Al respecto, véase Walker, 2017). En tal sentido, una de las explicaciones más interesantes para el origen remoto de la lesión señala que tales leyes fueron una medida para proteger a los pequeños propietarios romanos de la crisis que sacudió al imperio romano en el siglo III d.C. Producto de esa crisis, ocasionada por las guerras, los propietarios se habrían visto obligados a vender sus tierras a muy bajos precios. Adhiere a esta doctrina Manuel Abril Campoy, aunque considera que el fundamento de la rescisión está en un conjunto de condicionantes, no solo en razones económicas y sociales (Abril Campoy, 2003, p. 21).

y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando paga más del doble del justo precio de la cosa. (2) El justo precio se refiere al tiempo de la celebración del contrato”.

Ya en un ámbito de fondo, es preciso destacar que, para determinar la existencia de lesión enorme, será siempre necesario recurrir a la noción de justo precio. El Código chileno no define qué deberá entenderse por justo precio; es tarea del juez determinarlo en cada caso particular. En tal sentido, es frecuente que el juez tome, como primer dato referencial, el avalúo fiscal del inmueble, pero es muy usual que también se haga auxiliar por peritos tasadores de bienes raíces, quienes emiten un informe que contiene las características de la propiedad que, en conjunto, arrojan un valor más o menos preciso.

La noción de justo precio ha sido generalmente entendida por la doctrina y jurisprudencia nacional como el valor de mercado que tiene un bien raíz. Es por eso que en los juicios rescisorios por lesión enorme adquieren tanta importancia los peritajes, puesto que los valores de las propiedades no son fijos, sino que es necesario que el perito haga la tasación correspondiente, la que el juez tendrá como sustento básico para establecer si hubo o no lesión (Walker, 2012). En ese entendido, la jurisprudencia ha fallado que

[...] en nuestro derecho no puede concluirse que el justo precio es el valor intrínseco de lo vendido, sino el valor real que la cosa tiene en el momento del contrato, que no es otro que el que regula la oferta y la demanda en relación con la valorización actual del dinero y con el interés por la adquisición de los terceros. Queda excluido el valor de afección, y su posible valor intrínseco no tiene influencia decisiva. Para determinar el justo precio de la compraventa, y decidir si hubo lesión enorme en el contrato que se pretende rescindir, debe entregarse el valor mismo del bien materia de la negociación a la época del contrato (Corte Suprema, Caso Patricio Eugenio Díaz Broughton y otros vs. Inmobiliaria Plamher S.A, 21 enero 2009).

También se ha agregado que, en general, el solo avalúo fiscal de la propiedad no es suficiente para acreditar el justo precio, sino que se requiere también una tasación practicada en el marco del juicio en que se discute la existencia de lesión enorme (Corte de Apelaciones de Valparaíso contra Raúl Opazo, 10 diciembre 2004, Considerando 8º).

Aquí nos situamos en el punto crucial de la asimetría de la información. El Código solo exige, para sancionar la lesión enorme, que haya una desigualdad entre las prestaciones que supere el límite legal. Y esa desigualdad es provocada, precisamente, porque una de las partes no tiene todos los conocimientos necesarios para asignarle un valor a la cosa, ya sea al comprarla o venderla. Por eso es común que, en los juicios en que se alegue la existencia de lesión, la parte perjudicada adquiera un conocimiento acabado del valor de mercado de la cosa solo con posterioridad a la celebración de la compraventa y, por esta misma circunstancia, reclame haber sufrido lesión.

A diferencia del Código Civil peruano (1447-1456), el chileno contiene una regulación de la lesión de tipo objetiva: bastará con probar, en el juicio respectivo,

que se ha sobrepasado el límite admisible de desigualdad en las prestaciones, sin ser necesario indagar en las causas que provocaron el desequilibrio en las prestaciones. En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha dicho que: “para las concepciones clásicas, en que se inspira nuestro Código, la lesión [...] es un vicio del contrato provocado por el desequilibrio en las prestaciones, que debe ser analizado con carácter objetivo y matemático [...]” (Corte de Apelaciones de Santiago, Caso Watkins Sepúlveda con Watkins Sepúlveda, 24 junio 2004).

IV. El derecho de opción del contratante vencido en juicio por lesión enorme

Dispone el artículo 1890 del Código Civil lo siguiente:

El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en ese mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. (2) No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

El Código chileno se apartó deliberadamente de la tradición anterior —recogida en las partidas, y que pasó, por ejemplo, a las obras de Sala (1820) y Pothier—, en cuanto no consideró la lesión como un vicio del consentimiento. No se alude a la fuerza ni al engaño, sino que basta con probar, en el juicio, que se ha sobrepasado el límite admisible de desigualdad en las prestaciones. Se ha regulado la lesión con carácter objetivo, sin que fuese necesario indagar en las causas que provocaron el desequilibrio en las prestaciones, sino solo determinar la desigualdad mediante un cálculo matemático⁴. Quizá sea por esa intención de apartarse de las fuentes que Bello eliminó el artículo 1638 del Proyecto de 1853, norma que consagraba la lesión como *vicio* en los contratos conmutativos⁵. En esa misma senda, eliminó también el artículo 1629 del mismo Proyecto, que consideraba como vicios del consentimiento al error, la fuerza, el dolo y la lesión.

El artículo 1890, inciso 1º, otorga un derecho de opción al contratante contra quien se ha pronunciado la rescisión. Ese derecho

[...] consiste —en el caso del comprador— de consentir en la rescisión, o de restituir el exceso del precio recibido por sobre el justo precio, aumentado éste en una décima parte. Y en el caso del vendedor, de aceptar la rescisión del contrato

4 En este aspecto, es necesario atender al límite del precio irrisorio, ya que, si el precio pagado o recibido es tan bajo para llegar a ese extremo, simplemente no hay venta, por no darse cumplimiento a un requisito de existencia del contrato.

5 Refiriéndose a esta norma, Italo Merello indica que: “no se ve en este precepto referencia a ningún tipo de móvil que actúe como acicate de la voluntad de la víctima explotada por la lesión: no hay indicación subjetiva de causas. Basta la pura existencia objetiva de un determinado arco de desequilibrio patrimonial para que actúe como causa rescisoria, sin que se exija en absoluto que la violación a la justicia conmutativa se haya llevado a cabo por candidez, apremio, impericia u otras circunstancias. Igual que en el tratamiento de la lesión en la compraventa [...] sólo se destaca una relación de desequilibrio entre el valor de las prestaciones de las partes” (Merello, 1979, p. 104).

—dándose los efectos propios de la nulidad de la compraventa—, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado este último en una décima parte (Walker, 2012, p. 303).

El derecho de opción está establecido como una condición potestativa —además de una obligación facultativa⁶— que depende del solo arbitrio del contratante que ha lesionado al otro. No se otorga a la víctima de la lesión. Se trata de un derecho que deberá ser ejercido solo una vez que se establezca, por sentencia ejecutoriada, la existencia de lesión enorme. Antes de eso, solo existirá una probabilidad de lesión, la que solo se transforma en certeza con la sentencia firme obtenida en el proceso judicial respectivo (Walker, 2012).

V. Consecuencias del derecho de opción

Una primera alternativa con que cuenta el contratante vencido es, según el citado artículo 1890, “consentir” en la rescisión. Entendemos que el sentido en que Bello utilizó la palabra consentir es que el vencido en juicio por lesión enorme tiene la opción de mantener vigente el contrato, pero también la posibilidad de resignarse a que los efectos de la rescisión allí establecida se produzcan.

Al asimilar esta rescisión a una nulidad, es aplicable el artículo 1687, en cuanto restituye a las partes “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”. Deberán, por tanto, aplicarse las reglas generales sobre nulidad, salvo que —por un principio de especialidad— la ley las modifique. Esto último sucede en lo dispuesto por el artículo 1895, que ordena al comprador que deba restituir la cosa y purificarla previamente de los derechos reales constituidos sobre ella. La norma constituye una clara excepción a los efectos generales de la nulidad, puesto que el efecto retroactivo no es tan intenso como para hacer desaparecer *ipso iure* los demás derechos reales que existen sobre la cosa. Con ello se busca proteger los derechos adquiridos por los terceros, sin sujetarlos a la incertidumbre de la declaración de nulidad de actos celebrados tiempo atrás sobre la cosa.

Tal como establece el inciso segundo del artículo 1890, “no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato”.

En materia de frutos, este artículo considera al contratante vencido como poseedor de buena fe, ya que, hasta entablarse la acción de rescisión, el comprador ignoraba la existencia de una desigualdad intolerable en las prestaciones. No es más que una aplicación del concepto de buena fe consagrado en el artículo 706. Y es, también, una excepción al artículo 907, inciso 3º, que exime al poseedor de

6 De esta manera opina Baudry-Lacantinerie, quien dice: “Una vez pronunciada la rescisión, el comprador está obligado a restituir el inmueble vendido, pero es libre para evitar esa restitución pagando el suplemento del justo precio con la deducción establecida. En cuanto al vendedor, no puede exigir este suplemento, cuyo pago es una simple facultad para el comprador. La obligación que éste tiene, después que se ha pronunciado la rescisión no es una obligación alternativa [...] es una obligación facultativa” (Baudry-Lacantinerie: *De la vente*, número 726, p. 728, en Alessandri Rodríguez, 1918, p. 1131).

buena fe de restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. El artículo 1890, en cambio, se basa en la interposición de la demanda, no en su contestación.

Respecto de los intereses, estos solo se deben desde la fecha de la demanda⁷; en consecuencia, desde el tiempo que media entre la celebración del contrato y la demanda, nada se debe por este concepto.

Una segunda alternativa que otorga el artículo 1890 al contratante vencido es que posibilite el margen de igualdad deseado por la ley. En caso de que el contratante vencido opte por restablecer el justo equilibrio en la contratación, hace desaparecer con ello la causa para alegar la rescisión y, por tanto, los efectos del contrato pueden mantenerse. Esto implica, en primer lugar, que el comprador podrá conservar la cosa comprada y, si es el vendedor quien ha sufrido la lesión, podrá obtener un precio justo por la cosa que vendió.

Siendo el comprador el contratante vencido en el juicio, podrá completar el justo precio con deducción de una décima parte. Al contrario, si resulta vencido el vendedor —por haber sido él quien provocó la desigualdad—, podrá restituir el justo precio aumentado en una décima parte.

¿Por qué existe esa diferencia de un décimo del precio, que conservan las partes y no restituyen a la otra? La diferencia del diez por ciento que las partes pueden conservar para sí, se ha explicado en doctrina porque ese margen consiste en la *legítima ganancia* que los contratantes pueden adquirir producto de la venta, ya que se reconoce como natural el que las cosas no se compren con exactitud al precio que realmente valen⁸. Tal diferencia, fundada en una supuesta legítima ganancia de las partes, resulta improcedente y, como veremos más adelante, problemática.

Dicha ganancia es improcedente, porque si se ha pronunciado la rescisión de la venta por sentencia firme, es porque ha habido tal desigualdad en las prestaciones, que la ley da la posibilidad a la parte afectada de retrotraer los efectos del contrato al estado anterior a la venta. Ha existido una diferencia tan grande entre las prestaciones de ambas partes que se ha tornado intolerable, y por eso la ley la sanciona.

En tal sentido, es curioso que luego, la misma ley —viniendo contra su acto propio— permite, al que ha causado la lesión, conservar una ganancia que es de suyo ilícita. Dicho de otro modo,

[...] ese margen de un décimo resulta injusto, porque proviene del perjuicio experimentado por una parte y que sólo se hubiese justificado al proceder

7 Si nada se ha estipulado, se deberán los intereses legales, que son los que operan por defecto, según el artículo 2207 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 18.010.

8 Así, a modo ejemplar, el autor Carlos Tolosa se pregunta: “¿Qué fundamento tiene el aumento o la disminución de la décima parte a que alude este artículo, según se trata de restituir al comprador o al vendedor? La única razón que se da y que se conoce es la que se hizo valer en el Consejo de Estado Francés: ahí se dijo que esa décima parte representaba el legítimo beneficio del comprador, que seguramente no habría comprado si no hubiera tenido en vista algún beneficio ya que casi nunca se compra una cosa en su valor exacto” (Tolosa, 1926, p. 30).

de un contrato celebrado en condiciones mínimamente equitativas, y no es el caso. Si el fundamento último para sancionar la lesión enorme es la equidad, no parece equitativo el posibilitar que la parte que ha provocado la lesión pueda restablecer un equilibrio parcial en las prestaciones, al conservar una décima parte por concepto de ganancia. No puede haber ganancia legítima si proviene del empobrecimiento intolerable de la parte afectada por la lesión (Walker, 2019, p. 266).

Asimismo, se trata también de una diferencia problemática, porque es inductiva a error. La frase utilizada por el artículo al referirse a la opción del vendedor es ambigua. El artículo 1890, inciso 1,^o establece, en la parte referida: “y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”. Esta frase puede ser entendida de dos maneras, que nos conducen a soluciones bastante diferentes.

Una primera alternativa sería considerar que lo que se aumenta es el justo precio y ese resultado a su vez se resta de lo recibido. Así, si el justo precio es 100 y el comprador ha pagado 210, el justo precio debe ser aumentado en una décima parte (110) y esto se resta a los 210 recibidos por el vendedor. Es decir, este último devuelve 100.

Una segunda posibilidad implica interpretar que el aumento de un décimo a que se refiere la norma, se aplica sobre “el exceso del precio recibido sobre el justo precio”. Tomando los datos anteriores, si el justo precio es 100 y el exceso del precio recibido sobre el justo precio es 110 (210-100), debemos aumentar esta cifra en un décimo, con lo que concluimos que el vendedor ya no restituye 100, sino 121.

Ilustremos un poco mejor el ejemplo dado: si Pedro es el vendedor, ha sufrido lesión enorme porque vendió el predio en 40 millones, en circunstancias de que el justo precio es 100 millones. Como se ha decretado la rescisión, si Juan (comprador) quiere mantener los efectos del contrato, deberá pagar a Pedro 50 millones. Tal cantidad resulta al restarle al justo precio un décimo (quedando 90 millones), menos la cantidad efectivamente pagada (40 millones). Por otro lado, si quien sufre la lesión enorme es ahora Juan, significa que él ha pagado más de 200 millones. Pensemos que pagó 210. Para que Pedro pueda mantener vigentes los efectos del contrato, deberá restituir al comprador 100 millones. Dicha cifra resulta de aplicar en forma correcta lo dispuesto en el artículo 1890, inciso 1^o, que impone al vendedor la obligación de “restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”. Ello significa que primero hay que establecer a cuánto asciende “el justo precio aumentado en una décima parte” — que son 110 millones —, para luego proceder a restarlos del precio pagado por el comprador (210 millones-110 millones), dando el resultado final de 100 millones.

Una simple corrección al inciso primero del artículo 1890 implicaría agregar una coma luego de la palabra “precio” y adicionar la palabra “este” luego de “aumentado”. En ese orden de cosas, dicho inciso quedaría redactado en los

siguientes términos: “El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en ese mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio [,] aumentado [este] en una décima parte”.

A nuestro juicio, la norma sería menos conflictiva si permitiera restablecer a las partes al estado anterior, sin la posibilidad de conservar la ganancia de la décima parte. De ser así, si fuese el vendedor quien experimentara la lesión enorme —al vender a menos de la mitad del justo precio—, el comprador eliminaría la lesión al sumar lo que falte para completar el justo precio. Y al revés, si fuese el comprador el lesionado, el vendedor podría evitar los efectos de la rescisión devolviéndole al primero lo recibido en exceso del justo precio.

VI. Clases de bienes que pueden ser objeto de la compraventa rescindida

Señala el artículo 1891 del Código Civil chileno que: “No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia”. Por ende, la acción solo tiene cabida en las compraventas voluntarias⁹ de bienes inmuebles, con la calificada excepción de las concesiones mineras.

Consideramos que el contenido del articulado que corrige las consecuencias de la lesión enorme debe actualizarse, a fin de garantizar la tutela a la equidad que debe existir en la contratación. Así como en materia de protección al consumidor se han generado importantes innovaciones en la tutela a la parte más débil, también es preciso dotar a las normas del Código Civil de una eficacia real y con la amplitud necesaria para resolver los nuevos conflictos que presenta el desenvolvimiento práctico de las convenciones.

Es cierto que existe un fundamento histórico para la restricción de la acción rescisoria a los bienes raíces, que —aunque no del todo claro— suele vincularse con el derecho romano postclásico y la necesidad de proteger a los propietarios de tierras de las consecuencias de la crisis que sacudió al imperio en el siglo III d. de C. Por otro lado, y en el ámbito interno que nos rige, está también presente el argumento de la importancia de estos bienes al momento de entrar en vigencia el Código Civil chileno. A este respecto, basta solo leer el mensaje del mismo y ver cuántas veces se menciona allí los bienes inmuebles; o examinar el cuidado con que don Andrés Bello reglamentó la forma de transferencia y transmisión de los bienes raíces para deducir la relevancia económica que tenían esa clase de bienes en aquella época.

Sin embargo, hace ya tiempo que la tutela preferente a los bienes raíces ha perdido su fundamento. Para nadie es un misterio que hoy en día los bienes muebles pueden tener igual o mayor importancia económica que los bienes raíces. Así ocurre, por ejemplo, con las acciones de algunas compañías que se transan en bolsa;

⁹ Para las ventas forzadas existen otras reglas, situadas en los artículos 479 a 517 del Código de Procedimiento Civil chileno y en la actual Ley 20720, Títulos 2 y 3 (la cual sustituyó a los anteriores artículos 120 a 130 del Título IX, Libro IV, Código de Comercio).

o de ciertos automóviles de lujo, cuyo precio puede alcanzar y superar fácilmente al de un inmueble; o las obras de arte, que no pocas veces se venden a precios exorbitantes. Lo mismo ocurre con las joyas y un largo etcétera.

La extensión de la protección al equilibrio contractual en los negocios que engendran obligaciones de dar o entregar bienes muebles es un tema pendiente en el derecho común. Con más importancia de la que el propio Andrés Bello hubiese podido vislumbrar en el mensaje del Código Civil chileno, en donde expresa que “la práctica descubrirá sin duda defectos en la ejecución de tan ardua empresa — la de redactar el Código—; pero la legislatura podrá fácilmente corregirlos [...]”. Pues bien, dicha corrección no ha sido fácil y, si la ampliamos a tantos otros temas en que la ley no logra recoger la evolución práctica de las instituciones, parece, en retrospectiva, más bien una ironía de Bello que la predicción de un futuro auspicioso.

La intensificación de la tutela a los bienes muebles, ya sea en materia de acciones rescisorias o de reducción equitativa de las prestaciones contractuales para disminuir el margen de desequilibrio (conocida históricamente como *reductio ad aequitatem*) es un tema relevante, aunque muy poco discutido en la doctrina chilena. En torno a la ampliación de las hipótesis de rescisión por lesión enorme y de reducción equitativa, destaca la opinión favorable del profesor Carlos Ducci (2005) y, más recientemente, de la profesora Patricia López (2015). En nuestro caso, además de adherir al fondo de esta tesis, planteamos la conveniencia de discutir en torno a la extensión de la tutela a los bienes muebles, en materia rescisoria y correctiva del desequilibrio originario, en el ámbito del Código Civil.

En tiempos de la interesante revisión de los vínculos entre política y derecho, que ha surgido a raíz de la discusión en torno a la futura Constitución chilena, bien puede ser útil el ejercicio de replantearse la necesidad y conveniencia de mantener la tutela preferencial que el Código Civil ha conferido por tanto tiempo a los bienes raíces. Nuestra intuición nos indica que el visitar este tema con otros enfoques puede traer aires renovados a una materia que, hasta hoy, parece escrita en piedra.

VII. La corrección de la lesión contractual, ¿requiere de causales expresas y taxativas para operar?

Una primera conclusión que obtenemos sobre este punto es que los supuestos de rescisión convencional son inadmisibles. El consentimiento mutuo no debe ser considerado rescisión, porque no comparte ninguno de sus fundamentos: no hay un perjuicio derivado del desequilibrio patrimonial, ni un atentado a la buena fe, sino el simple deseo de poner fin a un contrato que ya no satisface los intereses de las partes, independientemente de las causas que puedan estar detrás de esa motivación.

Una segunda conclusión adoptada, luego de una ardua reflexión sobre este tema —y en contra de la opinión mayoritaria— es que no existe necesidad de una causa legal expresa para corregir la lesión contractual. ¿Por qué?

