

## *Después de diez años*

-

Hace algo más de diez años asumí la condición de editor ejecutivo -y responsable último, por tanto- de InDret, sucediendo a su fundador y primer editor, Pablo Salvador Coderch. Ahora, tras 44 números de la revista, con retraso sobre lo que hubiera sido deseable, llega el momento de una nueva entrega del testigo.

En enero de 2021, Carlos Gómez Ligüerre, profesor de Derecho civil de la Universitat Pompeu Fabra, y con mucho tiempo a sus espaldas junto con Sonia Ramos y Antoni Rubí en la sala de máquinas y en el puente de mando de InDret, pasará a ser el editor ejecutivo de la revista. No me cabe duda de que son las mejores manos y la mejor cabeza con las que se pueda contar al frente de InDret. Con todo y con eso, le deseo mucha suerte. La necesitará.

No es esta ocasión para hacer balance de la segunda década de InDret. Ya se hará, acaso, por otros con más distancia y “*más avisados*”. Si me gustaría aprovechar este último editorial para hacer alguna consideración acerca de la presente situación jurídica española en relación con una de las aspiraciones fundacionales de InDret -mantenida, creo, en sus más de 20 años. Me refiero al fomento de la apertura de la producción jurídica española. Apertura tanto a la influencia de la literatura jurídica exterior (más allá de los ámbitos tradicionales a los que se presta atención entre nosotros) y a los medios de difusión internacional de la investigación jurídica, como al conocimiento no jurídico, señaladamente de las ciencias sociales. La convicción, que en InDret creíamos compartida por evidente, aunque acaso no lo sea tanto, es que una producción jurídica abierta al exterior y atenta a los modos de pensar de los científicos sociales era preferible a una anclada en nuestros problemas y perspectivas locales -en el doble sentido geográfico y disciplinar.

Algunos episodios recientes me inducen al pesimismo en cuanto a los avances en esa aspiración durante estos años. No constituyen, qué duda cabe, una muestra representativa de dónde estamos. Si son, me temo, ilustrativos de lo que nos queda por recorrer.

### **1. Rebus a la catalana**

Comienzo por lo más inmediato: las consecuencias jurídicas de ciertas medidas adoptadas para combatir el contagio del COVID-19. Entre las más llamativas, hace unos pocos días, el DOGC ha publicado el *Decret-Llei 34/2020*, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la

actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados (D-L 34/2020).

Esta nueva norma sobre materia contractual en tiempos de emergencia se ocupa de las actividades industriales o comerciales que se vean afectadas por medidas adoptadas por la autoridad competente<sup>1</sup> de suspensión o de restricción de aprovechamiento material de inmuebles para desarrollar tales actividades. Las medidas en que parece pensar de forma prioritaria el ejecutivo catalán en el D-L 34/2020 son las puestas en vigor por la Resolución SLT/2546/2020, de 15 de octubre y, singularmente, la suspensión de la actividad de restauración (salvo por lo que se refiere a la entrega a domicilio) y la reducción del aforo en establecimientos y locales de comercio minorista.

El D-L 34/2020 atribuye a los arrendatarios afectados (por las medidas del 15 de octubre y otras posteriores de parecido signo) la facultad de requerir al arrendador el inicio de una negociación para modificar las condiciones del contrato de arrendamiento. Si en el plazo de un mes no llegan los contratantes a un acuerdo, se imponen las modificaciones del contrato que establece el D-L: (i) en caso de que el local se hubiera visto afectado por una medida pública de suspensión, la reducción de un 50% en la renta y en las restantes cantidades (repercusión de gastos e impuestos) que deba el arrendatario al arrendador por el entero período de suspensión; (ii) en caso de que el inmueble hubiera sido afectado por una medida de restricción parcial de su aprovechamiento material -limitación de aforo o de horario, restricción de uso de ciertas instalaciones o zonas-, la reducción en la renta y demás cantidades en “una proporción igual a la mitad de la pérdida del aprovechamiento del inmueble”<sup>2</sup>. Estas disminuciones de renta y demás importes serán efectivas desde la fecha del requerimiento dirigido por el arrendatario al arrendador para modificar las condiciones del contrato.

El régimen del D-L 34/2020, por virtud de su disposición transitoria, prevalece sobre los acuerdos novatorios del contrato de arrendamiento pactados, a vista de la pandemia y de las medidas públicas para combatirlo, si tales acuerdos fueran anteriores a la entrada en vigor del D-L 34/2020.

Finalmente, si la suspensión excede de tres meses, el arrendatario puede desistir del contrato sin penalización alguna (es de suponer que también es así cuando había penalizaciones previstas en el contrato para el caso de que el arrendatario no cumpliera el período contractual pactado).

Nubes de inconstitucionalidad pueden amenazar al D-L 34/2020 en relación con los arts. 14, 33 y 149.1.8<sup>a</sup> CE<sup>3</sup>. Aunque la dimensión constitucional es relevante, la que me interesa destacar aquí

---

<sup>1</sup> Parecería que se refiere a cualquier autoridad competente, no solo la administración autonómica o local. También la estatal, pues no la excepciona, creando con ello un riesgo evidente de conflicto competencial.

<sup>2</sup> El art. 2.1.c) del D-L 34/2020 se encarga de precisar que estas reducciones de renta no se ven afectadas (i.e. disminuidas) por efecto de los ingresos que el arrendatario pueda obtener del servicio a domicilio o recogida en el establecimiento que pudiera desarrollar el arrendatario.

<sup>3</sup> El preámbulo del D-L 34/2020, con el evidente propósito de preconstituir, en vista del futuro debate sobre la competencia legislativa en la materia, un argumento de relación entre su contenido y el derecho civil catalán vigente, realiza la peregrina afirmación de que la suerte de cláusula rebus para los contratos de arrendamiento que la norma introduce está emparentada con la rescisión de los contratos onerosos por lesión ultradimidium (art. 621-46 CCCat) y por ventaja injusta (art. 621-45 CCCat). Será por lo del 50%, porque no es dudoso que ni sus respectivos orígenes históricos (véanse, Sebastian Martens,

es la que tiene que ver con lo que la nueva norma catalana -inspirada y alentada por un cierto sector doctrinal que ha abogado por medidas en esta línea<sup>4</sup>- muestra de localismo jurídico y de falta de atención a los efectos económicos de las reglas contractuales.

La norma es insólita en los países de nuestro entorno<sup>5</sup>. Durante la emergencia sanitaria casi ningún país ha adoptado medidas relativas a la renta en contratos de arrendamiento y aquellos que lo han hecho (España y Portugal) optaron por moratorias y no por trasladar sobre los arrendadores las disminuciones de facturación de los arrendatarios<sup>6</sup>. Si estuvieron, en cambio, más extendidas en nuestros vecinos de la UE modificaciones legales que suspendieron las facultades de los arrendadores para resolver el contrato o aplicar cláusulas penales por falta de pago del arrendador en un corto período de tiempo a causa de problemas de liquidez ligados a las medidas de combate frente al contagio<sup>7</sup>.

Desde luego, en otros países de nuestro ámbito jurídico hay propuestas doctrinales que defienden las ventajas de la renegociación de los contratos de arrendamiento comercial o que entienden que, en virtud de las doctrinas generales de la adaptación del contrato a los cambios extraordinarios de circunstancias (cláusula rebus, desaparición de la base del negocio, excesiva onerosidad sobrevenida, imprevisión) deben compartirse entre arrendador y arrendatario los riesgos sobre la facturación de la actividad comercial desarrollada en el inmueble arrendado que se han visto materializados en la pandemia<sup>8</sup>.

---

“Methodenfragen und die Behandlung von Grundlagenstörungen im Europäischen Privatrecht”, en *ZEuP* (2017), p. 603 y ss.; Andreas Thier, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 15 y ss.) ni su respectiva concepción actual guardan relación alguna, pues las rescisiones aludidas se ligan a factores concurrentes a la celebración del contrato, mientras que la rebus lo hace a circunstancias necesariamente sobrevenidas a la celebración e imprevisibles al tiempo de esta.

<sup>4</sup> Francisco Javier Orduña Moreno, *Cláusula Rebus y Modernización del Derecho Contractual; tratamiento doctrinal y jurisprudencial*, Francis Lefevre (2020); Francisco Javier Orduña Moreno, Vicente Magro Servet, Antonio Salas Carceller, en Alejandro Fuentes-Lojo (coord): “Cláusula rebus sic stantibus y arrendamiento de local de negocio. La posible suspensión del contrato” *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2020 (2020); Matilde Cuenca Casas, “Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución”, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 90, marzo-abril 2020 (2020); Matilde Cuenca Casas, “Moratoria en los arrendamientos de locales de negocio y suspensión de actividad económica a causa de la pandemia por COVID-19. Legislando para la foto”, *Hay Derecho* (2020).