En primer lugar, porque el Código Civil chileno no ha prohibido la corrección del desequilibrio contractual fuera de los casos expresamente regulados. El que la ley se haya limitado a regular las consecuencias de la lesión en una serie de supuestos no implica que haya prohibido extender su aplicación a casos análogos en donde exista un desequilibrio contractual que pugne con la equidad y la buena fe.

En segundo lugar, sostenemos que no es preciso invocar una causa legal para corregir la lesión porque los fundamentos para regular de manera expresa a ciertos supuestos rescisorios son la equidad y la buena fe. Tales principios son hasta tal punto relevantes en la celebración de un negocio que, en aquellos casos en que ellos se vulneren, debe permitirse al juez revisar el contenido del contrato si alguna de las partes así lo ha solicitado, a fin de eliminar el perjuicio causado. Esto se traduce, por ejemplo, en la aplicación extensiva de la lesión a los contratos aleatorios en aquellos casos en que sea posible acreditar la existencia de lesión, procediendo a aplicar la *reductio ad aequitatem*.

En efecto, existen casos expresamente reglamentados en el Código Civil en que no se permite ejercitar una acción rescisoria frente a la existencia de lesión enorme, pero en los cuales sí se otorga al perjudicado la posibilidad de obtener una reducción de la prestación (*reductio ad aequitatem*) para restablecer el equilibrio perdido. Tal reducción, al igual que acontece en la regulación de la lesión enorme en la compraventa y en todos los demás casos legales en que se corrige la presencia de lesión, está basada en el criterio *ultra dimidium* (más de la mitad del justo precio).

El negarse a la posibilidad de corregir el desequilibrio comercial fuera de los supuestos expresamente previstos en la ley no es algo que parezca acorde a los mínimos dictados a que obliga la justicia. Esto no implica que tal posibilidad se transforme en una facultad discrecional del juez, puesto que siempre deberá proceder a corregir las inequidades del contrato a petición de parte.

En cualquier caso, por una razón de certeza jurídica, postulamos que es necesario mantener la medida tradicional del criterio *ultra dimidium* para el cómputo del perjuicio en aquellos casos en que se pretenda corregir la lesión y que no estén expresamente reglados, aplicando por analogía el criterio contenido en estos últimos.

Las desproporciones menores a ese rango debieran ser consideradas como tolerables en la contratación, a fin de mantener la coherencia interna del sistema de remedios dispuesto en el Código Civil.

VIII. Conclusiones

1. En la regulación de la rescisión por lesión enorme presente en el Código Civil chileno (artículos 1888 a 1896) existen algunas normas que presentan dificultades desde el punto de vista morfosintáctico, que ganarían en claridad con una redacción más sencilla.
2. La posibilidad que tiene el contratante vencido en juicio por lesión enorme, de conservar una ganancia de un décimo, es problemática e improcedente. Es problemática porque, sobre la base de la redacción del artículo

1890, puede entenderse de dos formas que llevan a cálculos distintos. Es improcedente, porque con ello la ley permite que el contratante vencido obtenga un beneficio pecuniario que proviene de un gran perjuicio patrimonial del otro.

3. La normativa del Código Civil sobre lesión enorme requiere de una modificación que la actualice y adecúe a las exigencias de la contratación actual.
4. La importancia económica actual de los bienes muebles hace necesario reflexionar en torno a la eventual extensión de la rescisión por lesión enorme a esa clase de bienes.
5. Los supuestos de rescisión convencional son inadmisibles. El consentimiento mutuo no debe ser considerado rescisión, porque no comparte ninguno de los fundamentos que sustentan a esta.
6. No existe necesidad de una causa legal expresa para corregir la lesión contractual. Negarse a la posibilidad de corregir el desequilibrio negocial fuera de los supuestos expresamente previstos en la ley no es algo acorde a los mínimos dictados a que obliga la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abril Campoy, J.M. (2003). *La rescisión del contrato por lesión –Enfoque doctrinal y jurisprudencial–*. Tirant lo Blanch).
- Alessandri Rodríguez, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta* (Tomo II, Vol.2)(Imprenta – Litografía Barcelona.
- Alessandri Besa, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Tomo II). (3ª ed.) Editorial Jurídica de Chile.
- Código de Minería Chileno. Artículo 170.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 2004. Ana María Watkins Sepúlveda con Juan Watkins Sepúlveda (ROL 6920-1999).
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 10 de diciembre de 2004. Contra Raúl Opazo (ROL 1230-2003).
- Corte Suprema de Chile, 21 de enero de 2009. Patricio Eugenio Díaz Broughton y otros con Inmobiliaria Plamher S.A. (ROL 3329-2007).
- Ducci Claro, C.(2005). *Derecho Civil. Parte general*. (4ª ed., reimpresión). Editorial Jurídica de Chile.
- Figueroa Anguita, H. (1918). *De la lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile. Imprenta Fénix.
- Ley N° 16.742, que modifica la Ley general de construcciones y urbanización, 8 de febrero de 1968. Diario Oficial. (Chile).
- Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito y otras obligaciones de Dinero que indica, 27 de junio de 1981. Diario Oficial (Chile).
- López Díaz, P.V. (2015). El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno Derecho de las obligaciones en la dogmática nacional. *Revista Chilena de Derecho Privado* 25, 115-181.
- Merello Arecco, I. (1979). Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil chileno . *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*,4, 89 -117.
- Pothier, R.J. (1821). *Traité du contrat de vente, Oeuvres complètes*, (Tomo XIII). Chez Thomine et Fortic, Libraires.

- Sala, J. (1820), *Ilustración del Derecho Real de España* (Tomo II, 2ª ed. corregida y adicionada por su autor y arreglada la cita de leyes a la Novísima Recopilación). Librería de Martínez.
- Walker, N. (2012). Derecho de opción del contratante vencido en juicio por lesión enorme. Orígenes e interpretación del artículo 1890 del Código Civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39 (2), 297- 312.
- Walker, N. (2017). Las leyes *de rescindenda venditione* y la configuración originaria de la rescisión del contrato por lesión enorme. *Revista Ars boni et aequi* 13 (2),131-156.
- Walker, N. (2019). *La rescisión por lesión en el Código Civil chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades*. Tirant lo Blanch.

**OCUPACIÓN ILEGAL INMOBILIARIA.
TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
ESPAÑOL***

***ILLEGAL REAL ESTATE OCCUPATION.
TREATMENT IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM***

*M^a del Rosario Díaz Romero***

Resumen

La realidad actual, tras la situación de crisis económica y social agravada por las circunstancias generadas por la COVID-19, exige una revisión inmediata y eficaz de la regulación de las situaciones de ocupación ilegal de viviendas. Las vías pueden ser administrativas, policiales o judiciales, pero amparadas por una normativa clara y eficaz, que permita el desalojo de los inmuebles ocupados de forma inmediata tras requerirlo el poseedor legítimo, que presente título suficiente, frente al ocupante sin título alguno.

Las verdaderas situaciones especialmente vulnerables, de personas en estado de necesidad y sin recursos, deben solucionarse por la Administración, con inmuebles sociales, que deberían tener disponibles para estas circunstancias.

Palabras claves: Posesión inmobiliaria, ocupación ilegal, protección legal y sumaria.

Abstract

The current reality, after the situation of economic and social crisis aggravated by the circumstances generated by COVID-19, requires an immediate and effective review of the regulation of illegal occupation of homes.

The routes can be administrative, police, judicial, but protected by clear and effective regulations, which allow the eviction of occupied properties immediately after the legitimate owner, who presents sufficient title, against the occupant without any title.

The real especially vulnerable situations, of people in need and without resources, must be solved by the Administration, with social buildings, which they should have available for these circumstances.

Key words: Real estate possession, illegal occupation, legal summary protection

* Algunas de estas ideas ya se desarrollaron en Díaz Romero (2022)

** Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Campus de Cantoblanco. C/ Kelsen 1. 28049. Madrid. Teléfono: 91 497 7499. Email: rosario.diaz@uam.es

I. Introducción

La ocupación ilegal de inmuebles se ha incrementado tras la pandemia del COVID-19. Los motivos de la ocupación de viviendas son de muy diversa índole y aunque algún sector de la población alega que los ocupantes pertenecen a un sector social en el umbral de la pobreza y sin recursos económicos para subsistir y solventar sus necesidades básicas vitales, lo cierto es que esta no es la percepción de la mayoría de la sociedad, sobre todo la de los propietarios perjudicados que ven vulnerado su derecho de propiedad y que, incluso, se ven privados de su vivienda habitual.

Asimismo, los vecinos de los denominados “okupas” ven en peligro el uso y disfrute de sus viviendas e, incluso, de su integridad física, por las actuaciones y actividades peligrosas, insalubres y violentas de los “okupas”.

Los propietarios y vecinos que sufren esta situación de ocupación ilegal, coinciden, en la mayoría de los casos, en denunciar que las circunstancias de la ocupación y de los ocupantes no corresponden a estados de necesidad y vulnerabilidad sino a meras ideologías en contra de la propiedad individual y políticas de solidaridad colectiva.

Al margen de las ideologías o motivaciones políticas, lo cierto es que en un Estado de derecho debe primar el respeto a la ley, a los derechos protegidos de los ciudadanos, y también, desde luego, la ayuda a la población en estado de necesidad, conforme a la normativa y los protocolos aplicables a sectores de la población necesitados de ayudas por parte de la Administración.

El supuesto de la ocupación ilegal debe, por tanto, observarse y tratarse desde tres perspectivas: jurídico-penal, jurídico-civil y político-social.

Actualmente, nuestra normativa no protege adecuadamente a los afectados, por lo que es necesario hacer reformas que aporten soluciones en su integridad, siendo sensibles, igualmente, con las personas en situación de necesidad, pero desde el respeto a la normativa vigente, que, por supuesto, debe adaptarse a la realidad social en que debe ser aplicada. Desde esta óptica se ofrece esta revisión de la normativa jurídico-civil y penal sobre la materia, derivada de la norma constitucional, y una reflexión-propuesta de *lege ferenda*, que ya está en la mente de los partidos políticos en España, a espera de su refrendo en el Parlamento, para que los jueces puedan actuar de una forma rápida y efectiva ante los conflictos generados por las situaciones de ocupación ilegal.

II. Regulación de la posesión y su defensa por el Código Civil

La protección de los bienes inmuebles en la vía civil se realiza mediante procedimientos de tutela sumaria de la posesión, un proceso en teoría rápido, breve y sencillo, regulado en el art. 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), son los llamados interdictos, derivados de los artículos 441, 444 y 460 del CC, o del desahucio por precario, “con fundamento en el derecho a la posesión real del titular, con las consecuentes facultades de exclusión y de recuperación posesoria, derivados del CC” (Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 13^a. Sentencia N^o 446/2008, fundamento tercero), que protege el derecho del legítimo poseedor frente al ilegítimo, clandestino o violento, si se reclama en el plazo de un año.

2.1. Protección interdictal del Código Civil y la LEC

Los medios de defensa de la posesión se han venido realizando por los medios que las leyes de procedimiento establecen, tradicionalmente a través de los denominados interdictos y fundamentalmente mediante el interdicto de recobrar cuando ha habido despojo.

Según establece el Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889):

Artículo 441. En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Artículo 444. Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.

Artículo 460.4. El poseedor puede perder su posesión: 4. Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 7 de enero) es la que se encarga de dar desarrollo a la ley sustantiva, a través del procedimiento de tutela sumaria de la posesión, para agilizar y simplificar los trámites y evitar lo antes posible la perturbación de la posesión.

Según el artículo 250.4 de la LEC:

1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera sea su cuantía, las demandas siguientes:

4.º Las que pretendan la 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.

Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.

2.2 Reforma introducida por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas.

La protección de la posesión de un inmueble destinado a vivienda, contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue modificada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, con la intención de acortar plazos y agilizar el procedimiento en el caso de viviendas de particulares, interponiendo el ejercicio del interdicto de recobrar la posesión, y permitiendo la recuperación de la vivienda en un plazo muy corto desde que llega a conocimiento del juez, aportando título legítimo.

Según la Ley 5/2018, de 11 de junio:

Artículo único. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

Uno. Se adiciona un nuevo apartado 4 al artículo 150 con el contenido siguiente:

«4. Cuando la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados».

Dos. Se modifica el numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, que pasará a tener la siguiente redacción:

«4.º Las que pretendan la 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.

Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social.»

Tres. Se añade un nuevo apartado 3 bis al artículo 437, con la siguiente redacción:

«3 bis. Cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, aquella podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación. A la demanda se deberá acompañar el título en que el actor funde su derecho a poseer».

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 441, con la siguiente redacción:

«1 bis. Cuando se trate de una demanda de recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquella. Se podrá hacer además a los ignorados ocupantes de la vivienda. A efectos de proceder a la identificación del receptor y demás ocupantes, quien realice el acto de comunicación podrá ir acompañado de los agentes de la autoridad. Si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados.

Si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda.

En todo caso, en la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan».

Cinco. Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 444, con la siguiente redacción:

«1 bis. Tratándose de un caso de recuperación de la posesión de una vivienda a que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del artículo 250, si el demandado o demandados no contestaran a la demanda en el plazo legalmente previsto, se procederá de inmediato a dictar sentencia. La oposición del demandado podrá fundarse exclusivamente en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor. La sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el artículo 548».

Disposición adicional. Coordinación y cooperación entre Administraciones públicas

1. Las distintas Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, incorporarán, en los protocolos y planes para garantizar políticas públicas en materia de vivienda, medidas ágiles de coordinación y cooperación, especialmente con los responsables de los servicios sociales en el ámbito autonómico y local, al objeto de prevenir situaciones de exclusión residencial y para que resulte eficaz la comunicación prevista en el apartado 4 del artículo 150 y en el apartado 1 bis del artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a fin de dar respuesta adecuada y lo más inmediata posible a aquellos casos de vulnerabilidad que se detecten en los procedimientos conducentes al lanzamiento de ocupantes de viviendas y que exijan actuaciones previas y coordinadas de las administraciones competentes.
2. Estos protocolos y planes garantizarán la creación de registros, al menos en el ámbito territorial de cada comunidad autónoma, que incorporen datos sobre el parque de viviendas sociales disponibles para atender a personas o familias en riesgo de exclusión.

III. Tratamiento jurídico penal de la ocupación ilegal de vivienda

3.1. Delito de usurpación frente al delito de allanamiento de morada

La ocupación ilegal de vivienda es un supuesto de tenencia o posesión de un bien de manera ilegal, sin título que la legitime y en contra de la voluntad del propietario o poseedor con título o derecho.

El Código Penal (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre) contempla esta situación como tipo del delito de usurpación en el artículo 245 y como tipo del delito de allanamiento de morada en el artículo 202, como medida evidentemente desalentadora del movimiento de la denominada ocupación (Sentencia del Tribunal Supremo 5 de diciembre de 2005).

Según el artículo 202 CP:

1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

En virtud del artículo 245 CP:

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, la pena de prisión de uno a dos años, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.
2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Sin embargo, son delitos que en tema de ocupación ilegal no se aplican con rigor y tienen escasa eficacia en los tribunales, si no concurren todos los requisitos exigidos para su aplicación, tal y como puede observarse en la STS 800/2014, 12 de noviembre 2014, que entiende:

“Los delitos de usurpación, tipificados en el Capítulo V del Título XIII del Código Penal de 1995, constituyen una modalidad de delitos patrimoniales que tutelan específicamente los derechos reales sobre bienes inmuebles.

En ellos el bien jurídico protegido es el patrimonio inmobiliario, y como delitos patrimoniales la lesión del bien jurídico requiere que se ocasione un perjuicio al titular del patrimonio afectado, que es el sujeto pasivo del delito.

La modalidad delictiva específica de ocupación pacífica de inmuebles, introducida en el Código Penal de 1995 en el número 2º del artículo 245, requiere para su comisión los siguientes elementos:

1. La ocupación, sin violencia o intimidación, de un inmueble, vivienda o edificio que en ese momento no constituya morada de alguna persona, realizada con cierta vocación de permanencia.

2. Que esta perturbación posesoria puede ser calificada penalmente como ocupación, ya que la interpretación de la acción típica debe realizarse desde la perspectiva del bien jurídico protegido y del principio de proporcionalidad que informa el sistema penal (Art 49 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Desde ambas perspectivas la ocupación inmobiliaria tipificada penalmente es la que conlleva un riesgo relevante para la posesión del sujeto pasivo sobre el inmueble afectado, que es lo que dota de lesividad y significación típica a la conducta, por lo que las ocupaciones ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.
3. Que el realizador de la ocupación carezca de título jurídico que legitime esa posesión, pues en el caso de que hubiera sido autorizado para ocupar el inmueble, aunque fuese temporalmente o en calidad de precarista, la acción no debe reputarse como delictiva, y el titular deberá acudir al ejercicio de las acciones civiles procedentes para recuperar su posesión.
4. Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, bien antes de producirse, bien después, lo que especifica este artículo al contemplar el mantenimiento en el edificio “contra la voluntad de su titular”, voluntad que deberá ser expresa.
5. Que concurra dolo en el autor, que abarca el conocimiento de la ajeneidad del inmueble y de la ausencia de autorización, unido a la voluntad de afectación del bien jurídico tutelado por el delito, es decir la efectiva perturbación de la posesión del titular de la finca ocupada”.

Lo importante en este tipo, según han manifestado los tribunales, es la “vocación de permanencia”. Si los ocupantes no manifiestan la voluntad de posesión permanente, el tipo no se puede aplicar.

Respecto del tipo de allanamiento de morada, el Tribunal Supremo entiende, en su sentencia de 5 de diciembre de 2005, que para la aplicación del artículo 202 CP:

[...] el valor constitucional de la intimidad personal y familiar que, como decimos, explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el art. 202 C, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito.

3.2. Posibilidad de restitución inmediata del objeto del delito frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio

Tras la distinción de estos tipos de delitos, sería muy conveniente tener en cuenta lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 334.4, respecto de la restitución inmediata a la víctima del objeto del delito, posibilidad que sería muy eficaz para que la autoridad policial pudiera intervenir y solucionar de forma ágil la situación para la víctima del despojo.

Esta vía de actuación, en orden a la restitución inmediata se enfrenta a la alegación por los ocupantes de su derecho a la inviolabilidad del domicilio, consagrado en el artículo 18 de la Constitución española.

Sin embargo, debe insistirse en que en los supuestos de ocupación ilegal de viviendas el derecho a la inviolabilidad del domicilio no incide en la consideración de posesión injusta o ilícita y que el ejercicio de los derechos debe realizarse con el debido respeto a los derechos de los demás, por lo que la inviolabilidad del domicilio debería respetarse cuando no se vulneran derechos de terceros, como la propiedad privada del legítimo poseedor. La propia Constitución española, en su artículo 10.1, expresa que

[...] la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

3.3. Actuación policial y legítima defensa

En definitiva, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado pueden realizar esta intervención directa de restitución cuando se encuentran en un caso de flagrante delito, como se indica en el artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

dando cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Incluso los propios afectados podrían actuar en legítima defensa, tal y como permite el artículo 24 del Código Penal, aunque esta sería la opción más peligrosa, dependiendo del tipo de ocupantes.

Asimismo, el artículo 20.4. establece que “en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas” y que también ha de adecuarse al criterio de “[n]ecesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”.

IV. Perspectiva político-social

Como se menciona en las exposiciones de motivos de las proposiciones de ley sobre la materia de los partidos políticos Ciudadanos y Partido Popular, la problemática social que impulsa la necesidad de acometer reformas legislativas no es únicamente la protección de la propiedad privada, ni la agilización de los desahucios, sino evitar las ocupaciones ilegales de viviendas, sobre todo las realizadas por individuos antisistema o grupos de delincuencia organizada, que extorsionan a propietarios o arrendatarios de baja clase social o incluso en situación de vulnerabilidad y perturban el uso libre y tranquilo de los derechos de los vecinos.

La excesiva duración de los procesos y los cada vez más abundantes supuestos de ocupación ilegal producen graves perjuicios a las víctimas, que por vía judicial necesitan una rápida protección y solución de este problema.

La regulación actual no es suficiente ni permite, en la realidad, agilizar y abreviar los procesos, y los particulares afectados no logran recuperar rápidamente sus viviendas y sufren demasiados perjuicios.

Los vecinos de los inmuebles ocupados también resultan gravemente perjudicados por las conductas antisociales e incluso insalubres de los ocupantes, que no les permiten el uso y disfrute adecuado de sus viviendas.

Son necesarias medidas de carácter cautelar que restituyan lo más rápido posible al titular del inmueble la posesión y disfrute del mismo, mediante un procedimiento judicial rápido.

Igualmente, deben atenderse rápidamente las necesidades vitales de aquella población en estado de necesidad, para que no sea necesario llegar a la idea de la ocupación ilegal, y poder atender su problema mediante medidas sociales, que incluyan ayudas de techo y alimento.

Por todo ello han surgido propuestas legislativas de reforma de la regulación, tanto desde el ámbito de partidos políticos, como de la Fiscalía General, que están intentando mejorar la situación.

Hasta ahora, la legislación establece, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la Administración (Comunidad Autónoma o Ayuntamiento) intervenga cuando se comuniquen estas situaciones a servicios sociales y previo consentimiento de los interesados, en los siguientes supuestos:

- 1. De forma genérica, siempre que la notificación de la resolución contenga fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda (desahucios, ejecuciones ordinarias o hipotecarias), se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación (Artículo 150.4º LEC).
- 2. De forma específica para este procedimiento, en el momento de realizar la notificación de la demanda, si ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes en materia de política social por si procediera su actuación (Artículo 441.1 bis LEC, párrafo 1º).
- 3. También de forma específica para este procedimiento, será necesario comunicar a los servicios públicos competentes en materia de política social la resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vivienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que en su caso procedan (Artículo 441.1 bis LEC, párrafo 3º).

Por otro lado, el 31 de marzo de 2020 fue aprobado el Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptaron medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. El referido real decreto fue convalidado en el Pleno del Congreso de 9 de abril, y tramitado en la actualidad como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Entre las medidas adoptadas en el mismo se encuentran:

- La suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional

- Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual
- Moratoria de deuda arrendaticia, etc.

V. Propuestas de reforma

5.1. Proposición de Ley del Partido Político Ciudadanos

122/000066, 10 de julio 2020- Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas

Este partido político ha tramitado, en el Congreso de los Diputados, una proposición de ley, para garantizar la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas, que consta de nueve artículos, agrupados en cinco títulos. La ley se completa con una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El título I, de garantías en el ámbito civil, en su artículo 1, modifica el artículo séptimo de la Ley de Propiedad Horizontal para regular la acción de cesación de las conductas prohibidas en las viviendas o locales, entre las que se incluyen las derivadas de una ocupación ilegal, así como se habilita a la junta de propietarios a ceder el ejercicio de la acción al Ayuntamiento correspondiente.

El artículo 2 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para facilitar la defensa del derecho de la propiedad y de los legítimos usufructuarios por medio del establecimiento de un procedimiento sumario de recuperación de la posesión. El objetivo es reformar este tipo de procedimientos para lograr una resolución más ágil y rápida, que permita la recuperación de la propiedad o de la posesión ilegítimamente usurpadas.

El título II, de garantías en el ámbito administrativo, procede en su artículo 3 a la modificación del artículo 55 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a los efectos de resolver una incidencia práctica que suele entorpecer la recuperación posesoria de los bienes del patrimonio público singularmente relevante en el caso de tratarse de una ocupación ilegal.

El título III aborda, en su artículo 4, la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local, con el objeto, en primer lugar, de establecer que las inscripciones en el padrón municipal de quienes ocuparen ilegalmente una vivienda serán nulas y no constituirán prueba de residencia ni les conferirá ningún derecho, pretendiendo así evitar el fraude derivado del abuso de una situación ilegítima como la generada por una ocupación ilegal. Asimismo, se habilita a los ayuntamientos con la competencia en relación con la ocupación ilegal de viviendas y locales para velar por la seguridad y la convivencia ciudadanas. Los términos de dicha competencia serán los que especifique la legislación correspondiente, que también es objeto de modificación por obra de la presente ley.

Seguidamente, el artículo 5 modifica el artículo 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, para los supuestos en los que exista indicio de comisión de delitos en el inmueble ocupado, permitiendo

intervenir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuar cuando existan indicios de comisión de los referidos delitos.

El título IV, de garantías en el ámbito penal, prevé en su artículo 6 la reforma del delito de la usurpación del artículo 245 del Código Penal vigente, para evitar el retraso y la saturación de los juzgados, que impide que estos delitos leves sean castigados porque, en el momento de proceder a su enjuiciamiento, a menudo ya han prescrito. Trata de endurecer el reproche penal con una pena de multa superior a los tres meses que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 13.2 y 33.3 del citado Código Penal, permitirá que el delito de usurpación del artículo 245 prescriba a los cinco años, y no al año, como ocurre ahora.

El artículo 7 tiene por objeto la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para incluir estos mismos delitos de usurpación en el ámbito del juicio rápido, regulado en los artículos 795 y siguientes de esta ley.

Igualmente, por coherencia, el delito de allanamiento de morada, previsto en el artículo 202 del Código Penal, también se beneficiaría de esta tramitación sumaria.

El título V, de garantías para la atención de las necesidades habitacionales de colectivos en situación de vulnerabilidad, tiene por finalidad ayudar a todos aquellos que por distintas razones se han visto privados de la vivienda o no puede acceder a ellas. El artículo 8 modifica la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En primer lugar, se promueve el carácter permanente al fondo social de viviendas constituido como resultado de la aprobación del Real Decreto-ley 27/2012 y, posteriormente, de la citada ley.

Por último, el artículo 9 modifica el artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, para que los servicios de atención a las personas en situación o riesgo de exclusión social, en relación con el disfrute de una vivienda digna, puedan ser atendidos por las Diputaciones u otras entidades locales supramunicipales.

Finalmente se añaden dos disposiciones: disposición adicional, la primera bis, a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con el objetivo de consolidar en un único punto de información, el sistema de subvenciones y ayudas convocadas por cualquier Administración pública con la finalidad de beneficiar a todos aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad a los efectos del disfrute del derecho a la vivienda digna y adecuada.

Disposición derogatoria y con las disposiciones finales usuales, de entrada en vigor de la ley.

5.2. Proposición de Ley del Partido Popular

122/000065, 14 de julio 2020- Proposición de Ley orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios.

La propuesta del Partido Popular contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de personas y cosas en las

comunidades de propietarios, pretende mejorar la protección jurídica desde varias perspectivas:

Penal: delito de usurpación: se introduce en el artículo 245 del Código Penal el supuesto de que concurren dos o más autores, actuando en grupo organizado, de manera sistemática o concertada, y estos ocuparan dos o más cosas inmuebles o usurparen varios derechos reales inmobiliarios ajenos. Se impondrán penas superiores en grado.

Agilización de plazos procesales en el ámbito criminal.

Civil: procedimiento sumario: extensión de legitimación en el artículo 250.1.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a las personas físicas y todas las personas jurídicas.

Propiedad horizontal. Medios de defensa a comunidades de propietarios. Administrativo, el cambio de infracción leve a infracción grave.

Constitucional: deslinda los conceptos de morada o domicilio de las situaciones de ilegalidad por ocupación. Solo se protegería el domicilio del legítimo poseedor.

5.3. Instrucción de la Fiscalía General del Estado.

11243 Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles.

La Fiscalía General del Estado, según manifiesta en unas consideraciones preliminares, ha visto la necesidad acuciante de intervenir para fijar unos criterios de actuación en situaciones de ocupación ilegal, facilitando medidas cautelares más ágiles en los delitos de usurpación y allanamiento de morada.

Se plantea:

la modificación del art. 13 LECrim a los efectos de incluir como medida cautelar específica la restitución de los bienes sustraídos o usurpados a sus legítimos titulares, sin perjuicio de que el citado precepto ya habilita al juez para acordar el acceso urgente a la vivienda de aquella persona que se haya visto desposeída de la misma como consecuencia de hechos presuntamente delictivos, cuestión que es objeto de especial tratamiento en esta instrucción.

[...] son numerosos los países de nuestro entorno que disponen de vías legales preferentemente orientadas a la recuperación de la posesión del inmueble ilícitamente ocupado en plazos muy breves. A título de ejemplo pueden citarse los casos de Holanda, donde es posible recuperar la posesión del bien inmueble si el ocupante no dispone de título y la denuncia policial se acompaña de aquel que acredite la propiedad; Alemania y Francia, cuyas policías están facultadas para desalojar en determinados casos en tan solo 24 y 48 horas, respectivamente; o Italia, donde es el juzgado el que da orden inmediata a la policía para recuperar la posesión, una vez acreditadas la propiedad del bien y la inexistencia de título por parte del ocupante.

[...]

Nuestro ordenamiento jurídico ofrece respuestas desde ámbitos sustantivos y jurisdicciones a su vez diferentes. También en el contexto específico del procedimiento penal, resultando en este caso particularmente relevante una minuciosa

toma en consideración de las circunstancias concretas de cada caso. Dos son los tipos penales que describen y sancionan las conductas a que hace prioritaria referencia esta instrucción: el allanamiento de morada del art. 202.1 CP(2), para el que se prevé una pena menos grave [art 3.3.a) CP] y cuyo conocimiento corresponde al Tribunal del Jurado [art 1.1.d) LOTJ], y la usurpación pacífica de bienes inmuebles, delito previsto y penado en el art. 245.2 CP(3), configurado como delito leve [art 3.4.g) CP] y castigado con pena de multa.

[...] En la práctica, el Ministerio Fiscal puede llegar a conocimiento de hechos eventualmente constitutivos de los delitos de allanamiento de morada, usurpación y/o delitos de organización y grupo criminal vinculados a los anteriores, en los siguientes momentos procesales:

- A través del atestado policial con entrada en el juzgado de guardia. De contar con la información suficiente, el/la fiscal deberá solicitar la medida cautelar de desalojo ya en este momento, siempre y cuando concurren las exigencias a que se hace referencia en el apartado 3.3 de esta instrucción.
- Durante la tramitación de cualquier procedimiento judicial por delito de allanamiento de morada, usurpación y/o grupo u organización criminal asociados a los anteriores, en cuyo supuesto el/la fiscal solicitará la medida cautelar de desalojo si concurren las circunstancias analizadas en el apartado 3.3.
- Durante la celebración de juicio oral por delito leve de usurpación, en cuyo caso, siempre que promueva la condena del denunciado, el/la fiscal solicitará la medida cautelar de desalojo hasta tanto se dicte sentencia y esta devenga firme.
- Como consecuencia de la denuncia interpuesta en sede de Fiscalía que haya motivado la incoación de las correspondientes diligencias de investigación, las cuales serán judicializadas una vez se determine la entidad delictiva de los hechos. En el propio acto de remisión al juzgado, el/la fiscal interesará del juez la adopción de la medida cautelar de desalojo siempre que concurren las circunstancias ya aludidas y a las que se hace referencia en el siguiente apartado de esta instrucción.

3.3 Solicitud de la medida cautelar. Fumus boni iuris, periculum in mora y juicio de proporcionalidad.

El art. 13 LECrim considera como primeras diligencias del procedimiento penal las encaminadas a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito. Existe consenso en que dicho precepto habilita a la autoridad judicial a adoptar, además de aquellas medidas necesarias para tutelar la vida o la integridad física y moral de la víctima, todas aquellas que resulten necesarias para preservar y tutelar los bienes jurídicos ofendidos por la comisión del delito presuntamente ejecutado.

[...]

Así pues, en primer término y con carácter general, se estimará pertinente solicitar la **medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble en aquellos supuestos en los que se aprecien sólidos indicios de la ejecución del delito de allanamiento o usurpación, —fumus boni iuris—, y se verifique además la existencia de efectos perjudiciales para el legítimo poseedor que razonablemente justifiquen la necesidad de poner fin a la situación antijurídica antes de la terminación del procedimiento, restaurando así el orden jurídico vulnerado a la mayor brevedad —periculum in mora—** [énfasis añadido].

Se tratará, en último término, de impedir que los ilícitos efectos derivados de la acción se prolonguen en el tiempo como consecuencia de la naturaleza permanente de los delitos de allanamiento y usurpación, con los consiguientes perjuicios para la víctima derivados del vaciamiento del contenido de su derecho, la necesidad de seguir haciendo frente a ciertas cargas derivadas de la titularidad del bien y el progresivo deterioro del mismo consecuencia del uso que los/as ilícitos/as ocupantes realizan.

Así, en el delito de allanamiento de morada, se solicitará la medida cautelar cuando se aprecien indicios relevantes de la comisión del delito, con excepción de aquellos casos en los que se constate que la ilícita posesión del inmueble se ha venido desarrollando con la tolerancia del legítimo morador, extremo este que revelará la inexistencia del *periculum in mora*.

Tratándose del delito leve de usurpación pacífica de bienes inmuebles del art. 245.2 CP, la adopción de la medida cautelar de desalojo y restitución del inmueble resultará adecuada cuando el sujeto pasivo sea una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública, siempre que se constate que la concreta usurpación, además de lesionar el *ius possidendi* de la víctima (derecho a poseer que se ostenta sobre un bien que, no obstante, es poseído materialmente por otro), pudiera producir una grave quiebra del *ius possessionis* (tenencia material y concreta sobre el bien).

[...]

Asimismo, podrá instarse la adopción de la medida cautelar cuando la víctima de la usurpación resulte ser una persona jurídica de naturaleza privada, siempre y cuando, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, se constate la existencia de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma, extremo que habrá de valorarse en los anteriores términos en aquellos casos en los que el inmueble no parezca gozar de un uso o una expectativa de uso actuales.

Todo ello sin perjuicio de recordar que en caso de producirse los hechos en el ámbito de la delincuencia organizada serán de aplicación los arts. 570 bis a 570 quater CP.

Comprobada la concurrencia de los que podríamos denominar presupuestos materiales de las medidas cautelares penales, la necesidad de recurrir a ellas vendrá dada además por la aplicación del principio de proporcionalidad. (Instrucción 1/2020, 15 de setiembre de 2020)

En conclusión, mediante documento probatorio de la titularidad legítima de posesión del bien inmueble, “resultará útil interesar del titular, para su unión al atestado, la correspondiente certificación registral firmada electrónicamente por el registrador y con el pertinente código seguro de verificación (CSV) que facilita la comprobación de su autenticidad”, la fiscalía instará [...] del juez la adopción de la medida cautelar de desalojo de los ilícitos ocupantes y la restitución del inmueble a sus poseedores en los delitos de allanamiento de morada y usurpación cuando concurren las exigencias derivadas de los principios *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, siempre que la medida cautelar se revele justificada tras efectuar el correspondiente juicio de ponderación conforme a los criterios expresados en el cuerpo de la presente instrucción. (Instrucción 1/2020, 15 de setiembre de 2020)

Conclusiones

La realidad actual, tras la situación de crisis económica y social agravada por las circunstancias generadas por la COVID-19, exige una revisión inmediata y eficaz de la regulación de las situaciones ilegales de posesión de viviendas, conocida como ocupación ilegal de viviendas.

Las vías pueden ser administrativas, policiales o judiciales, pero amparadas por una normativa clara y eficaz, que permita el desalojo de los inmuebles ocupados de forma inmediata tras requerirlo el poseedor legítimo, que presente título suficiente, frente al ocupante sin título alguno.

La crisis nos muestra escenas dramáticas de familias con ejecuciones hipotecarias, impagos de alquileres y ocupaciones de viviendas de bancos, pero lo cierto es que la mayoría de las ocupaciones han derivado hacia un fenómeno oportunista de asociaciones antisistema, mafias y delincuencia organizada que incitan a la desobediencia civil y tratan de impedir lanzamientos.

La administración de justicia es incapaz de asumir tantas demandas y los procesos se alargan de forma muy gravosa para los titulares de los derechos afectados, por lo que urge la simplificación del procedimiento y la posibilidad de proceder a un desalojo con los mínimos requisitos, como puede ser la presentación de título que legitime la posesión, sin que pueda oponerse el derecho a la inviolabilidad del domicilio, cuando se trata de una situación ilegal.

En todo caso, no se debe olvidar la posibilidad que ofrece el artículo 334 de la LECrim, artículo 334.4, respecto de la restitución inmediata a la víctima del objeto del delito, posibilidad que sería muy eficaz para que la autoridad policial pudiera intervenir y solucionar de forma ágil la situación para la víctima del despojo.

Tras la distinción de estos tipos de delitos, sería muy conveniente tener en cuenta lo establecido en la LECrim, artículo 334.4, respecto de la restitución inmediata a la víctima del objeto del delito, posibilidad que sería eficaz para que la autoridad policial pudiera intervenir y solucionar de forma ágil la situación para la víctima del despojo, sin que esta tenga que intervenir alegando legítima defensa.

No han de olvidarse, por supuesto, las verdaderas situaciones especialmente vulnerables, de personas en estado de necesidad y sin recursos, a los que la Administración debería realojar de inmediato en inmuebles sociales, que deberían tener disponibles para estas circunstancias.

Como último dato, debe indicarse que, a principios de octubre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados ha rechazado las iniciativas legislativas de reforma presentadas por los partidos políticos, por lo que las propuestas de ley mencionadas no han sido aprobadas, y solo queda, por el momento, centrar esfuerzos en aplicar con agilidad las medidas cautelares indicadas en la instrucción reciente de la Fiscalía General.

Esperemos que las situaciones de ocupación ilegal se resuelvan, con nuevas propuestas, lo más rápida y eficazmente posible para todas las partes afectadas.

REFERENCIAS

Díaz Romero, M. R. (21 de enero 2022). El fenómeno de la «okupación» ilegal de inmuebles en España. *Diario La Ley*, Tribuna 21-01-2022, ISSN 1989-6913, Nº 9993, 2022.

Instrucción de la Fiscalía General del Estado: MINISTERIO FISCAL 11243 Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/25/index.php?e=4510>

Proposición de Ley del Partido político Ciudadanos: 122/000066, 10 de julio 2020- Proposición de Ley de garantías para la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas. http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-97-1.PDF

Proposición de Ley del Partido Popular: 122/000065, 14 de julio 2020- Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-96-1.PDF

STS 5 de diciembre de 2005, sobre allanamiento de morada (Roj: STS 7456/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7456) <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&referen-ce=1032704&links=%221424%2F2005%22&optimize=20060112&publicinterface=true>

Sentencia del Tribunal Supremo 800/2014, 12 de noviembre 2014: <https://supremo.vlex.es/vid/551912806>

Anexos

EPDATA (Europa Press): Las denuncias por ‘okupación’ en España, en gráficos. Datos actualizados el 25 de septiembre de 2020: <https://www.epdata.es/datos/denuncias-okupacion-graficos/560>

EPDATA (Europa Press): ¿Qué tarda de media un procedimiento judicial? Datos actualizados el 8 de enero de 2019: <https://www.epdata.es/datos/duracion-justicia-nacional/213/espana/106>

A ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL EM TEMPOS DE PANDEMIA (BRASIL)

THE NOTARIAL AND REGISTRAL ACTIVITY IN PANDEMIC TIMES (BRAZIL)

*Milena Zampieri Sellmann**

Resumo

A pandemia do COVID-19 trouxe para a prática jurídica nacional uma missão institucional de alta complexidade: tratar dos atos judiciais e extrajudiciais lidando com o isolamento social. Como todo o evento novo sem regulamentação pelo ordenamento jurídico, a atividade notarial e registral também teve que enfrentar esse desafio, obrigando os operadores e os legisladores a criarem novos mecanismos para atender as demandas sociais, sob pena de subverter a relevante delegação do referido serviço público pelo Estado.

Palavras-Chaves: Pandemia; Notarial; Registral.

Abstract

The COVID-19 pandemic brought a highly complex institutional mission to national legal practice: dealing with judicial and extrajudicial acts dealing with social isolation. Like any new event without regulation by the legal system, notarial and registration acts also had to face this challenge, forcing operators and legislators to create new mechanisms to meet social demands, under the risk of subverting the relevant delegation of the public service by State.

Key Words: Pandemic; Notarial; Registral

Introdução

A atividade notarial e registral é tida por atividade extrajudicial que possui funções próprias e exclusivas dentro de sua divisão própria, sendo o principal referencial dessa divisão, a lei de registros públicos (Lei n.º 6.015/73). Pode-se dividir a atividade notarial e registral no Brasil em poucas linhas, com base na supracitada lei, em: tabelionatos de notas, tabelionatos de protesto, registros de

* Especialista, Mestre e Doutora em Direito Tributário pelo PUC-SP. Bacharela em Direito pelo UNISAL/SP. Professora da graduação e da pós-graduação em Direito do UNISAL/SP. Professora do Damásio Educacional. Tabeliã e Oficiala no estado de Minas Gerais. milenasellmann@hotmail.com. Endereço institucional: R. Dom Bôscio, 284 - Centro, Lorena - SP, 12600-100.

imóveis, registros civis de pessoas naturais, registros civis de pessoas jurídicas e os registros de títulos e documentos.