<sup>5</sup> Tan solo en Italia ha habido una intervención puntual para reducir la renta arrendaticia, si bien limitada a un segmento muy concreto, el de los establecimientos deportivos privados Art. 216, apartado 3, Decreto Rilancio.

<sup>6</sup> La notable diferencia entre moratoria y traslado de la pérdida de facturación mediante suspensión del contrato o reducciones de renta se acredita en Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret 2/2020* (2020), p. 577-579.

<sup>7</sup> Sobre estas medidas en distintos países, Juanjo Ganuza y Fernando Gómez Pomar, “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, *InDret 2/2020* (2020), p. 572-573. Para Francia, Ricardo Pazos, “La respuesta del derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19”, en VII (2) *Revista de Derecho civil* (2020), p. 64-65.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en Alemania, Gerhard Wagner, ‘Corona Law’, (2020), *ZEuP* (2020), p. 538-539; Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *NJW* (2020) 1171; Martin Häublein and Maximilian Müller, ‘Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?’, (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, p. 486-492; Martine Behar-Touchais, “L’impact d’une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial», 15-16 *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires*, 9 de abril de 2020(2020), p. 1162.

El D-L 34/2020 se coloca, invariablemente y en todos los aspectos, en el extremo -o más allá- de las soluciones adoptadas o propuestas en otros países.

Así, en el D-L 34/2020 la modificación del contrato comienza a ser efectiva en cuanto se inician las negociaciones para la modificación, sin esperar a más. En otros sistemas la solución es la opuesta: cuando una parte inicia la renegociación del contrato por alteración de las circunstancias se deben seguir cumpliendo los términos originarios. El reciente (procede de la reforma francesa del Derecho de contratos aprobada en 2016) art. 1.195 del *Code civil* prevé que el contratante que pretende la modificación ha de continuar cumpliendo con sus obligaciones durante la renegociación. Parecidamente, el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales establece la obligación que recae sobre la parte que alega la excesiva onerosidad de mantener el cumplimiento de los términos del contrato<sup>9</sup>.

Además, la nueva normativa catalana impone al arrendador en caso de suspensión de la actividad del arrendatario una reducción en la renta del 50%. Es cierto que esta es la solución solo si las partes no llegan a otra distinta.

Pero ¿qué arrendatario va a aceptar pagar más del 50% de la renta si el D-L 34/2020 le concede el derecho a no pagar más del 50% durante el período de suspensión? Es, pues, una solución mecánica que no deja realmente espacio a la negociación (o solo por debajo del 50% de la renta, en función del *bargaining power* de cada contratante). En Alemania, por el contrario, las propuestas al amparo del §313 BGB aseguran al arrendador un derecho a percibir al menos el 50% de la renta<sup>10</sup>. Esto significa que la negociación se produce en el espacio entre el 100% de la renta y el 50%, en función del *bargaining power* de las partes, pero también de las circunstancias concurrentes en el caso (ayudas públicas, seguros de interrupción de actividad, capacidad de las partes de absorber riesgos, etc.), pues todas ellas inciden en cual sea la solución de reducción de renta que se impondría en ausencia de acuerdo entre las partes. Además, el D-L 34/2020 añade la posibilidad de desistimiento (pasados tres meses de suspensión) a la reducción de renta, algo que rechazan tajantemente las propuestas doctrinales alemanas<sup>11</sup>.

Por otra parte, la solución catalana es muy poco respetuosa con la subsidiariedad de los mecanismos de alteración de lo pactado por circunstancias sobrevenidas. En un doble sentido. No exceptiona de su ámbito de aplicación los contratos posteriores a la pandemia, en los que las medidas restrictivas de actividad comercial eran perfectamente previsibles por los contratantes. Más gravemente aún, desplaza sin miramiento los acuerdos para ajustar el contrato a la situación post-COVID a que hubieran llegado las partes antes de la entrada en vigor del D-L. Prefiere la

---

<sup>9</sup> Entre nosotros, la mejor doctrina también defiende esta solución para la cláusula rebus: Antonio Manuel Morales Moreno, “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho general de los contratos la solución?”, en LXXIII (2) *Anuario de Derecho civil* (2020), p. 451.

<sup>10</sup> Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *NJW* (2020) 1172; Martin Häublein and Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?”, (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, p. 490. Con lo cual, aquellos arrendatarios cuyo negocio no podría subsistir ni siquiera con una reducción de renta de este importe no tendrían incentivos para acudir a los tribunales al amparo del §313 BGB y pretender un ajuste del contrato.

<sup>11</sup> Silvio Sittner, “Mietrechtspraxis unter COVID-19”, *NJW* (2020) 1172; Martin Häublein and Maximilian Müller, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?”, (2020), *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht*, p. 490.

solución legal, extrema y uniforme, a la más adaptada al caso que habían encontrado los propios interesados.

Con todo, acaso lo más importante es que no parece haberse abordado el problema de los arrendamientos comerciales tras la pandemia con un mínimo de sensibilidad hacia los fundamentos y consecuencias económicas de las soluciones ofrecidas. Es cierto que esto no es achacable únicamente al legislador del D-L 34/2020. Esa misma miopía económica se trasluce en gran medida en las propuestas españolas al calor de la cláusula rebus (o, aún peor, de la suspensión del contrato) y también en buen número de las formuladas en otros países al amparo de sus propias normas civiles generales (§313 BGB, art. 1195 *Code civil*, arts. 1218, 1464 y 1467 *Codice Civile*, arts. 437 y 1040 *Código civil português*)<sup>12</sup>.

En un determinado contrato, si de verdad se piensa que una cierta circunstancia sobrevenida (y las similares a las que pueda aplicarse en el futuro la solución que se elija) es radicalmente imprevisible<sup>13</sup> los efectos ex ante carecen de relevancia. Por hipótesis, lo que es absolutamente imprevisible en el futuro no lo podemos anticipar y por ello no puede generar incentivos para nuestro comportamiento presente. Por eso, en relación con un suceso que no ha podido influir en la celebración del contrato y los términos que se pactan, de lo que tenemos que ocuparnos, en el plano económico, es de la perspectiva ex post<sup>14</sup>. En un doble aspecto. Uno es la adecuada distribución de los costes que resultan del evento en función de la capacidad de las partes de absorberlos o distribuirlos (el problema de la distribución del riesgo de un evento negativo). El segundo es el de la eficiencia ex post en el uso de los recursos, esto es, que los recursos económicos involucrados en el contrato (un inmueble, un esfuerzo empresarial de gestión de una actividad) se dediquen, sin mirar atrás, a sus usos más productivos y socialmente eficientes (el problema de la asignación eficiente).

El tratamiento de las soluciones en materia de modificación del contrato por alteración impredecible de circunstancias, al menos entre los comentaristas más atentos (no en todos, ni mucho menos), subraya la adecuada distribución de los riesgos de sucesos que pulverizan la preexistente economía del contrato o balance del intercambio de prestaciones. Se posterga, sin embargo, la dimensión de la eficiencia asignativa en el nuevo escenario al que se enfrentan los contratantes.

Incluso la cuestión de la distribución de riesgos habitualmente se estudia tomando como unidad de análisis un determinado contrato y no la totalidad de la posición económica del contratante. Esto puede ser razonable para los casos de nuevas circunstancias que afectan singularmente a una concreta relación contractual y solo a través de esta al conjunto de la posición patrimonial de un contratante. Pero no lo es cuando la alteración imprevisible del escenario fáctico incide directamente sobre el conjunto de la actividad de un contratante y a través de ella en su capacidad de atender sus compromisos contractuales de toda índole. En el caso de suspensión o reducción

---

<sup>12</sup> Véanse, por ejemplo, Gerhard Wagner, 'Corona Law', *ZEuP* (2020), p. 536 y ss.; Relación nº 56 del *Massimario* de la *Corte di Cassazione*, 8 de julio de 2020 (2020).

<sup>13</sup> Victor Goldberg, *Rethinking Contract Law and Contract Design*, Edward Elgar (2015), cap. 12 destaca cómo muchos eventos que la literatura jurídica suele considerar radicalmente imprevisibles no lo son tanto en realidad para los mercados.

<sup>14</sup> Pietro Trimarchi, "Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis", 11 *International Review of Law and Economics* (1991), p. 63.

de actividad por motivo del COVID-19, la incidencia no se produce sobre este o aquel contrato en particular de los que es parte en su negocio, sino sobre la propia actividad empresarial o comercial, provocando una bajada, acaso un desplome, de la facturación de aquel cuya actividad ha sido cercenada por las medidas públicas obligatorias. La alteración de circunstancias y sus efectos no se circunscriben a un contrato determinado, sino a su actividad globalmente considerada.