Sob outra ótica, pode-se avaliar a atividade notarial e registral no país como uma alternativa eficiente ao moroso Poder Judiciário brasileiro, na prática de atos, obviamente, não exclusivos das serventias extrajudiciais, como ocorre com os inventários, que nos tabelionatos de notas, podem ser materializados através da lavratura de escrituras públicas que reconhecem a legalidade e a legitimidade daquela relação jurídica sucessória e que, posteriormente, possibilitam a partilha pelos próprios herdeiros e/ou legatários, não precisando se submeter a uma ação inventário. O mesmo é possível que se afirme do divórcio. Cumpridos alguns requisitos, é possível que se dê fim a sociedade conjugal, independentemente de ações judiciais com essa finalidade.

Por mais que a atividade notarial e registral tenha incluído uma maior dinâmica na prática jurídica nacional e, em certa medida, uma maior independência das partes para o pleito de seus direitos ou para cumprimento de diligências ela não se comporta de forma completamente remota, necessitando da presença da autoridade notarial ou registral, ou de pelo menos de um de seus substitutos ou auxiliares.

No cenário da pandemia do COVID-19, contudo, isso ao menos em tese, não foi possível. Em regra, todos os atos notariais e de registro tiveram seu atendimento suspenso, com exceção de alguns poucos a serem desenvolvidos ao longo do presente artigo.

Para suprir essa determinação sanitária, as autoridades brasileiras, ora por manifestação do Conselho Nacional de Justiça (integrante do Poder Judiciário) por sua produção legislativa, ora por manifestação do conselho de classe dos notários brasileiros (Colégio Notarial do Brasil) e pela atuação dos próprios Tribunais de Justiça as quais as serventias extrajudiciais são vinculadas, conseguiram desenvolver o sistema “e-Notariado” que facilitou em grande medida a prática de atos típicos das serventias extrajudiciais.

Com a flexibilização do isolamento e com o retorno gradual das atividades presenciais, algumas medidas preventivas foram tomadas, o que não diminui, conforme será visto ao longo do trabalho a relevância e praticidade das alternativas remotas incluídas pelo mencionado sistema.

1. Do cenário do COVID-19 e o isolamento social no Brasil: o olhar da prática notarial e registral

No dia 17 de março de 2020, o estado de São Paulo determinou o primeiro dia de isolamento social em toda a área sob sua administração. Nessa oportunidade, algumas medidas foram tomadas, a saber: “Serão fechados museus, bibliotecas, teatros e centros culturais por até 30 dias. O governador recomendou ao setor privado de entretenimento que seus estabelecimentos, como teatros e cinemas fiquem fechados por 30 dias.” (EXAME, 2020, s/p).

No mesmo dia, o estado do Rio de Janeiro também iniciou as medidas de isolamento social, fechando atividades das mais diversas naturezas, como:

Aulas nas unidades da rede pública e privada de ensino, inclusive nas unidades de ensino superior; Comícios e passeatas; Jogos de futebol e demais eventos desportivos; Sessões de cinema e de teatro; Shows; Eventos em salão ou casa de festas, como aniversários; Feiras; Eventos científicos; Visitação a unidades prisionais; Visitação a pacientes diagnosticados com o Covid-19. (G1 DO RIO, 2020, s/p, grifo do autor)

Pode-se observar do cenário exposto pelas matérias jornalísticas que não só atividades econômicas forma suspensas pelas medidas de isolamento social determinadas pelos governadores dos estados, mas também a prestação de serviços públicos, a exceção dos essenciais.

Dentro desse cenário houve divergências severas acerca do que deveria ser ou não, serviços públicos essenciais, para que se houvesse a manutenção de sua prestação presencial. E o debate acerca da atividade notarial e registral não foi diferente. Contudo, ainda que vistas posições em contrário, prevaleceu o entendimento de que a inclusão das serventias extrajudiciais no rol do decreto nº 10.282/20:

A entidade cita também que a suspensão do funcionamento das serventias extrajudiciais tem impacto direto na obtenção do crédito agrícola, à medida que não há, no território nacional, um plano de contingência que viabilize o atendimento mínimo das demandas por registros de contratos e garantias.

“É de nosso conhecimento que os notários já dispõem de plataformas digitais para organizar uma série de serviços à distância, como por exemplo a Central Eletrônica de Integração e Informações – CEI, da Anoreg Mato Grosso. Entretanto, a utilização desse mecanismo é voluntária e, portanto, não equaciona a questão”, afirma a Aprosoja.

Em resposta, por meio do Parecer de Mérito n.º 47/2020/CG-Penal/AEAL-Entrada/MJ, o Ministério da Justiça afirmou que “demonstra-se adequado que tais atividades [serviços notariais e de registro] sejam incluídas no decreto presidencial para que recebam a qualificação, com abrangência nacional, como serviços públicos essenciais para enfrentamento da atual emergência”.

O processo foi encaminhado à apreciação do setor jurídico do Ministério da Justiça, que de aprovou a minuta do Decreto e encaminhou ao gabinete do ministro Sérgio Moro. (ANOREG-MT, 2020, s/p).

Da mesma forma, o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entendeu dessa forma através do Provimento 95/20:

Art. 1º. Nas localidades em que tenham sido decretadas medidas de quarentena por autoridades sanitárias, consistente em restrição de atividades, com suspensão de atendimento presencial ao público em estabelecimentos prestadores de serviços, ou limitação da circulação de pessoas, o atendimento aos usuários do serviço delegado de notas e registro, em todas as especialidades previstas na Lei 8.985/1994, serão prestados em todos os dias úteis, preferencialmente por regime de plantão a distância, cabendo às Corregedorias dos Estados e do Distrito Federal regulamentar o seu funcionamento, ou adequando os atos que já tenham sido editados se necessário, cumprindo que sejam padronizados os serviços nos locais onde houver mais de uma unidade.

§ 1º. Os serviços públicos de notas e registros devem manter a continuidade e o seu funcionamento é obrigatório. Nos locais onde não for possível a imediata implantação do atendimento à distância, e até que isso se efetive, excepcionalmente, deverá ser adotado atendimento presencial, cumprindo que sejam observados, nesse caso, todos os cuidados determinados pelas autoridades sanitárias para os serviços essenciais, bem como as administrativas que sejam determinadas pela Corregedoria Geral dos Estado ou do Distrito Federal respectiva, ou pelo Juízo competente. (CNJ, 2020, s/p, grifo do autor).

Nesse sentido, a própria ementa do referido provimento fala da questão da essencialidade:

Dispõe sobre o funcionamento dos serviços notariais e de registro durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da infecção humana pelo novo Coronavírus (Sars-Cov-2), enquanto serviço público essencial que possui regramento próprio no art. 236 da Constituição Federal e na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. (CNJ, 2020, s/p).

Demonstrados os fatos e a legislação pertinente, é possível depreender que as atividades das serventias extrajudiciais se mantiveram remotas durante um período em determinados locais, contudo, voltaram a ser presenciais com uma série de medidas de segurança dos usuários.

Ainda que as atividades notariais e registrais tenham sido retomadas presencialmente em certa medida, não se pode ignorar os benefícios que o sistema remoto trouxe ao acesso à justiça.

Ainda que a pandemia do COVID-19 fosse uma realidade e as dificuldades tivessem aparecido para cumprir as formalidades legais que o ordenamento jurídico reserva aos atos praticados nas serventias extrajudiciais, não havia até o final de maio de 2020 uma base legislativa sólida que viabilizasse a prática remota dos atos dos tabelionatos, o que veio a ser suprido pelo Provimento 100/20 do CNJ. Contudo, ao usar o exemplo do registro de uma procuração, ato formal e solene de atribuição dos tabelionatos de notas foi noticiada ainda em abril de 2020 o registro da primeira procuração eletrônica, feita pelo 15º tabelionato de notas do Rio de Janeiro, com base ainda no Provimento 95/20 do CNJ:

Há 25 anos morando em Turim, na Itália, uma das regiões mais afetadas pela pandemia do novo coronavírus, a brasileira Paula Laport Ribeiro se viu de mãos atadas quando precisou assinar e enviar uma procuração o irmão, em São Paulo. Ele dependia do documento para vender um imóvel da família, em Ipanema, na Zona Sul do Rio, herança da avó. “Em uma situação normal, eu iria ao Consulado em Milão, mas estamos em lockdown absoluto. Só temos autorização para sair de casa para ir ao mercado”, explica Paula, sem previsão de quando poderá vir ao Brasil.

Com o Provimento 95 do Conselho Nacional de Justiça, assinado pelo ministro Dias Toffoli, Paula conseguiu usufruir do funcionamento eletrônico dos cartórios. A medida autoriza, durante as restrições sociais para contenção da Covid-19, a liberação remota de atos notariais, como liberação de procurações,

escrituras de compra e venda, divórcios e contratos em geral.

“Fazemos uma videoconferência em que lemos o teor do documento e, com a anuência da parte, assinamos utilizando a fé-pública que temos e emitimos o traslado da procuração em 15 minutos. É uma tecnologia totalmente segura em que o ato fica gravado no livro eletrônico, com certificado digital”, explica Michelle Novaes, tabeliã substituta do 15º cartório de ofício de notas, na Barra da Tijuca, Zona Oeste do Rio.

Michelle afirma que o novo Provimento do CNJ incentiva justamente o cidadão a ficar em casa para reduzir a curva de contaminação, mas ela diz esperar que as operações virtuais poderão ser ampliadas para além da época da pandemia. “Economizamos tempo, papel, dinheiro. Agora, de qualquer lugar do mundo, desde que a pessoa tenha acesso a uma conexão de internet, usando um celular ou um computador, ela pode fazer esses tipos de transações que antes eram exclusivamente físicas. Vemos isso como um grande avanço.” (ANOREG-BR, 2020, s/p).

O caso concreto narrado na citação acima demonstra a praticidade que o sistema remoto trouxe a atividade, ainda que aperfeiçoado posteriormente

2. Das medidas de segurança do usuário e o atendimento remoto: o provimento 95/20 do CNJ

Conforme exposto no último item, as atividades das serventias extrajudiciais no cenário atual da pandemia do COVID-19, induziram a uma dupla possibilidade de prestação dos serviços notariais e de registro: O atendimento presencial, prestados nos próprios tabelionatos e cartórios de registro, respeitadas as medidas de segurança a serem analisadas, e a prática remota dos atos.

Especificamente no que tange as medidas de segurança, a primeira manifestação concreta de sua implantação foi através do Provimento nº95/20 do Conselho Nacional de Justiça, assinada pelo então presidente do órgão e do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli. Dispõe o art.2º do provimento:

Art. 2º - Os notários, registradores e responsáveis interinos pelo expediente, que houverem de implantar excepcionalmente o funcionamento presencial, além das medidas determinadas pelas autoridades sanitárias e administrativas locais, deverão pelo menos adotar medidas rígidas de precaução, visando a reduzir o risco de contágio pelo novo Coronavírus (Sars-Cov-2) como estabelecido no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único – Cumpre a adoção das seguintes providências:

- I. Intercalar as cadeiras de espera com espaço mínimo de 2,0 metros entre um usuário e outro, de modo que fiquem em uma distância segura uns dos outros;
- II. Limitar a entrada de pessoas nas áreas de atendimento, evitando aglomerações. Nesse sentido, fica recomendado que se faça uma triagem do lado fora do cartório e, quando for possível, orientar o usuário a deixar a documentação para posterior retirada;
- III. Marcar uma faixa de segurança a uma distância de 1,5 metro nas áreas de atendimento entre o usuário e o atendente;
- IV. Orientar os usuários sobre a possibilidade de realizar atos em diligência;

V. Disponibilizar álcool em gel, luvas e máscaras para os atendentes que tenham contato com documentos em papel e com o público, disponibilizando-se, inclusive, álcool em gel em local de fácil acesso para os usuários;

VI. Higienizar rotineiramente as máquinas e objetos, canetas e outros materiais de constante contato com os usuários; (CNJ, 2020, s/p, grifo do autor).

O primeiro destaque vai a não taxatividade do rol do art.2º do Provimento 95/20. O *caput* é claro ao definir que as medidas expostas no provimento se complementam as medidas determinadas pelas autoridades locais. Em outras palavras, a determinação do CNJ, portanto, é o mínimo que as serventias devem observar.

É importante destacar que o parâmetro utilizado pelo CNJ são as autoridades locais, já que a suprema corte brasileira entendeu que as normativas e designações acerca das medidas preventivas do COVID-19, inclusive as de fechamento de quaisquer atividades. O objeto em questão foi o art.3º da MP 926/20, onde o Supremo Tribunal Federal veio a reconhecer a competência concorrente entre os entes federativos para as medidas acima.

O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. (Supremo Tribunal Federal, 2020, s/p).

O Provimento 95/20 do CNJ em seus arts.3º ao 5º estabelecem as regras expressas de atendimento remoto pelas serventias extrajudiciais:

Art.3º. O atendimento de plantão a distância será promovido mediante direcionamento do interessado por todos os meios de eletrônicos já disponíveis e em funcionamento em cada especialidade, inclusive centrais eletrônicas regulamentadas, em funcionamento no país ou na respectiva unidade da Federação, para a remessa de títulos, documentos e pedido de certidões.

Art. 4º. Durante o regime de plantão deverá ser mantido, por período não inferior a quatro horas, o atendimento por meios de comunicação que forem adotados para atendimento a distância, nesses incluídos os números dos telefones fixo e celular, os endereços de WhatsApp, Skype, e os demais que estiverem disponíveis para atendimento ao público, que serão divulgados em cartaz a ser afixado na porta da unidade, facilmente visível, e nas páginas de Internet.

Art. 5º. A execução das atividades de forma remota, por meio de prepostos, fora das dependências da serventia extrajudicial, pela modalidade de teletrabalho, observará o que determina o art. 4º, da Lei nº 8.935/94, ficando o tabelião ou

oficial de registro responsável por providenciar e manter a estrutura física e tecnológica necessária e adequada à realização do teletrabalho. (CNJ, 2020, s/p, grifo do autor).

O Provimento não se furtou de citar em sua redação, dispositivos de telecomunicação que são utilizados pela população hodiernamente, como o “Whatsapp” e o “Skype”. Além disso, um outro detalhe relevante é que o provimento não só estabeleceu o atendimento remoto das serventias para com os clientes, assim como os próprios serventuários trabalharem no regime do teletrabalho. O Provimento ainda obriga que as serventias extrajudiciais mantenham o serviço remoto por período não inferior a quatro horas diárias, ainda que no momento atual, estejam em regime híbrido de atendimento.

3. O provimento 100/20 do CNJ e a regulamentação do e-notariado

No que tange a aspectos técnicos da matéria notarial e registral, o CNJ também se valeu de um provimento para regulamentar a prática de atos notariais eletrônicos utilizando do sistema “e-Notariado”. Até o Provimento 100/20 que regulou de forma detalhada a prática desses atos, a fundamentação geralmente utilizada pelas serventias era o próprio Provimento 95/2020.

Destaca-se que o Provimento 100/20 regulamenta a prática dos atos dos tabelionatos de notas. Outras atividades, como os cartórios de registro de imóveis, por exemplo, já possuíam sistemas remotos próprios (SREI), regulamentados pelo Provimento 47/15 do CNJ. Sobre seu objeto, dispõe o art.2º

Art. 2º. O sistema de registro eletrônico de imóveis deverá ser implantado e integrado por todos os oficiais de registro de imóveis de cada Estado e do Distrito Federal e dos Territórios, e compreende:

- I – o intercâmbio de documentos eletrônicos e de informações entre os escritórios de registro de imóveis, o Poder Judiciário, a administração pública e o público em geral;
- II – a recepção e o envio de títulos em formato eletrônico;
- III – a expedição de certidões e a prestação de informações em formato eletrônico; e
- IV – a formação, nos cartórios competentes, de repositórios registrais eletrônicos para o acolhimento de dados e o armazenamento de documentos eletrônicos. (CNJ, 2015, s/p, grifo do autor).

O sistema “e-Notariado” possui diversas funcionalidades, sendo a principal delas a integração entre os tabelionatos de notas de todo o país para a prática dos atos notariais, contudo, deve-se cumprir alguns requisitos que o próprio provimento exige:

Art. 3º. São requisitos da prática do ato notarial eletrônico:

- I - videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico;
- II - concordância expressada pela partes com os termos do ato notarial eletrônico;

- III - assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado;
- IV - assinatura do Tabelião de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil;
- IV - uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital; (CNJ, 2020, s/p).

Destacam-se a concordância das partes com os termos do ato notarial eletrônico e a chamada videoconferência notarial.

Sobre a última, o parágrafo único do mesmo art.3º dispõe que:

Parágrafo único: A gravação da videoconferência notarial deverá conter, no mínimo:

- a) a identificação, a demonstração da capacidade e a livre manifestação das partes atestadas pelo tabelião de notas;
- b) o consentimento das partes e a concordância com a escritura pública;
- c) o objeto e o preço do negócio pactuado;
- d) a declaração da data e horário da prática do ato notarial; e
- e) a declaração acerca da indicação do livro, da página e do tabelionato onde será lavrado o ato notarial. (CNJ, 2020, s/p).

A videoconferência funcionaria como uma analogia a presença física das partes, que por decorrência da própria lei, exige que o tabelião de notas tome algumas providências. Pode-se observar essa situação na exigência do art.1.867 do CC/02 para o testamento: “Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.” (BRASIL, 2002, s/p).

Em circunstâncias normais o deficiente visual se encaminharia normalmente ao tabelionato de notas em que desejasse registrar seu testamento e, a partir dali o notário ou seu substituto legal leria em voz alta na presença de testemunhas, cumprindo-se assim a solenidade exigida pela lei.

Na prática remota do ato, não parece haver qualquer impossibilidade que macule esse negócio de uma possível nulidade em razão da inobservância da solenidade exigida pela lei civil brasileira. Inclusive, sobre a natureza jurídica do testamento afirma Orlando Gomes:

Testamento é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão. Torna-se perfeito e acabado, no momento em que o testador declara sua vontade pela *forma* autorizada em lei. O testamento não é *negotio imperfecta*, que se invalidaria se sobreviesse a incapacidade do testador, como sustentou Koppen (GOMES, 1998, p. 91).

O deficiente visual se apresentaria em um aplicativo de videoconferências, acompanhado das testemunhas exigidas pela lei, assim como poder colher a concordância do testador e o mesmo pode ouvir, perfeitamente, as duas leituras feitas pelo próprio notário ou por um dos seus auxiliares e substitutos.

No que tange ao segundo ponto em destaque, acerca da concordância das partes, a exigência apenas reflete a clássica manifestação de vontade para a conclusão de um negócio jurídico, se ela bilateral, unilateral ou plurilateral.

No sistema remoto, as partes antes de materializar sua vontade através do ato notarial respectivo devem, necessariamente, concordar não só com o próprio ato, claro, mas concordar com os termos de sua prática pela via remota ou eletrônica. De qualquer forma, não parece que um elemento interfira no outro. Se qualquer das partes não concordar com qualquer cláusula das regras do “e-Notariado”, as partes não querem prestar a biometria (art.17, parágrafo único, do Provimento 100/20), por exemplo, poderão comparecer normalmente ao tabelionato de notas de sua preferência para praticar o ato.

4. Da matrícula notarial eletrônica: a segurança dos atos notariais eletrônicos

O art.12 do Provimento 100/20 do CNJ dispõe que:

Art. 12. Fica instituída a Matrícula Notarial Eletrônica - MNE, que servirá como chave de identificação individualizada, facilitando a unicidade e rastreabilidade da operação eletrônica praticada.

§ 1º A Matrícula Notarial Eletrônica será constituída de 24 (vinte e quatro) dígitos, organizados em 6 (seis) campos, observada a estrutura CCCCCC.AAAA.MM.DD.NNNNNNNN-DD, assim distribuídos:

I - o primeiro campo (CCCCCC) será constituído de 6 (seis) dígitos, identificará o Código Nacional de Serventia (CNS), atribuído pelo Conselho Nacional de Justiça, e determinará o tabelionato de notas onde foi lavrado o ato notarial eletrônico;

II - o segundo campo (AAAA), separado do primeiro por um ponto, será constituído de 4 (quatro) dígitos e indicará o ano em que foi lavrado o ato notarial;

III - o terceiro campo (MM), separado do segundo por um ponto, será constituído de 2(dois) dígitos e indicará o mês em que foi lavrado o ato notarial;

IV - o quarto campo (DD), separado do terceiro por um ponto, será constituído de 2(dois) dígitos e indicará o dia em que foi lavrado o ato notarial;

III - o quinto campo (NNNNNNNN), separado do quarto por um ponto, será constituído de 8 (oito) dígitos e conterà o número sequencial do ato notarial de forma crescente ao infinito;

IV - o sexto e último campo (DD), separado do quinto por um hífen, será constituído de 2 (dois) dígitos e conterà os dígitos verificadores, gerados pela aplicação do algoritmo Módulo 97 Base 10, conforme Norma ISO 7064:2003.

§ 2º O número da Matrícula Notarial Eletrônica integra o ato notarial eletrônico, devendo ser indicado em todas as cópias expedidas.

§ 3º Os traslados e certidões conterào, obrigatoriamente, a expressão “Consulte a validade do ato notarial em www.docautentico.com.br/valida” (CNJ, 2020, s/p).

O direito notarial e registral sempre teve por característica a segurança. Muito mais do que isso, o direito notarial e registral tem em sua base principiológica a segurança jurídica. O princípio da publicidade, inclusive, é o princípio constitucional aplicado à atividade notarial e registral que mais pugna por esse baluarte

do direito. Destaca a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo:

Na atividade notarial e registral o princípio da publicidade tem contornos próprios, com significado independente. A publicidade deixa de ser apenas princípio para assumir a posição de finalidade a ser alcançada pelos tabelionatos e registros. Com efeito, diz o art. 1º da Lei 8.935/94 que “serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

Infere-se desse artigo a relevância do princípio sob exame, constituindo o conceito e finalidade dos serviços de notas e de registro.

Contudo, na atividade notarial e registral o princípio da publicidade tem acepção e aplicação diversa da Administração Pública. Salvo raras exceções, não se faz publicação dos atos realizados nas serventias extrajudiciais. Os atos, após realizados, são perpetuados mediante o sistema de organização e arquivamento, garantindo-se ao interessado obter os dados consignados nos arquivos através da obtenção de certidões e informações.

A publicidade, neste caso, não tem a finalidade de conferir eficácia ao ato jurídico, como na Administração Pública. Os efeitos dos atos são obtidos com o registro, sendo a publicidade a forma de informar quem tenha interesse em saber que determinado ato foi realizado e se encontra arquivado na serventia. Na verdade, a publicidade não é um meio para se conferir eficácia ao ato notarial ou registral, mas tanto uma quanto a outra são finalidades a serem alcançadas. Nesse aspecto, a publicidade está mais relacionada com a produção da segurança jurídica, e menos ligada à obtenção da eficácia do ato. (Reis da Silva, 2005, s/p, grifo do autor).

A matrícula notarial eletrônica foi um instrumento criado pelo Provimento 100/20 do CNJ para conceder segurança jurídica aos atos notariais eletrônicos, uma vez que sem um número de identificação, a chance de que se confundissem ou se perdessem seria grande. Na realidade, nada de novo há nessa prática, já que os tabelionatos e registros sempre trabalharam com matrículas para identificar a prática de determinados atos. Exemplo comum é a matrícula do imóvel que dispõe, ao menos em tese, de todas as informações acerca do mesmo, como: alterações de proprietário e metragem.

Conclusão

Por fim, pode-se concluir que mesma com a pandemia do COVID-19 dividindo as atividades das serventias extrajudiciais em remotas e presenciais (observadas as medidas de segurança do Provimento 95/20 do CNJ), não houve prejuízo quanto a continuidade da prática dos atos típicos dos tabelionatos e registros no Brasil.

Com medidas legislativas coerentes e exequíveis o Poder Judiciário brasileiro e os próprios notários e registradores conseguiram criar sistemas que possibilitaram a produção de atos típicos do direito notarial e registral com segurança e previsibilidade, preservando a índole constitucional de publicidade da matéria e, posteriormente, evitando fraudes. É perceptível que muitas novas formas de se construir e formalizar negócios e atos jurídicos pelos sistemas remotos poderão se manter no pós-pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Associação dos Notários e Registradores do Brasil (13 de abril de 2020). Isolamento Social: Cartório do Rio faz a Primeira Procuração Eletrônica. Disponível em [anoreg/br: https://www.anoreg.org.br/site/2020/04/13/artigo-epoca-isolamento-social-cartorio-do-rio-faz-a-primeira-procuracao-eletronica/](https://www.anoreg.org.br/site/2020/04/13/artigo-epoca-isolamento-social-cartorio-do-rio-faz-a-primeira-procuracao-eletronica/)
- Associação dos Notários e Registradores do Estado de Mato Grosso. (27 de abril de 2020). Portal Anoregmt. Disponível em [www.anoregmt.org.br. https://www.anoregmt.org.br/novo/clipping-o-documento-servicos-notariais-devem-ser-inclusos-como-essenciais-durante-pandemia-de-covid-19/](https://www.anoregmt.org.br/novo/clipping-o-documento-servicos-notariais-devem-ser-inclusos-como-essenciais-durante-pandemia-de-covid-19/)
- Exame (17 de março de 2020). Período de isolamento começa a valer nesta terça em SP e outros estados. *Exame*. Disponível em <https://exame.com/brasil/periodo-de-isolamento-comeca-a-valer-nesta-terca-no-estado-de-sao-paulo/>
- G1 do Rio. (17 de março de 2020). Confira as medidas do decreto do governo do RJ para conter o coronavírus. *G1.globo.com.br*. Disponível em [g1: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/17/confira-as-medidas-do-decreto-do-governo-do-rj-para-conter-o-coronavirus.ghtml](https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/17/confira-as-medidas-do-decreto-do-governo-do-rj-para-conter-o-coronavirus.ghtml)
- Gomes, O. (1998). *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense.
- Lei nº 6.015. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, 31 de dezembro de 1973. Brasil.
- Lei nº 10.406/02, 10 de janeiro 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm
- Provimento 47, Estabelece diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico de imóveis de 18 de jun.2015, 18 de junho de 2015, CNJ. Disponível em <http://www.tjes.jus.br/corregedoria/2018/03/22/provimento-cnj-no-47-de-18-06-2015/>
- Provimento 95, de 01 de abr.2020. Dispõe sobre o funcionamento dos serviços notariais e de registro durante o período de emergência em saúde pública de importância nacional (espin), em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (sars-cov-2), enquanto serviço público essencial,

- 01 de março de 2017, artigos 3, 5. CNJ. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3265>
- Provimento 100, de 26 de mai.2020. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-notariado, cria a matrícula notarial eletrônica-mne e dá outras providências, 26 de maio de 2020, artigo 12, CNJ. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>
- Reis da Silva, A. (2005). Aplicação dos princípios constitucionais da administração pública na atividade notarial e registral. Em *Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo*. Disponível em : <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2563847/artigo-aplicacao-dos-principios-constitucionais-da-administracao-publica-na-atividade-notarial-e-registral-por-alex-reis-da-silva>
- Supremo Tribunal Federal . (2020). Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Distrito Federal (6.341). 13 novembro de 2020. Disponível em [stf.jus.br: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadpeca.asp?id=15344964720&text=.pdf](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadpeca.asp?id=15344964720&text=.pdf)

**LA EMERGENCIA SANITARIA COMO CAUSA DE FUERZA
MAYOR EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO
COMERCIAL EN NUEVO LEÓN, MÉXICO**

***SANITARY EMERGENCY AS A CAUSE OF FORCE
MAJEURE IN THE BREACH OF COMMERCIAL LEASE
AGREEMENTS IN NUEVO LEON, MEXICO***

*Eduardo Rocha Núñez**

Resumen

La emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2 ha tenido consecuencias de gran magnitud en diversos ámbitos de la vida cotidiana, entre ellos el jurídico. Las relaciones contractuales de índole comercial se vieron alteradas por la pandemia, provocando diversos conflictos entre las partes contratantes por el incumplimiento de obligaciones, principalmente aquellas que por disposición de la autoridad sanitaria suspendieron sus actividades para evitar la propagación del virus. En este artículo se analiza la causa de fuerza mayor en el incumplimiento de contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a fines comerciales en el Estado de Nuevo León, México. Se hace un análisis del contrato de arrendamiento, de la fuerza mayor, sus causas, presupuestos de aplicación, efectos entre los contratantes, así como de los puntos que seguramente serán puestos a consideración de los tribunales en las controversias que se lleguen a suscitar por este problema, todo ello en un marco legal, doctrinal y jurisprudencial.

Palabras clave: fuerza mayor, incumplimiento de contrato, pandemia, arrendamiento comercial

Abstract

The health emergency generated by the SARS-CoV2 virus has had major consequences in various areas of daily life, including the legal field. Contractual relations of a commercial nature were altered by the pandemic, leading to various conflicts between the contracting parties because of a breach of obligations, mainly those that, by order of the health authority, suspended their activities to prevent the spread of the virus. This article analyzes the force majeure effect in the breach of obligations in commercial real estate lease agreements in the State of Nuevo Leon, Mexico. An analysis of the lease

* Profesor investigador Universidad de Monterrey Ignacio Morones Prieto 4500 pte 66238, San Pedro Garza García, Nuevo León, México. (+52) 81 8215 1000. Eduardo.rocha@udem.edu

agreement, the force majeure events, its causes, cases of application, effects among the contracting parties, as well as the cases that will surely be put to the consideration of the courts in the controversies that may arise from this problem, all within a legal, doctrinal and jurisprudential framework.

Keywords: Force majeure, breach of contract, pandemic, commercial lease

I. Introducción

La pandemia que actualmente se vive en el mundo provocada por el virus SARS-CoV-2, ha trastornado enormemente la vida de la mayoría de sus habitantes, no solo por la lamentable pérdida de vidas humanas, sino que ha repercutido en muchos otros ámbitos de la vida cotidiana. Estamos seguros de que la existencia de una pandemia no es novedosa en la historia de la humanidad, siempre han existido como una forma de evolución y de selección natural, y claro que han causado graves trastornos a lo largo de la historia de la humanidad, así por ejemplo Penadés (2020) hace alusión a

la Peste Negra (siglo XIV), la Peste Rusa (siglo XVIII), el Cólera y la Viruela (siglo XIX), la Gripe Española, el Ébola, la Peste de Hong Kong, el SARS, el Sarampión (siglo XX) y, ya en nuestro siglo, la reciente Gripe Porcina, todas han causado estragos y están presentes en la memoria colectiva de cada pueblo (p. 72).

Si bien la pandemia del COVID-19 no es la que ha incidido en el mayor número de muertes de entre las epidemias y pandemias arriba mencionadas, sí está resultando ser la de mayor repercusión negativa en la vida económica de los países afectados y desde luego de sus habitantes, ya que ha causado, en el menor de los casos, un estancamiento en su desarrollo económico. Las medidas que implementaron las autoridades sanitarias de cada país para impedir su propagación restringieron la realización de actividades no esenciales, razón por la que cerraron temporalmente empresas, lo que originó el incumplimiento de contratos, pérdida de empleos, quiebras, etc., máxime que el brote se da en un momento en que el mundo entero se encuentra inmerso en una globalización de actividades económicas, financieras, culturales, etc. (San Martín, 2021). Pensemos simplemente en la cadena de suministro para la elaboración de bienes o la prestación de servicios que va desde la adquisición y traslado de materia prima, almacenaje, elaboración o transformación en artículos diversos, transportación, comercialización, etc., todo ello llevado a cabo en diferentes países; evidentemente, si alguno de los agentes económicos que integran la cadena de suministro incumple en sus obligaciones puede provocar un riesgo sistémico de magnitudes insospechadas, como de hecho lo estamos viviendo.

El día 30 de enero del año 2020, a un mes de haberse iniciado los contagios, la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2020) declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) y, el 11 de marzo, declaró la existencia de la pandemia; paulatinamente los países afectados fueron haciendo lo propio.

En México fue hasta el 30 de marzo del mismo año en que el Consejo de Salubridad General [CSG] (2020), publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Un día después, esa misma autoridad sanitaria emitió el acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria y ordenó la suspensión inmediata de las actividades no esenciales del 30 de marzo al 30 de abril de 2020, cabe señalar que dicho plazo fue ampliado al 30 de mayo de 2020, por diverso acuerdo publicado el 21 de abril de 2020 y posteriormente se dictaron medidas para reiniciar la actividad laboral, económica y social paulatinamente, por regiones.

En el acuerdo que ordenó la suspensión de actividades no esenciales, se señaló, en términos generales, cuáles son consideradas como esenciales y, por lo tanto, no les fue aplicable la restricción de sus actividades, entre las principales se encuentran las que son directamente necesarias para atender la emergencia sanitaria; las involucradas en la seguridad pública, defensa nacional; la procuración e impartición de justicia, así como la actividad legislativa; las de los sectores fundamentales de la economía, tales como servicios financieros, distribución y venta de energéticos, gasolineras y gas, generación y distribución de agua potable, industria de alimentos y bebidas no alcohólicas, mercados de alimentos, supermercados, servicios de transporte de pasajeros y de carga; producción agrícola, pesquera y pecuaria, agroindustria, industria química, productos de limpieza; servicios privados de emergencia, servicios funerarios y de inhumación, servicios de almacenamiento y cadena de insumos esenciales; logística, entre otras; además de las relacionadas directamente con la operación de los programas sociales del gobierno, las necesarias para la conservación, mantenimiento y reparación de la infraestructura crítica que asegura la producción y distribución de servicios indispensables, como pudieran ser agua potable, energía eléctrica, gas, petróleo, gasolina, turbosina, saneamiento básico, transporte público, infraestructura hospitalaria y médica, y finalmente aquellas actividades cuya suspensión pudiera tener efectos irreversibles para su continuación, entendiéndose aquellas relacionadas con la cadena de suministro de las arriba mencionadas; entre otros más que pudieran listarse en esta categoría. (Consejo de Salubridad General del Gobierno Federal de México, 2020)

Ahora bien, como se señaló anteriormente, la afectación del COVID-19 en las personas y las medidas tomadas para evitar su propagación han tenido consecuencias económicas negativas, especialmente en las empresas dedicadas al tráfico mercantil de actividades no esenciales, sobre todo porque dicho tráfico está sustentado en el ámbito contractual y al verse forzadas a suspender sus actividades, muchas de esas empresas se vieron en la necesidad de incumplir con sus obligaciones contractuales, entre las que se encuentran las correspondientes a los contratos de arrendamiento de inmueble que tenían destinados a sus actividades comerciales. Estos incumplimientos derivados de la relación contractual en materia de arrendamiento de inmuebles, serán el objeto de investigación del presente trabajo, para lo cual tomaremos como base los siguientes cuestionamientos: ¿cuál

es el alcance jurídico de la declaratoria de causa de fuerza mayor por emergencia sanitaria dictada por la autoridad con relación a los contratos de arrendamiento?, ¿hasta qué punto aplica la causa de fuerza mayor para justificar el incumplimiento de un contrato de arrendamiento de inmueble destinado a fines comerciales?, ¿afecta al uso del inmueble la causa de fuerza mayor?

Para responder las interrogantes, procedemos a analizar el contrato de arrendamiento destinado a fines comerciales, sus características particulares, entre ellos la ley que le es aplicable en México, específicamente la legislación del Estado de Nuevo León, que es la normatividad que estaremos utilizando; posteriormente analizaremos el incumplimiento y la causa de fuerza mayor como excluyente de responsabilidad y sus efectos.

II. El arrendamiento comercial

A efectos de ubicar en México la regulación del contrato de arrendamiento para fines comerciales, es necesario señalar que, conforme el Art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la actividad comercial es una actividad que está reservada a la competencia exclusiva de la Federación, lo que significa que únicamente el Congreso de la Unión puede dictar leyes en materia mercantil; mientras que la figura del arrendamiento le corresponde a cada una de las 32 entidades federativas que conforman dicha federación, por lo que, en México, el contrato de arrendamiento puede estar regulado en forma distinta en cada uno de los códigos civiles estatales. También es importante señalar que, adicionalmente a los mencionados códigos, existe el Código Civil Federal, que es de aplicación en toda la República Mexicana en asuntos del orden federal, como lo es el comercio.

Ahora bien, para determinar si un asunto es civil o mercantil y así ubicar la ley aplicable para el caso del arrendamiento celebrado entre comerciantes o que el bien arrendado sea destinado a fines comerciales, es menester atender lo que señala el Código de Comercio, que al efecto establece que se consideran actos de comercio, entre otros, los alquileres de bienes muebles cuando son realizados con fines de especulación mercantil. Podría pensarse que la misma circunstancia se aplica respecto de los bienes inmuebles; sin embargo, el mismo código mercantil señala que se considerarán actos de comercio únicamente las operaciones de compra y venta de bienes inmuebles cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial, sin contemplar al arrendamiento de inmuebles, razón por la cual este último no se considera acto de comercio; sobre este punto, en una tesis jurisprudencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (1998) resolvió que

[...] si, de conformidad con el artículo 75 de dicho código [Código de Comercio], el arrendamiento de inmuebles no es un acto de comercio, es inconcuso que la vía mercantil es improcedente para ventilar y decidir una controversia derivada de un arrendamiento de inmuebles.

Entonces, un contrato de arrendamiento de un bien inmueble, pese a ser celebrado entre comerciantes o ser destinado para actividades comerciales, tendrá

carácter de civil, incluso podría llegar a pensarse que cae en la categoría doctrinal de los actos esencialmente civiles que para Mantilla (1984) son aquellos que bajo ninguna circunstancia son regidos por el derecho mercantil. Sin embargo, encontramos una excepción en los locales comerciales que se encuentran en los aeropuertos, ya que la Ley de Aeropuertos, como ley especial, señala que serán los tribunales federales los que deben conocer de controversias suscitadas con motivo de la explotación de aeródromos. Salvo esta excepción, al tener el arrendamiento el carácter de civil, su regulación corresponde a la entidad federativa dentro de la cual se encuentre ubicado el inmueble, razón por la cual en el presente trabajo nos referiremos al Código Civil para el Estado de Nuevo León (CCENL), cuyas —dicho sea de paso— disposiciones en los temas que nos ocupan son prácticamente idénticas a los contenidos en el Código Civil Federal (CCF).

1. *Características principales del contrato de arrendamiento de inmueble*

No es la intención del autor entrar al análisis profundo del contrato de arrendamiento de inmueble destinado a fines comerciales, sino únicamente dar un panorama general del mismo como preámbulo al estudio del problema de su incumplimiento provocado por la pandemia del COVID-19.

Para Rojina (2001), “se define al arrendamiento como un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante el pago de un precio cierto” (p. 229).

Por su parte, el art. 2292 del CCENL señala que hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra a pagar un precio cierto por ese uso o goce.

De los conceptos doctrinal y legal mencionados se desprende que este contrato tiene como elementos principales: por una parte, la concesión del uso o goce de una cosa (que bien puede ser un bien mueble o inmueble); y, por la otra, el pago de un precio cierto como contraprestación por el otorgamiento de ese uso o goce, que al tener carácter temporal se deriva un tercer elemento que es el de la restitución de la cosa.

Las principales obligaciones que tiene el arrendador al celebrar el contrato, de acuerdo con lo señalado arriba, consisten en entregar el inmueble en las condiciones necesarias para el uso convenido, con las condiciones de higiene y seguridad que establezca la normatividad respectiva; realizar las reparaciones necesarias para conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante el arrendamiento; garantizar el uso o goce pacífico de la cosa durante la vigencia del contrato y responder por los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos del inmueble, anteriores al arrendamiento.

Por su parte, el arrendatario tiene a su cargo, entre otras, las siguientes obligaciones: en primer lugar, cubrir la renta en la forma y tiempo convenidos; responder por los daños que la cosa arrendada sufra por su culpa o negligencia, y utilizar el bien solamente para el uso convenido o conforme a su naturaleza y destino.

Finalmente, para no desviarnos demasiado del tema en estudio, señalaremos que el artículo 2377 del CCENL establece como causas de terminación del contrato

del arrendamiento, entre otras, la rescisión, la pérdida de la cosa ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor y por actualizarse la cláusula que contenga condición resolutoria o pacto comisorio expreso, es decir, que las partes hayan pactado la resolución del contrato por el solo hecho del incumplimiento de una de ellas, sin necesidad de declaración judicial. Definitivamente, para el estudio que nos ocupa, son relevantes la rescisión y la resolución por el pacto comisorio expreso, ya que ambas causales parten de un incumplimiento por parte del arrendatario a las obligaciones pactadas, principalmente la del pago de la contraprestación por el uso y goce de la cosa arrendada.

2. *Aplicación del principio pacta sunt servanda*

Cuando se menciona este principio se hace referencia a la fuerza vinculatoria y a las consecuencias del acuerdo de voluntades (León, 2004).

Este principio es fundamental en el derecho contractual para ubicar la forma en que las personas deben comportarse respecto de las obligaciones que asumen en sus relaciones contractuales, se refiere básicamente a la fuerza obligatoria que se desprende de un contrato para las partes que lo celebran, siendo que “los principios de libertad contractual y de fuerza obligatoria de los contratos son los dos pilares del derecho de contratos. No son contradictorios, sino complementarios, pues la libertad contractual no tendría sentido si el contrato no tuviera efecto vinculante, y viceversa, la fuerza vinculante del contrato es soportable porque se trata de un vínculo libremente asumido” (Sylvain Marchand citada en Zegarra, 2004, p. 2).

En la legislación del Estado de Nuevo León, la vemos contenida en el artículo 1693 del CCENL que textualmente establece:

Art. 1693.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Es por demás evidente que siendo el arrendamiento un contrato bilateral, le aplica lo estipulado en el dispositivo legal arriba transcrito, por lo que la obligación de pago a cargo del arrendatario debe cumplirla en la forma y términos convenidos en el contrato, sin que exista posibilidad de modificación por parte de un juez. Esto es así en virtud de que la legislación en comento no contiene la teoría de la imprevisión, que es utilizada, según Dominguez y Tena (2010), cuando las prestaciones pactadas en el contrato se vuelven más onerosas para una de las partes por una situación extraordinaria e imprevisible que surge con posterioridad a su celebración y que la parte afectada podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones, de tal suerte que si el legislador estatal contempló para la eficacia de los contratos únicamente el principio *pacta sunt servanda*, sin hacer alusión a la teoría de la imprevisión, no es posible su aplicación a un contrato celebrado en el Estado de Nuevo León, como sí sucede en otras entidades federativas de la República Mexicana, como Jalisco, Veracruz, Chihuahua, Ciudad de México, entre otras, que la tienen incluida en sus ordenamientos civiles.

Este criterio fue asentado en la jurisprudencia dictada por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil de primer Circuito [8º.TCCMC] (2002) que medularmente establece que

[...] al no adoptar la teoría de la imprevisión o cláusula rebus sic stantibus [...], sino que [...] adopta en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquella, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.

Podemos concluir este punto señalando que, de acuerdo con lo analizado, tratándose del contrato de arrendamiento de inmueble destinado a fines comerciales celebrado en México, particularmente en el Estado de Nuevo León, las partes están obligadas a cumplir con lo que expresamente hubieren pactado en el contrato, para así evitar caer en el incumplimiento y las consecuencias jurídicas derivadas del mismo; sin embargo, puede darse el caso de que exista el incumplimiento, pero este no sea culpable por encuadrar en una causal de exclusión de esa responsabilidad, como lo es el caso fortuito o fuerza mayor, que veremos a continuación.

III. La causa de fuerza mayor

Conforme a los artículos 1998, 2002 y 2003 del CCENL, “el que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios”. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo del patrimonio por el no de cumplimiento de una obligación y por perjuicio, la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación, y se añade en el artículo 2004 que “los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

Entonces, si un arrendatario incumple en el pago de la renta fijada como contraprestación, encuadra dentro de la responsabilidad civil subjetiva que surge como consecuencia del injustificado incumplimiento de obligaciones contraídas contractualmente que pueden tener lugar en forma dolosa o intencional, culposa o imprudencial e incluso en contra y por circunstancias ajenas a su voluntad, como sucede en el caso fortuito o fuerza mayor (Sepúlveda, 1997). Dependiendo de cómo se dé el incumplimiento, existirá la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por la mora.

Puede darse el caso de que exista un incumplimiento, pero que este no sea culpable por haber sido causado o ser atribuible a circunstancias ajenas a la voluntad del obligado, dándose lugar a una excepción a la responsabilidad por mora. Al efecto, el mismo CCENL establece textualmente:

Art. 2005.- Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.

Ahora bien, podemos ejemplificar el incumplimiento en el pago de las rentas de un contrato de arrendamiento con fines comerciales, cuando la autoridad sanitaria ordenó la suspensión de actividades no esenciales y muchas empresas tuvieron que permanecer cerradas, viendo mermados sus ingresos normales, asumiendo el costo laboral, pago a proveedores, etc., que las orilló en muchos de los casos a incumplir con lo pactado en los contratos celebrados. Será necesario analizar si la suspensión de actividades y el confinamiento ordenado por la autoridad sanitaria constituye un presupuesto de caso fortuito o fuerza mayor que exonere de culpa a la parte incumplida. A fin de estar en condiciones de conocer el alcance de esta situación, continuaremos con el estudio de la regulación de la fuerza mayor.

1. *Concepto*

Tradicionalmente se discute si el caso fortuito o fuerza mayor son una misma cosa. Existen criterios judiciales como el sostenido por la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SASCJN] (1997) que sostiene que independientemente del criterio doctrinal, ambos conceptos tienen una misma connotación, ya que sus efectos son los mismos; sin embargo, doctrinalmente se le ha vinculado al caso fortuito con acontecimientos de la naturaleza y a la fuerza mayor con conductas, ya sean hechos u omisiones del ser humano, incluyendo en este rubro los relativos a la autoridad (Basham, Ringe y Correa, 2020). Del artículo 2349 CCENL se desprenden dos clases: el caso fortuito ordinario que ocurre regularmente, como sería la temporada de huracanes, y el caso fortuito extraordinario que sucede de manera anómala, que el propio artículo menciona como: incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido prever razonablemente.

Respecto de la fuerza mayor, Martínez (2013) sostiene: “Es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Ejemplo: la guerra, la huelga, las órdenes de la autoridad” (p. 269). Nosotros agregaríamos que si bien el hecho impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación, es necesario mencionar que este puede ser parcial y/o temporal y que exime al obligado del cumplimiento de su obligación en tanto perdure dicha circunstancia.

En la mayoría de los códigos civiles mexicanos encontramos cierta confusión sobre el caso fortuito o fuerza mayor, ya que no es claro si la “o” se utiliza como conjunción disyuntiva de equivalencia o de diferencia. Esta situación se presenta en muchos de los códigos civiles de influencia romano-germánica, por ejemplo, Varsi, Roservand y Torres (2020) señalan que, en este mismo sentido, el ordenamiento jurídico peruano utiliza de manera indistinta las expresiones *caso fortuito* (acto de la naturaleza o del divino [*acts of God*]) o *fuerza mayor* (mandato del gobierno [*acts of Prince*] (p. 31). Por su parte, en Argentina, el Código Civil y

Comercial de la Nación igualmente utiliza ambos términos, pero en su artículo 1730 específicamente estipula que se utiliza ambos términos como sinónimos.

El CCENL no es la excepción, ya que en algunas disposiciones los utiliza como si formaran parte de un mismo concepto y en otros los diferencia al mencionar solo a uno de ellos, lo que hace pensar que son dos supuestos diferentes; así tenemos los artículos 2325 y 2326 del citado código (que analizaremos más adelante), cuyo texto original menciona que si por caso fortuito se impide el uso total del bien al arrendatario, este tiene derecho a suspender el pago de las renta durante el tiempo que dure el impedimento y si perdura podrá dar resolver el contrato, mientras que si el impedimento es parcial, tendrá derecho a la reducción proporcional de la renta. Estos artículos fueron modificados con motivo de la pandemia que venimos padeciendo y así, mediante el Decreto No. 358 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Nuevo León con fecha 2 de octubre del 2020, se adicionó en el art. 2325 la frase “o fuerza mayor” para incluirlo conjuntamente con el de caso fortuito. Asimismo, se adicionó un segundo párrafo al artículo 2326 en los siguientes términos:

[...] Los arrendatarios de bienes inmuebles en los cuales se realicen actividades de giro comercial y que resulten perturbados en el disfrute de los mismos como consecuencia de la aplicación de declaratoria de emergencia de protección civil o sanitaria emitida por autoridad competente, en la cual se ordene el cese de operaciones comerciales del giro comercial que le resulte aplicable, podrán tener derecho a una rebaja en la renta durante el tiempo que dure la declaratoria de emergencia y la prohibición de la apertura de sus comercios sobre la circunscripción territorial en la que se ubique el inmueble en los términos de lo pactado entre el arrendador y arrendatario o a falta de acuerdo, lo que defina la autoridad competente.

Como podemos observar, esta reforma tiene dedicativa especial para la pandemia que estamos viviendo, sin pretender abundar sobre su análisis, consideramos que no solo le falta claridad, sino incluso puede dar lugar a serios problemas, principalmente al pretender regular en forma específica la causa de fuerza mayor, porque la saca del contexto de los artículos en su forma original, dando la impresión de que dichos artículos únicamente regulaban el caso fortuito y, por ende, no aplican a los incumplimientos originados por el acto de autoridad emitido con motivo de la pandemia, sino que solo serán aplicables a aquellos casos que se presenten a partir de la entrada en vigor de la reformas. No obsta lo anterior, en virtud de que los vocablos *caso fortuito* o *fuerza mayor*, como conceptos producen idénticas consecuencias y representan un acontecimiento ajeno a la voluntad del obligado que le impide cumplir con su obligación y tomando en consideración que pueden aplicarse analógicamente, en el presente trabajo nos referiremos a ambos bajo la misma connotación.

2. *Presupuestos jurídicos*

Para que exista una excluyente en la responsabilidad civil por el incumplimiento de una obligación, por caso fortuito o fuerza mayor (independientemente de

que se les considere como uno o dos supuestos) tienen que darse los siguientes elementos: (i) que sea un hecho o acontecimiento de carácter extraordinario, (ii) imprevisible, irresistible e inevitable, (iii) que corresponda a un hecho de la naturaleza o bien por hechos del hombre o de la autoridad, y (iv) que además impida al deudor, temporal o definitivamente, cumplir con su obligación total o parcialmente.

Es un acontecimiento de carácter extraordinario porque se da fuera del contexto normal contemplado por las partes en un contrato, como sucedió en México con el acuerdo que declaró la acción extraordinaria con motivo de la emergencia sanitaria, que implementó la cuarentena motivada por la pandemia. Es importante destacar que consideramos que la pandemia en sí misma no representa una causa de fuerza mayor (salvo que la persona obligada hubiese caído enferma por contagio y que esto le impidiera cumplir con sus obligaciones), sino que son los hechos o actos que se dan como consecuencia de la misma lo que la provoca, como es el caso del mencionado acuerdo de emergencia sanitaria, que impidió la apertura de negocios e impuso una limitación al libre tránsito de las personas.

Lo imprevisible se refiere a un suceso que no se pueda prever; el artículo 2349 citado dispone que el acontecimiento debe ser tal que los contratantes no lo hayan podido prever razonablemente. Se podría pensar que la pandemia era previsible dados los brotes de algunas enfermedades similares en tiempos recientes, como el de la influenza (virus H1N1); sin embargo, el grado de gravedad y las medidas tomadas por los gobiernos con motivo de la pandemia actual, difícilmente hubieran podido ser previstas por la parte afectada y tampoco hubiese podido tomar medidas razonables para impedir sus efectos.

No basta con que el acontecimiento sea razonablemente imprevisible, lo verdaderamente relevante es que debe ser irresistible e inevitable, ya que, no obstante que los contratantes pudieran haberlo previsto, su realización ocasiona la imposibilidad de que el deudor cumpla su obligación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (1954) dispuso que para que exista el caso fortuito o fuerza mayor debe darse una imposibilidad verdadera, y no que el cumplimiento de una obligación simplemente se haya hecho más difícil, que el acontecimiento que constituye el obstáculo para la ejecución de la obligación haya sido imprevisible y que el deudor no haya incurrido en ninguna culpa anterior. Esto es importante porque está relacionado con la obligación de las partes de actuar diligentemente, lo que significa que las consecuencias del acontecimiento deben salir del control del deudor, puesto que si el hecho es previsible y controlable, el deudor debe tomar las medidas necesarias para mitigar el efecto, de lo contrario no podrá alegar la imposibilidad de cumplimiento. En el caso de un impedimento temporal, la invocación de la fuerza mayor solo subsistirá mientras el impedimento tenga un efecto sobre la ejecución (Majumder y Giri 2020). En el caso de la pandemia del COVID-19, consideramos que las medidas ordenadas por las autoridades son de carácter inevitable, ya que obliga a realizar una conducta que normalmente el deudor no realizaría, como lo es el cierre de la empresa y el confinamiento voluntario o forzoso y es irresistible porque la conducta a seguir está ordenada por un

acto de autoridad que el deudor tiene que llevar a cabo so pena de sufrir sanciones administrativas.

Sobre este punto nos interesa saber ¿cuál es el alcance jurídico de los acuerdos emitidos con motivo de la emergencia sanitaria? Si estos tienen la fuerza legal suficiente para impedir la actividad comercial y establecer una cuarentena en la población, de manera que impidan a las partes en un contrato de arrendamiento comercial cumplir con sus obligaciones legales emanadas del mismo. Partimos de la premisa constitucional de que toda persona tiene derecho a la protección de la salud (CPEUM, Artículo 4º), y para cumplir con ello la Ley General de Salud (LGS), en su artículo 134, establece que la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, entre ellos el de Nuevo León, en sus respectivos ámbitos de competencia, realizarán actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de diversas enfermedades transmisibles, entre las que se encuentran contempladas la influenza epidémica y otras infecciones agudas del aparato respiratorio; el COVID-19 encuadra en dicha hipótesis normativa. Asimismo, esta ley le da el carácter de autoridad sanitaria al Consejo de Salubridad General y le otorga una serie de facultades, entre las que se encuentra la de ejercer la acción extraordinaria en materia de salubridad general; coordinar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la ley y demás normas aplicables en materia de salubridad general. Además, contempla que cuando, en el territorio nacional, cualquier enfermedad transmisible adquiera características epidémicas graves, las autoridades civiles, militares y los particulares estarán obligados a colaborar con las autoridades sanitarias en la lucha contra dicha enfermedad.

Respecto de la acción extraordinaria, podemos señalar que la mencionada ley dispone que, en caso de epidemia de carácter grave y peligro de invasión de enfermedades transmisibles que afecten al país, la Secretaría de Salud dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud; finalmente, el artículo 411 de la LGS otorga facultades a las autoridades sanitarias para ordenar la inmediata suspensión de trabajos o de servicios o la prohibición de actos de uso, cuando, de continuar aquellos, se ponga en peligro la salud de las personas.

De lo expuesto podemos concluir que, efectivamente, el acuerdo dictado por la autoridad sanitaria con motivo de la pandemia del COVID-19 es un acontecimiento que reúne las características necesarias para ser considerada una causa de fuerza mayor. Sin embargo, hay muchos puntos que no hacen reflexionar sobre su aplicación en general, principalmente en cuanto a los efectos que producen entre los contratantes, como veremos a continuación.

3. *Efectos genéricos*

El efecto jurídico principal de la causa de fuerza mayor consiste en eximir al deudor de la culpa por el incumplimiento, ya que dicho incumplimiento proviene de una causa externa que le impide verdaderamente al obligado actuar conforme a lo pactado en el contrato, y este efecto proviene del principio general de derecho que dispone que “nadie está obligado a lo imposible”. Sin embargo, la ley establece

ciertos casos en que el obligado no puede librarse de cumplir la obligación aunque exista una causa de fuerza mayor.

Como lo señalamos anteriormente, el artículo 2005 del CCENL establece como regla general que nadie está obligado al caso fortuito, pero incluye tres excepciones que no exoneran al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, a saber: (i) cuando ha dado causa o contribuido a él, (ii) cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, (iii) cuando la ley se la impone.

La segunda excepción es la que nos interesa analizar por ser aplicable al punto que venimos estudiando; se presenta cuando se ha aceptado contractualmente esa responsabilidad. Debemos mencionar que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar libremente; es válido que asuman cualquier riesgo dentro de los parámetros de licitud, siempre que lo haga en forma expresa. Al efecto, el CCENL, en su artículo 6, estipula que “la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla” y que “solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. En el caso de los contratos de arrendamiento, las partes pueden asumir válidamente el riesgo del caso fortuito o la fuerza mayor; entonces es indispensable el análisis casuístico de los contratos incumplidos con motivo de la pandemia, pues no es raro que en la práctica comercial se incluya una cláusula de renuncia a los beneficios que otorga la figura en estudio y, de ser el caso, ninguna de las partes podrá excusarse de cumplir con sus obligaciones.

Un punto discutible sobre el incumplimiento por parte del arrendatario en el pago de la contraprestación por uso del inmueble, es la íntima relación que la ley establece entre el uso del inmueble y el pago de la renta. En principio, el arrendatario podrá oponer la fuerza mayor derivada del acto de autoridad que le ordenó el cierre de su empresa, ya que se le impidió el uso del inmueble y la realización de sus actividades para poder generar recursos para cumplir con sus obligaciones; por su parte, el arrendador podrá alegar que el arrendatario en ningún momento perdió el uso y aprovechamiento del inmueble y, al continuar poseyéndolo, la obligación de pago continuó vigente.

Para Rojina (2001), el monto de la renta constituye el objeto directo de la obligación del arrendatario y el objeto indirecto del contrato de arrendamiento y debe guardar una relación de proporcionalidad con el uso o goce, hay una relación de interdependencia entre ellos:

es decir, no se causa el precio y, por tanto, el arrendatario no está obligado a pagar la renta, sino se concede día a día, momento a momento, el uso o goce. Toda perturbación en ese uso libera al arrendatario del pago de la renta correspondiente por el tiempo que dure la perturbación. Si ésta es parcial, la renta debe reducirse proporcionalmente al uso concedido. Si es total, el arrendatario no está obligado a pagar la renta y si se impide el uso de la cosa al arrendatario por más de dos meses, habrá una causa para pedir la rescisión del contrato, aunque el impedimento provenga de caso fortuito, fuerza mayor o incluso, cuando el arrendador impida el uso para efectuar reparaciones en la cosa (p. 249).

Este argumento del autor encuentra su sustento en lo establecido en la propia legislación, ya que, por ejemplo, el arrendatario tiene la obligación de pagar la renta desde el momento en que reciba el bien arrendado y perdura hasta el preciso momento en que entrega dicho bien al arrendador, es decir, ambos conceptos están íntimamente vinculados.

Por lo que toca a la aplicación de la fuerza mayor al contrato que nos ocupa, el CCENL dispone textualmente lo siguiente:

Art. 2325.- Si por caso fortuito se impide totalmente al arrendatario el uso de la cosa arrendada, no se causará renta mientras dure el impedimento, y si este dura más de dos meses podrá pedir la rescisión del contrato.

Art. 2326.- Si solo se impide en parte el uso de la cosa, podrá el arrendatario pedir la reducción parcial de la renta, a juicio de peritos, a no ser que las partes opten por la rescisión del contrato, si el impedimento dura el tiempo fijado en el artículo anterior.

Art. 2327.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es renunciabile.

No obstante lo estipulado en la ley, como lo comentamos anteriormente el arrendatario tendrá que demostrar no solo que se le impidió el uso del inmueble en forma total o parcial y que realizó todo lo jurídicamente necesario para evitar la afectación, sino además la relación causal entre el acto de autoridad y el impedimento del arrendatario de cumplir con el pago de la renta, ya que el artículo 1725 del CCENL establece que la imposibilidad debe ser absoluta, de manera que el impedimento haga jurídicamente imposible el cumplimiento de la obligación. En su momento, los tribunales tendrán que valorar esta situación, pues el simple hecho de que exista una declaratoria de causa de fuerza mayor no debe ser un pretexto para incumplir en las obligaciones de pago de la renta de un bien destinado a fines comerciales. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los restaurantes que se vieron obligados a cerrar; no por ese solo hecho ya tienen la imposibilidad de cubrir la renta del inmueble, ya que se les permitió continuar con sus actividades pero solo en la modalidad de “comida para llevar” o “con entrega a domicilio”, con la finalidad de evitar la concentración de personas; evidentemente no será la misma situación para un restaurante gourmet que para una pizzería cuyo producto normalmente se entrega a domicilio; o el caso de una tienda de ropa que, no obstante que cerró sus puertas al público con motivo de la cuarentena, continuó con sus ventas por catálogo en internet, respecto de aquellos negocios que requieren la presencia física de los clientes, como sería un salón de belleza, una sastrería, etc.

4. *Efectos específicos*

En virtud de que con el caso fortuito y la causa de fuerza mayor se exige de la responsabilidad al deudor por el incumplimiento contractual, debemos contemplar la posibilidad, de que las partes hayan pactado en el contrato de arrendamiento que sus obligaciones serían exigibles aun en el caso de que exista el caso fortuito o fuerza mayor, renunciando expresamente a sus beneficios; este punto es muy delicado, ya que si bien el artículo 2327 establece que es irrenunciabile el derecho del

arrendatario a la reducción de la renta en caso fortuito o fuerza mayor, no es así respecto de otras obligaciones a su cargo, como podría ser la de conservar la cosa y restituirla en el estado en que la recibió; por ejemplo, el artículo 2329 del CCENL dispone que el arrendatario es responsable de la pérdida del bien por incendio, salvo que este provenga de caso fortuito o fuerza mayor, y si aquel renunció en el contrato a los beneficios, entonces pudiera exigírsele que restituya el bien, sobre todo cuando la pérdida sea parcial, y si no pudiera hacerlo porque los daños fuesen de imposible reparación, como nadie está obligado a lo imposible, entonces deberá indemnizar por daños y perjuicios causados al inmueble.

Otro efecto importante que se da en los casos de fuerza mayor como el que venimos analizando, consiste en que las penas pactadas para el caso de incumplimiento tampoco serán exigibles, de acuerdo con los términos fijados en el artículo 1744 del CCENL.

Comentamos anteriormente que, en principio, la excluyente de responsabilidad por fuerza mayor le es aplicable a aquellas empresas cuyas actividades tienen el carácter de no esenciales en el acuerdo de emergencia, sobre todo si, como consecuencia del mismo, se les impidió totalmente el uso del inmueble arrendado y, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, no se causa la renta mientras dure el impedimento y si solo se impidió el uso parcial, entonces la renta se reduce proporcionalmente a la limitación en el uso del inmueble. Esto es así porque la fuerza mayor excluye la responsabilidad pero no extingue la obligación. Así, si el impedimento rebasa los dos meses que señala la ley como causal de suspensión de la obligación de pago, entonces se le otorga la facultad al arrendatario de resolver el contrato.

Por otro lado, hay que considerar que las empresas catalogadas como esenciales no podrán oponer la causa de fuerza mayor para justificar algún incumplimiento de su parte, puesto que no les aplicó la suspensión; sin embargo, existe la posibilidad de que solo una parte de la empresa esté destinada a actividades esenciales y la otra no, entonces tendría que hacer valer la fuerza mayor en forma parcial.

Cabe señalar que el acuerdo de emergencia no fue lo suficientemente claro en la categorización de las actividades esenciales y no esenciales, lo que ha provocado problemas de interpretación que seguramente serán resueltos por los juzgadores, tanto en el ámbito judicial como el arbitral; por ejemplo, no está claro qué sucede con aquellas empresas con actividades no esenciales, pero que forman indirectamente parte de la cadena de suministro de una con actividades esenciales, lo lógico es que también puedan seguir operando, pero sólo en el caso de que su suspensión pudiera tener efectos irreversibles para su continuación de la cadena; también encontramos el problema del subarrendamiento del inmueble, cuando el subarrendador es una empresa no esencial y subarrienda parte del inmueble a una empresa con actividades esenciales.

Definitivamente son múltiples las posibilidades que pueden presentarse con el problema que analizamos, por lo que es imposible dar respuesta a todas las situaciones que se presentan. Esto obliga, como ya lo señalamos, al análisis

casuístico para determinar la procedencia y alcance de la fuerza mayor. El arrendatario deberá actuar con cautela, y guardar prueba documental, o de otro tipo, de que actuó con la debida diligencia, y de que tomó todas las medidas a su alcance para la prevención o mitigación de los daños. No debe probar el hecho notorio de la pandemia, sino de la afectación del fenómeno a la imposible prestación o cumplimiento de su obligación contractual (Simmons y Simmons [*Law Firm*] 2020, s/p. en Varsi, Roservanld y Torres, 2020).

IV. El problema de los riesgos

Las causas que hacen imposible en forma total o parcial el cumplimiento de los contratos, dan lugar al problema de los riesgos, cuyo contenido fundamental consiste en determinar las consecuencias que originará ese incumplimiento (Rojina, 1976).

En el caso de incumplimiento de un contrato de arrendamiento, cuya responsabilidad es excluida en virtud de la causa de fuerza mayor, la pregunta sería ¿cuál es la consecuencia que se origina en virtud de ese incumplimiento?, ¿si el afectado por la causa de fuerza mayor no cumple, estará obligada su contraparte a cumplir? Al ser un contrato bilateral y oneroso, se crea un riesgo para el afectado por la fuerza mayor, sobre todo porque, dada la reciprocidad de las obligaciones, la liberación de las incumplidas por una de las partes se debe reflejar en la extinción de las correlativas a cargo de la otra, así lo señala el art. 1843 del CCENL al establecer que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe; sin embargo, el artículo 1918 del mismo código le arroja el riesgo al arrendador al disponer que en los contratos cuya prestación no consista en la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre a cargo del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte. Esta circunstancia la vemos reflejada en el arrendamiento a través de los artículos 2325 y 2326, arriba citados, que establecen el derecho del arrendatario a no cubrir las rentas o a que estas se le disminuyan, cuando por caso fortuito se le prive del uso del bien en forma total o parcial; de ahí que, desde el momento de la celebración del contrato, el arrendador corre el riesgo de la fuerza mayor (salvo renuncia expresa del arrendatario) y en ese caso deberá soportar la consecuencia y no tendrá derecho a exigir la prestación por otorgar el uso del inmueble.

V. Conclusiones

La pandemia del COVID-19 ha trastornado enormemente las relaciones económicas, financieras y sociales en el mundo entero, con una repercusión importante en todos los ámbitos jurídicos, entre ellos las relaciones contractuales originadas en contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a fines comerciales.

La pandemia en sí misma no es una causa de fuerza mayor, sino que el acto de la autoridad sanitaria que ordena la suspensión de actividades no esenciales configura una causa de fuerza mayor, que en muchos de los casos ha tenido como consecuencia el incumplimiento de obligaciones contractuales, entre las que se

encuentra el pago de la contraprestación pactada en los contratos de arrendamiento.

El acuerdo dictado por el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud, que contiene las medidas tomadas con motivo de la emergencia sanitaria originada por el COVID-19, tiene el carácter de acto de autoridad al ser emitido por una autoridad competente, de acuerdo con lo señalado por la propia Constitución, así como por la Ley de Salud.

La causa de fuerza mayor tiene como principal efecto el de eximir al deudor de la culpa por el incumplimiento, al provenir de una causa externa que le impide al obligado actuar conforme a lo pactado en el contrato. Sin embargo, no es suficiente el solo acto de autoridad para que se aplique automáticamente la causa de fuerza mayor, es necesario que el afectado acredite jurídicamente que el impedimento derivado del acto de autoridad verdaderamente le impidió cumplir y que realizó todo lo jurídicamente posible para minimizar la afectación.

El impacto legal causado por la pandemia en las relaciones contractuales del arrendamiento comercial tiene múltiples aristas, que hacen imposible dar una respuesta general. Por ello, será necesario analizar las condiciones particulares de cada caso concreto para determinar su aplicabilidad.

En virtud de que, en el Estado de Nuevo León, la legislación civil no contempla la teoría de la imprevisión, sino que las relaciones contractuales se fundan en la *pacta sunt servanda*, las partes estarán obligadas a cumplir, en sus términos, con los contratos celebrados y, solo en caso de que resulte aplicable la causa de fuerza mayor, podrá el arrendatario ser eximido de la culpa por el incumplimiento y el arrendador tendrá que asumir el riesgo de dicha causa y soportar la pérdida de la contraprestación durante el tiempo que dure el impedimento.

BIBLIOGRAFÍA

- Basham, Ringe y Correa, S.C. (2020). Caso fortuito o fuerza mayor ante el COVID-19. *Abogados.com.ar*. <https://abogados.com.ar/caso-fortuito-o-fuerza-mayor-ante-el-covid-19/25608>
- Código Civil para el Estado de Nuevo León [CCENL]. Arts. 6, 1693, 1725, 1744, 1843, 1998, 2002, 2003, 2005, 2292, 2325, 2326, 2327, 2349, 2329, 2377. 6 de julio de 1935 (México).
- Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN]. Ley 26.994 de 2014. Art. 1730. 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Código de Comercio [COCOM]. Art. 75. 13 de diciembre de 1889 (México).
- Consejo de Salubridad General del Gobierno Federal de México. (31 de marzo de 2020). Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Arts. 4 y 73. 5 de febrero de 1917 (México).
- Domínguez, A. y Tena, R. (2012), Comentarios a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de enero de 2010, U.N.A.M., *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, I (2), 501-531. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8995/11045>
- León, Z. (2004). *Contratos mercantiles*. Oxford University Press.
- Ley de Aeropuertos, 22 de diciembre de 1995, Diario Oficial de la Federación No. DVII-17
- Ley General de Salud, 27 de febrero de 1984, Diario Oficial de la Federación No. CCCLXXII-27
- Martínez, J. (2013). *Teoría de las Obligaciones* (13ª ed.). Porrúa.
- Majumder, B. y Devashish, G. (2020). Coronavirus & Force Majeure: A Critical study (Liability of a Party Affected by the Coronavirus Outbreak in a Commercial Transaction). *Journal of Maritime Law & Commerce*, 51 (1), 51-63. <https://biblioteca.udem.edu.mx/>
- Octavo Tribunal Colegiado de Circuito. Restaurante Villa Reforma, S.A. de C.V.", 25 de marzo de 2002, I.8o. C. J/14 (Jurisprudencia por reiteración).

- Organización Mundial de la Salud, Comité de Emergencias (2020). Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV). OMS. [https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))
- Penadés Zanolli, E.R. (2020). COVID-19 y el contrato de seguros. Implicancias o no de esta realidad en los principios del seguro. Breves reflexiones, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 29 (52), 68-80 (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris52.ccsi>
- Rojina, R. (1976) *Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Teoría General de las Obligaciones*, (6ª ed.). Porrúa.
- Rojina, R. (2001) *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV Contratos*, (27ª ed.). Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Sala Auxiliar). Sindicato de Empleados de Centralab-México, S.A., C.R.O.C., 27 de junio de 1979, 4010/75.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Primera Sala). Contradicción de tesis entre el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Sexto Circuito. 19 de noviembre de 1998, 1ª./J.63/98 (jurisprudencia por contradicción).
- Secretaría de Salud, Consejo de Salubridad General. (30 de marzo 2020a) Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/2020/CSG/CSG_300320_VES.pdf
- Secretaría de Salud, Consejo de Salubridad General, (30 de marzo 2020b) Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. *Diario Oficial de la Federación* https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020
- Secretaría de Salud, Consejo de Salubridad General, (11 de mayo 2020) Acuerdo por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias. *Diario Oficial de la*

Federación. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020

Sepúlveda Sandoval, C. (1977). *De los derechos personales, de crédito u obligaciones*. (4ª ed.). Lazcano Editores.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Tercera Sala). Orozco Morales Alfredo. 25 de marzo de 1954, 2791/35 (Amparo directo).

Varsi-Rospigliosi, E., Rosenvald, N., y Torres-Maldonado, M. (2020). La pandemia de la COVID-19, la fuerza mayor y la alteración de las circunstancias en materia contractual. *Acta Bioethica*, 26 (1), <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/10949>

Zegarra, Álvaro (2004), *Pacta sunt Servanda*. *Revista de Derecho*, (5), 277-359. <https://biblioteca.udem.edu.mx/>

LA INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL DERECHO DE PROPIEDAD A TRAVÉS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

THE IMPACT OF COVID-19 ON PROPERTY LAW THROUGH LEASE CONTRACTS

*Mónica Muñoz-Alonso López**

Resumen

El presente artículo analiza cuáles han sido los efectos de las distintas medidas adoptadas en el marco de la pandemia del COVID-19 sobre el derecho de disfrute de los propietarios respecto de los contratos de arrendamientos.

Palabras clave: arrendamiento, renta, libertad de pactos

Abstract

This article analyzes what have been the effects of the different measures adopted in the context of the COVID-19 pandemic on the right of enjoyment of the owners regarding lease contracts.

Keywords: lease agreement, rent, pact freedom

I. Introducción

El tema de este estudio trata sobre la incidencia del COVID-19 en el derecho de propiedad privada.

En el derecho español, la facultad del propietario referente al uso y disfrute de la cosa está siendo alterada a través del contrato de arrendamiento.

El derecho de propiedad goza de las más amplias facultades que el titular de un derecho subjetivo puede tener; en los países donde existe un reconocimiento constitucional como derecho fundamental del derecho de propiedad, como es el caso de la Constitución española, las facultades que derivan de este derecho solo pueden quedar limitadas por ley y, aun así, la ley no puede mermar estas facultades hasta el punto de dejar sin contenido las mismas, ya que ello supondría dejar sin contenido el derecho subjetivo más importante en un Estado de derecho; implicaría la supresión de la propiedad privada y, en consecuencia, de la herencia.

* Doctora en Derecho Privado. Profesora de Derecho Civil en la Universidad Francisco de Vitoria. Abogada. Mediadora en asuntos medioambientales. Profesora de Legislación Sanitaria en el Máster de Psicología General Sanitaria impartido por la Universidad Francisco de Vitoria. Correo electrónico: m.munozalonso.prof@ufv.es

Si bien la Constitución española¹ permite que se pueda delimitar y acotar el contenido propio del derecho de propiedad, esto será siempre mediante una ley.

Debido a la coyuntura del COVID-19 se han ido publicando varios reales decretos-leyes que limitan el derecho de los propietarios en su facultad de disfrute de la cosa.

II. Referencia histórica al derecho de propiedad

El derecho de propiedad es uno de los derechos más antiguos que se conocen.

Siguiendo a Fustel de Coulanges (1931), tanto en las sociedades griegas como italianas la propiedad del suelo se consideraba como una de las tres cosas esenciales, junto con la religión doméstica y la familia. Entre las tres había una estrecha relación. Los dioses de la familia requerían una morada fija y debían asentarse en el suelo; el hogar era el altar, y esa piedra donde moraba el dios familiar no se podía transportar. La idea de propiedad y religión van unidas; los dioses domésticos solo protegían a la familia a la que pertenecían, eran de su propiedad. El hogar toma posesión del suelo. La familia está adscrita al hogar, el hogar al suelo. Igual ocurría con la tumba, lugar donde debían reposar todos los miembros de esa familia. El suelo era inalienable e imprescriptible. Esta relación directa entre religión doméstica y propiedad privada hacía que una familia no pudiera renunciar ni a una ni a otra, se prohibía al propietario vender su tierra (Arisóteles, *La política*, VI, 2, 5; Platón, *Las leyes*. Ley XII, p. 842).

La propiedad pertenecía a la familia, no al individuo. En el derecho romano, es a partir de las XII Tablas que la venta de la propiedad fue permitida.

En el pueblo griego se reconoció la propiedad privada sobre el suelo; sin embargo, el propietario del suelo no era dueño de las cosechas o de sus frutos, estos debían ponerse en común, al menos la mayor parte.

Los pueblos germanos no concebían la propiedad individual sobre la tierra, no existía ese concepto romano de propiedad privada sobre el suelo. La tribu asignaba a cada uno de sus miembros un lote de tierra para cultivar que cambiaba cada año, pero el germano era dueño de su cosecha; igual ocurría con los rebaños. El suelo pertenecía a todos, era una propiedad en mano común.

El sentido romano de propiedad privada sobre el suelo y sobre todo lo que él produce o se asienta es el que ha llegado hasta nosotros.

El reconocimiento del derecho a la propiedad privada no implica que el poder del propietario sea infinito. El carácter absoluto del derecho de propiedad romano² no existe en ninguna legislación moderna. El propietario debe actuar dentro de los límites que constituye su contenido. Estos límites difieren en cada país y, dentro de ellos, los límites van cambiando en función del momento histórico que

1 Artículo 33. "Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

2 La propiedad del suelo se extiende hacia arriba hasta el cielo y hacia abajo hasta los infiernos.

corresponda. El derecho de propiedad tiene, como todo derecho subjetivo, un fin social que cumplir.

Aunque el Código Civil español, siguiendo al Código napoleónico, no defina el derecho de propiedad, sino que se limita a enumerar algunas de las facultades del propietario, la mayoría de la doctrina define este derecho como el poder jurídico pleno que se puede tener sobre una cosa y que permite someter la misma directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo (Albaladejo 2004; O'Callaghan 2012; Diez- Picazo 2008).

Ahora bien, que se defina como poder jurídico pleno, o el más amplio derecho de señorío que se pueda tener sobre una cosa (Ennecerus, Kipp y Wolf, 1971), no significa que el contenido propio o normal del derecho de propiedad no tenga límites; el propietario tiene una serie de facultades que puede ejercer sobre la base de ese poder pleno, pero dentro de los límites que le permite la ley³.

El derecho de propiedad es un derecho subjetivo privado y, como cualquier otro derecho subjetivo, la satisfacción del interés privado del propietario tiene que coordinarse con el interés de la comunidad, con el interés social; esta conexión o coordinación se lleva a cabo mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y la imposición de deberes a su cargo.

La Constitución española, en su artículo 33, señala la función social como criterio delimitador del contenido del derecho de propiedad privada. Esta función social servirá a la ley para limitar el contenido o el poder del propietario; se impondrán límites tanto en un aspecto positivo, el propietario deberá hacer algo, que si no existiera ese límite podría o no hacerlo; y, en su aspecto negativo, el propietario no podrá hacer algo o lo tendrá que hacer de una determinada manera, y si no existiera ese límite podría hacerlo. El propietario se ve limitado en sus facultades, pero en ningún caso podrá ser privado de ellas o mermado en una extensión que pudiera implicar su supresión.

La función social como límite al poder de su propietario será predicable o no atendiendo al tipo de bien, y serán los que teniendo un valor social se consideren dignos de protección por el ordenamiento jurídico (Anguita, 2010).

En todo caso, la función social no puede dejar sin contenido al derecho de propiedad⁴. Se requieren unos criterios que unifiquen la delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad para evitar que desaparezca un concepto unitario del mismo, la socialización de algunas de sus facultades en determinados bienes es más que evidente (Anguita, 2010).

Entre las facultades que tiene el propietario se encuentra la facultad de uso y disfrute; el ejercicio de esta facultad dependerá del bien sobre el que recaiga. La función social limita el ejercicio del disfrute del bien. En estas líneas voy a exponer si la función social supone una merma en el ejercicio de esta facultad cuando se trata de bienes inmuebles y, concretamente, en viviendas.

3 El artículo 348 del Código Civil español señala "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes"

4 STS89/1994, en su voto particular, con referencia a la prórroga forzosa existente en la Ley de arrendamiento urbano de 1964 y la no posibilidad de actualizar la renta.

Tal vez, los límites a la facultad de uso y disfrute que tiene el propietario de una vivienda, impuesto por el interés social, o aprovechando circunstancias extraordinarias como las que estamos padeciendo hoy en día por el COVID-19, puedan servir para ir reduciendo la libertad de pactos en el contrato de arrendamiento urbano y, en consecuencia, desapareciendo una de las facultades del derecho de propiedad.

De esta manera, “las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal [...] (SSTS 20 de septiembre y 10 de octubre de 2007)” (STS 1152/2008, fundamento segundo).

El propietario tiene una serie de facultades que tradicionalmente se clasifican en dos grandes grupos, de libre aprovechamiento: enajenar, gravar, limitar, transformar, destruir (con las limitaciones derivadas del derecho penal), y la facultad de aprovechamiento: usar, disfrutar, consumir.

Entre las facultades de aprovechamiento, el propietario puede usar la cosa y disfrutarla directamente o bien puede ceder su uso y disfrute a un tercero (onerosa o gratuitamente); cuando esa cesión es de una vivienda nos encontramos con unos límites en interés público; en interés de la vivienda: régimen del suelo, ordenación urbana y arrendaticia.

La cesión del propietario de su facultad de uso y disfrute puede hacerse de diferentes formas; puede ceder su aprovechamiento por turnos a diferentes personas, puede ceder su uso por una temporada corta, puede ceder el disfrute mientras ejerce un determinado cargo o puesto laboral; puede utilizar la forma tradicional de arrendamiento o la más actual de uso turístico o vacacional. Cabría señalar los derechos reales de usufructo, uso o habitación, pero al ser, normalmente, vitalicios no plantean problemas sociales, al menos por ahora.

Veamos la cesión de la facultad de uso y disfrute mediante la relación arrendaticia urbana.

III. La relación arrendaticia urbana

En nuestro derecho, la relación jurídica arrendaticia se regula en el Código Civil, pero son escasos los preceptos para los supuestos de arrendamiento de finca urbana o rústica, por lo que se publicaron sendas leyes que han sido modificadas a lo largo del tiempo⁵.

En lo referente a la Ley de Arrendamiento Urbano (LAU)⁶, se distingue dos tipos de arrendamiento atendiendo a la finalidad del arriendo:

- A) Arrendamiento de vivienda: aquí la finalidad del arriendo es satisfacer la necesidad de la vivienda del arrendatario con carácter permanente⁷.

5 Ley 29/1994, 24 de noviembre, de arrendamiento urbano; Ley 49/2003, de 26 de noviembre de arrendamiento rústico.

6 Artículo 1 “La presente ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda”.

7 Artículo 2 “1. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda

B) Arrendamiento para uso distinto de vivienda: lo que se conoce, conforme a la ley anterior, arrendamiento de local de negocio; en este caso, el destino primordial del arriendo no es servir de vivienda —casa/habitación— al arrendatario con carácter permanente; este carácter permanente permite que se incluyan en este supuesto los arrendamientos de vivienda por temporada, las viviendas por razón de cargo u oficio, las viviendas suntuarias⁸ y otros supuestos. La finalidad del arrendamiento de este grupo o modalidad es ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, asistencial, recreativa, cultural, docente, etc.

El arrendamiento para uso de vivienda tiene una regulación de carácter imperativo en alguna de sus normas y en lo que concierne al tema que tratamos afecta a la renta y a la duración del contrato.

En el caso de arrendamiento para uso distinto de vivienda la regulación es dispositiva, prima la autonomía de la voluntad.

Para una mayor claridad en la exposición, comenzamos con el arrendamiento para uso de vivienda.

III.1. Arrendamiento de vivienda

Una de las normas de con carácter imperativo que prevé la LAU es la referida a la duración del contrato.

En principio, la duración será la libremente pactada por las partes, pero esta declaración de autonomía resulta no ser tal. Hay una duración mínima y si las partes establecen menos tiempo tendrá que prorrogar el contrato hasta que alcance esa duración.

El tema de la duración del contrato ha sido el caballo de batalla de los distintos partidos políticos. El arrendamiento de vivienda enfrenta a las dos partes contratantes, el arrendador que tiene una vivienda que no necesita para vivir en ella, pero que puede ser su sustento económico o un complemento al mismo o, sencillamente, una manera de rentabilizar su ahorro; y, por otra parte, el arrendatario que necesita una vivienda para vivir con carácter permanente.

Esta necesidad de vivienda es lo que parece determinar una duración mínima que garantice cierta estabilidad al arrendatario.

La duración del contrato de arrendamiento ha sufrido varias modificaciones y en la última se distingue, por primera vez, según se trate de una arrendador persona física o jurídica⁹. Si el arrendador es persona física, la duración mínima

del arrendatario. 2. Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador”.

8 Se trata de aquellas viviendas cuya superficie excede de 300 m², o cuando la renta inicial pactada exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual (6 000 euros, aproximadamente, al mes).

9 La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, estableció una duración mínima de tres años. El Real Decreto-Ley 7/2019, de 6 de marzo, en materia de viviendas y alquiler, introduce la distinción entre arrendadores personas

a la que tiene derecho el arrendatario es de cinco años; si el arrendador es persona jurídica, la duración mínima que se le exige al arrendador es de siete años.

El motivo de esta distinción no es más que castigar a las sociedades o fondos de inversión.

La duración tiene importancia porque el importe de la renta, en cuanto a su actualización, la realización de obras y su repercusión, actualización de la fianza y posibles subrogaciones van a depender de ello.

Transcurrido el período obligatorio, si ninguna de las partes denuncia el contrato, este se prorrogará por períodos anuales hasta completar tres años, tanto si el arrendador es persona física como persona jurídica.

En definitiva, la duración total del contrato de arrendamiento es de ocho años si el arrendador es persona física y de diez si es persona jurídica¹⁰.

III.2. Arrendamiento para uso distinto de vivienda

En el caso de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda, el llamado arrendamiento de local de negocio, la duración es la libremente pactada, la ley no establece una duración mínima ni tampoco obliga a unas prórrogas una vez finalizada la duración mínima.

Al no exigirse una duración mínima en el contrato no hay ninguna cláusula que con carácter obligatorio tenga que depender de ella.

IV. El COVID-19 y la normativa gubernamental.

En España, el COVID-19 ha provocado una situación de emergencia tanto sanitaria como económica. El estado de alarma decretado dio lugar a un confinamiento durante varios meses¹¹ que provocó una crisis económica en todos los sectores; salvo los declarados como actividad esencial el resto de las actividades tuvieron que cerrar y detener su producción.

La declaración del estado de alarma dio lugar a que muchas actividades económicas tuvieran que cesar o reducirse al mínimo provocando una disminución de los ingresos. Esta disminución de rendimientos produjo grandes problemas de liquidez para hacer frente a las obligaciones financieras contraídas y, en lo que aquí interesa, para hacer frente al pago de las rentas del alquiler del local.

físicas y arrendadores personas jurídicas. Así mismo, distingue la duración mínima en función del arrendador, cinco y siete años.

10 Como excepción a la prórroga, el artículo 9 dispone: “Una vez transcurrido el primer año de duración del contrato y siempre que el arrendador sea persona física, no procederá la prórroga obligatoria del contrato cuando, al tiempo de su celebración, se hubiese hecho constar en el mismo, de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial”.

11 El 21 de marzo de 2020 es la fecha de declaración del estado de alarma y se prorrogó en 6 ocasiones (25 de marzo, 9 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo, 3 de junio, finalizando el 21 de junio de 2020). El 9 de noviembre se dictó nuevo decreto de alarma que terminará el 9 de mayo de 2021.

La dificultad en el pago de las rentas por parte de los arrendatarios originó acuerdos entre arrendadores y arrendatarios para retrasar los pagos o reducir el importe de las rentas mientras durara la situación.

Si el acuerdo solidario por parte del arrendador no se daba, la única vía que le quedaba al arrendatario era la judicial, solicitando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; se trata de una cláusula de elaboración jurisprudencial, no hay norma escrita. La finalidad de esta cláusula es revisar las obligaciones contractuales cuando por circunstancias extraordinarias o imprevisibles se altere el equilibrio de las prestaciones de las partes; sobre el principio de equidad y buena fe esta doctrina sería aplicable siempre que, dándose las circunstancias sobrevenidas y extraordinarias, esto es, no previsibles, se produjera una revisión de las obligaciones contractuales.

En aquellos casos en que sobrevienen circunstancias que rompen el equilibrio económico del contrato de tal manera que a una de las partes le es imposible o muy gravoso el cumplimiento de su prestación, la aplicación de la cláusula puede ser la solución a la crisis económica que ha supuesto la pandemia por el COVID-19.

En todo caso, los jueces no son muy partidarios de la aplicación de esta cláusula al ser reiterada “doctrina jurisprudencial que la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus* exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que ha de haberse producido por un riesgo imprevisible y la subsidiariedad por no haber otro remedio” (STS 2868/2012, fundamento sexto y cuarto párrafo del fallo).

En contra de esta concepción tradicional surge otro criterio que entiende necesario un ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento. La crisis económica y sus efectos sobre la actividad económica son un hecho notorio que no requiere de costosos informes periciales para su justificación. La crisis económica no prevista en el contrato como posible causa de resolución no puede impedir su inclusión en el requisito de imprevisibilidad.

El gobierno español no esperó a que la solución a este desequilibrio viniera de la voluntad de las partes contratantes y, en su defecto, por la vía judicial, sino que se apresuró a publicar dos reales decretos-leyes imponiendo al propietario-arrendador unas moratorias o reducciones sin posibilidad de negociación con el arrendatario.

Estos reales decretos suponen una limitación al derecho del propietario, en su facultad de uso y disfrute, limitación impuesta por real decreto-ley y no por ley, tal y como exige la Constitución española.

Los reales decretos leyes son una fórmula prevista en la Constitución para los casos urgentes en los que no se pueda esperar a la tramitación parlamentaria, hay urgente necesidad en un tema y el Gobierno asume la capacidad legislativa propia del parlamento. Estos reales decretos leyes son sometidos con posterioridad a su convalidación por el Parlamento, que podrá aprobarlos o bien rechazarlos, en este último caso quedará sin efecto, pero sin carácter retroactivo, lo que supone su vigencia durante ese período.

En el tema que nos ocupa, el Gobierno español dictó dos reales decretos-leyes, atendiendo a la urgente necesidad derivada del COVID-19, que han tenido una gran incidencia: el Real Decreto-Ley 11/2020, 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y el Real Decreto-Ley 15/2020, 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Como novedad cabe destacar que por Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo se prorroga lo dispuesto en los anteriores reales decretos-leyes citados.

Esta forma de legislar impide que exista oposición a las medidas adoptadas, vulnerándose los derechos de los arrendadores al impedirles poder establecer otros acuerdos con los arrendatarios menos agresivos.

V. Incidencia del COVID-19 en la renta pactada y en la duración del contrato de arrendamiento

De todas las medidas establecidas las que nos interesan son la imposición de una prórroga extraordinaria en la duración de los contratos de arrendamiento y una moratoria en el pago de la renta.

V.1. Arrendamiento de vivienda

Estas dos medidas, duración y moratoria en el pago, se aplican a los contratos de arrendamiento que estén regulados por la Ley de 24 de noviembre de 1994.

El arrendador queda obligado a prorrogar el contrato de arrendamiento por un período de seis meses cuando el contrato finalizara durante el tiempo que durara el decreto de alarma y dos meses después¹². Si el contrato estuviera prorrogado se aplicará también esta ampliación.

La siguiente medida que nos afecta es la relativa a la moratoria de la deuda; el arrendador queda obligado a conceder al arrendatario una moratoria en el pago de la renta. La moratoria es automática, lo que supone que no hay posibilidad de negociación y conlleva una limitación al derecho de propietario. Se vulnera la autonomía de la voluntad en materia contractual y la exigencia de una ley que pueda limitar el derecho del propietario.

La duración de esta moratoria es mientras dure el estado de alarma y los cuatro meses siguientes.

El arrendador podrá recuperar las cantidades objeto de moratoria en la forma que marca el propio real decreto: se fraccionará el importe y podrá exigirse mensualmente durante los tres años siguientes al haber terminado el estado de alarma y los cuatro meses siguientes. Si el contrato ya no estuviera vigente se reducirá el plazo.

Para que estas medidas puedan aplicarse se establecen una serie de requisitos en el arrendatario. El arrendatario debe considerarse vulnerable económicamente

¹² El 21 de marzo de 2020 es la fecha de declaración del estado de alarma y se prorrogó en 6 ocasiones (25 de marzo, 9 de abril, 6 de mayo, 20 de mayo, 3 de junio, finalizando el 21 de junio de 2020). El 9 de noviembre se dictó nuevo decreto de alarma que terminará el 9 de mayo de 2021.

y no disfrutar de ayudas por parte del Estado. Con este término de arrendatario vulnerable, el real decreto se refiere a los arrendatarios en situación de desempleo —ERTE— pérdida de ingresos, si no alcanza 900 euros mensuales y no tiene vivienda en propiedad o usufructo en el territorio en España. También se considera vulnerable el arrendatario cuyos gastos de vivienda y suministro exceden el 35 % del total neto de sus ingresos.

Como medida alternativa a la moratoria en el pago de la renta se concede al arrendador la posibilidad de optar por reducir el importe de la renta al 50 % durante el estado de alarma y cuatro meses más¹³.

Ante las dos posibilidades que el real decreto concede al arrendador la pregunta que nos surge es saber cuál puede interesar.

Si el arrendatario consiguiera alguna ayuda del Estado la moratoria es incompatible y, por ello, el arrendador cobraría el 100 % de la renta a partir de ese momento; pero si ha optado por la reducción de la renta, entonces la ayuda del arrendatario no es incompatible con ello; por tanto, el arrendador no recuperaría el 100 % de la renta.

Como novedad, cabe señalar que el Real Decreto-Ley 30/2020 de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, amplía hasta el 31 de enero de 2021 el plazo para solicitar al arrendador una moratoria o una condonación parcial de la renta si el arrendador es gran tenedor o entidad pública; igualmente se amplía hasta esa fecha el plazo para acogerse a prórroga extraordinaria de seis meses, siempre que el arrendador, persona física, no haya comunicado la necesidad de la vivienda para sí.

V.2. Arrendamiento para uso distinto al de vivienda

En lo que respecta a los arrendamientos de local de negocio o, como expresa la Ley de Arrendamiento Urbano, arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, impone al arrendador una serie de medidas mientras dure el estado de alarma.

Si el arrendador no llega a un acuerdo con el arrendatario se establecen las siguientes medidas: una moratoria en el pago de la renta del alquiler durante el estado de alarma y cuatro meses después, o una reducción en el importe de la renta. En el caso de optar por la moratoria una vez cumplido el plazo, las cantidades debidas se fraccionarán mensualmente durante dos años.

A diferencia del contrato de arrendamiento de vivienda, en este tipo de arrendamiento, las medidas mencionadas se imponen al arrendador, obligatoriamente, cuando este sea empresa, entidad pública de vivienda o gran tenedor.

El real decreto considera gran tenedor a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, o una superficie construida de más de 1,500 m².

13 Si el arrendatario sigue con la calificación de “vulnerable económicamente”.

Si el arrendador no es empresa, ni entidad pública de vivienda, ni gran tenedor, el arrendatario podrá solicitar del arrendador un aplazamiento temporal en el pago de la renta o una rebaja. Las partes podrán acordar los términos en los que se llevará a cabo el acuerdo.

Estas medidas se podrán solicitar por los arrendatarios que cumplan los requisitos previstos en el mismo real decreto-ley¹⁴.

Se autoriza a las partes a disponer de la fianza exigible conforme al artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, como pago total o parcial de alguna de las mensualidades de la renta. El importe dispuesto deberá reponerse en el plazo máximo de un año.

Esta posibilidad supone una vulneración al fin propio que se persigue con la fianza, que es servir de garantía al cumplimiento de las obligaciones que tiene el arrendatario, distinta de la obligación de pago; la propia ley de arrendamiento lo prohíbe. Además, la fianza debe depositarse en el organismo que cada CCAA haya determinado. Por tanto, esta posibilidad supone una vulneración más al derecho del propietario.

VI. Conclusiones

1. Es preferible hablar del COVID-19 y no de pandemia, ya que las medidas impuestas podrían generalizarse para otros casos de pandemia.
2. El Gobierno queda obligado a adoptar medidas que reduzcan el impacto negativo que el COVID-19 supone para la economía, pero no creo que la solución sea imponer a los arrendadores unas restricciones en sus facultades del derecho de propiedad. Las restricciones impuestas no conllevan una contraprestación, lo que las hace injustas. Y, a mayor abundamiento, esta forma de legislar no es la adecuada máxime cuando se está limitando la facultad de disfrute del derecho de propiedad; conforme al mandato constitucional, cualquier alteración en el contenido del derecho de propiedad debe hacerse mediante ley. El estado de alarma decretado impide al Parlamento convalidar las disposiciones de los reales decretos-leyes, por lo que aun si en un momento posterior se anularan el daño ya está hecho; aunque siempre queda exigir responsabilidad patrimonial a la administración.
3. Con estas restricciones se altera aun más el equilibrio de las prestaciones contractuales de las partes. En el contrato se ha podido pactar que los gastos generales de la vivienda no individualizados (gastos de comunidad) se incluyan en el importe de la renta a pagar. Y, en este caso, las medidas de reducción de renta o moratoria en el pago perjudican al arrendador que ya no solo no cobrará la renta, sino que tendrá que abonar unos gastos que debería satisfacer el arrendatario. De igual manera, cabe preguntarse si el arrendatario está obligado a pagar esos gastos si se ha pactado en

14 Entre ellos cabe señalar: reducción de la facturación en un 75 %, tomando como referencia el mismo trimestre del año anterior; situación de alta en la seguridad social; cierre total de la actividad por pandemia.

el contrato y no están incluidos en el importe de la renta o podrá pedir reducción o moratoria. Igual cabe señalar en el caso de pago de tributos o tasas.

4. Se vulnera el principio de igualdad en cuanto al arrendador, ya que se establecen medidas diferentes atendiendo al tipo de persona. De igual manera, tratándose de arrendatarios se excluye a las personas que pueden estar en estado de vulnerabilidad económica, pero no cumplen los requisitos. Tal vez, hubiera sido mejor ofrecer ayuda a todos los arrendatarios y establecer unas compensaciones a los arrendadores; el Gobierno no puede eludir su obligación de proteger a los ciudadanos imponiéndosela a algunos de ellos, en el caso que nos ocupa, a los arrendadores.
5. Estas situaciones forzadas previstas en los reales decretos-leyes dejan muchos temas sin resolver; se cuestiona si el arrendatario podría solicitar la suspensión del contrato en lugar de la cláusula *rebus sic stantibus*. La agencia tributaria dejará de ingresar los importes correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) de las rentas y tendrá una minoración en los ingresos procedentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).
6. Otra duda razonable es si la superficie construida de más de 1,500 m² se refiere a un único inmueble o también cabe la suma de varios para la calificación de gran tenedor. Y también cabe cuestionarse si la referencia a más de diez inmuebles es cualquier inmueble, local comercial, vivienda, finca rústica, en plena propiedad o indivisa; debemos entender que se refiere a más de diez inmuebles urbanos, en plena propiedad, por lo que se excluyen las fincas rústicas y las situaciones de copropiedad indivisa.
7. Igualmente, surgen dudas respecto de los arrendamientos de vivienda de temporada; se trata de una vivienda, pero la LAU lo incluye en arrendamiento para uso distinto del de vivienda y es dudoso que el arrendatario sea autónomo o pequeña empresa, por lo que no reunirá los requisitos necesarios para demostrar la situación de vulnerabilidad social y económica como consecuencia del COVID-19. Este tipo de arrendamiento es frecuente en el caso de estudiantes que por supresión de clases presenciales por los efectos del COVID-19 se han tenido que marchar; al no haberse previsto esta circunstancia, solo el acuerdo con el arrendador permitirá una reducción de la renta, una moratoria o el posible desistimiento del contrato. Por el contrario, no habrá problema en el caso de arrendamiento de oficina o despacho en una vivienda para poder acogerse a las medidas, siempre que se cumplan los requisitos vistos para los arrendamientos de uso distinto al de vivienda.

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (2004). *Derecho Civil. Tomo III: Derecho de bienes*. Edisofer.
- Anguita, R. (2010). *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*. Dykinson.
- Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículo 348, (España).
- Constitución Española. 06 de diciembre de 1978. Artículo 33. (España).
- Colina, R. (2018). *El principio de autonomía de la voluntad*. VLex.
- Díez-Picazo, L. y Gullon, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil patrimonial (Vol.3)*. Tecnos
- Díez-Picazo, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (1ª ed.)*. Derechos Reales. Civitas-Thomson Reuters.
- Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M. (1971). *Tratado de Derecho Civil. Tomo 3: Derecho de cosas*. (Vol. 1).
- Merrill, T. y Smith, H. (2013). *Propiedad y Derechos Reales*. Civitas-Thomson Reuters.
- O'Callaghan, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil. Tomo III Derechos reales e hipotecario*. Ramón Areces.
- Vázquez, C. (2018). Comentario al artículo 348 del Código Civil. En C. Vázquez (Ed.) *Código Civil Comentado*. VLex.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre de 1994. Ley de Arrendamientos Urbanos. Artículo 36. BOE (A-1994-26003).
- Ley 4/2013, del 04 de junio del 2013. Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. BOE. (A-2013-5941).
- Real Decreto Ley 7/2019, del 01 de marzo de 2019. Real Decreto de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. BOE. (A-2019-3108).
- Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril de 2020. Medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE. (A-2020-4554).
- Real Decreto Ley 30/2020, de 30 de septiembre. Medidas sociales en defensa del empleo. BOE. (A-2020-11416).
- Tribunal Supremo, 20 de septiembre de 2007. Sala Primera, de lo Civil. (STS 996/2007).

Tribunal Supremo, 27 de noviembre de 2008. Sala Primera, de lo Civil. (STS 1152/2008).

Tribunal Supremo, 27 de abril de 2012. Sala Primera, de lo Civil. (STS 2868/2012).

Tribunal Constitucional, 17 de marzo de 1994. Pleno. (STS89/1994).

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉFS.: 424-8104 / 424-3411

ABRIL 2022 LIMA - PERÚ

El presente libro contiene las ponencias presentadas en el V Congreso de Derecho Inmobiliario “Los efectos del COVID en el Derecho Inmobiliario”, organizada por el Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico y el Observatorio Inmobiliario y Mercantil de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El evento contó con la participación de académicos y académicas reconocidos de Latinoamérica y Europa, quienes analizaron el impacto de las medidas tomadas por los diferentes gobiernos a propósito de la pandemia del COVID- 19.

Entre los textos se encuentra el último trabajo de investigación de la profesora Rita Sabroso Minaya, quien lamentablemente ya no se encuentra con nosotros. Esta publicación es también un homenaje a ella y un reconocimiento a su labor profesional, académica, y en especial, a lo que significó ella como persona.