Pensemos en este ejemplo de dos establecimientos de hostelería idénticos salvo en una cosa. A opera en un local arrendado por un plazo de 20 años por el que paga una renta X. B explota un local adquirido el año anterior con financiación ajena -préstamo hipotecario a 20 años- por la que paga una cuota idéntica de X. El resto de sus costes y relaciones con proveedores, empleados, prestadores de servicios externos son en todo iguales. ¿Podemos decir seriamente que la suspensión por la pandemia afecta de modo diferente a A y a B, porque el primero es arrendatario y el segundo no lo es? ¿Qué sentido tiene centrar la consideración de soluciones jurídicas al cambio de circunstancias solo en el contrato de arrendamiento de A y elucubrar en este escenario limitado cuál sería la distribución óptima de riesgos? Carece de todo sentido económico y, me atrevería a decir que, por esta razón, de todo sentido jurídico.

En definitiva, en perspectiva económica, el problema de la asignación óptima de riesgos de graves eventos negativos, impredecibles al tiempo de contratar, no puede hacerse sin atender seriamente al conjunto de circunstancias de la parte que padece el impacto inmediato del evento, así como de las características de sus contrapartes contractuales -de todas, no solo de una de ellas, salvo que tan solo un contrato se vea afectado por la incidencia negativa. En suma, la asignación óptima del riesgo de las consecuencias negativas de la pandemia para una actividad comercial debe adoptarse considerando globalmente las circunstancias y la aptitud de las partes afectadas para absorberlo o cubrirse frente a él<sup>15</sup>. Lo que no procede es decidir esa distribución del riesgo de forma automática y apriorística, como hace el D-L 34/2020.

Por último, la eficiencia en la asignación de los recursos a los que se refiere el contrato no tiene importancia menor. Piénsese en este ejemplo:

Un año antes de la pandemia, A arrienda un local, situado en una calle del Eixample de Barcelona o del barrio de Salamanca en Madrid y cuyo propietario es B. A instala y explota en el local un restaurante. La renta arrendaticia es de 100 y la valoración que para A tiene explotar su restaurante en ese local es de 120. El coste para A de trasladar su restaurante a otra ubicación es de 10. Con la pandemia, se impone una suspensión de la actividad de restauración al público y durante este tiempo la valoración del uso del local como restaurante para A se reduce a 50 (continúa sirviéndose comida a domicilio, pero lógicamente en menor volumen de lo que antes se ofrecía en el local). Parece que tendría sentido, si la incidencia de la suspensión o restricción de actividad resulta de corta duración que, en caso de que A se retrase en el pago de la renta arrendaticia por problemas de liquidez, se restrinja la facultad de B de resolver el contrato de arrendamiento por falta de pago<sup>16</sup> (así lo han hecho varios países europeos durante la emergencia sanitaria de la primavera pasada).

---

<sup>15</sup> Marta Cenini, Barbara Luppi y Francesco Parisi, en Ewoud Hondius y Hans Christoph Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press (2011), p. 41.

<sup>16</sup> Por ejemplo, para evitar el riesgo de que un arrendador aprovechado pueda tratar de sacar ventaja de la vulnerabilidad del arrendatario para tratar de forzar una modificación del contrato y elevar la renta a 110

Ahora bien, supongamos que las medidas restrictivas se prolongan, o la demanda de servicios de restauración se reduce en el medio plazo dados los temores de la población o un cambio de preferencias (en favor de unas “más hogareñas”) en el público. Esto hace que el valor del uso del local para A se reduzca, de manera estable, a 80. Ese efecto en el medio plazo no afecta, sin embargo, a otras actividades comerciales que podrían desarrollarse en el local, de forma que otro comerciante, C, valora el uso del local para su actividad en un sector comercial distinto en un importe de 90. En este caso, la asignación eficiente es que concluya el arrendamiento entre A y B sobre ese local y se concierte un nuevo arrendamiento entre B y C.

Evidentemente, el legislador<sup>17</sup> ignora cuales sean esos valores para A o para C, y no puede, por tanto, salvo de forma enteramente arbitraria, determinar una consecuencia jurídica adecuada basada en ellos. Lo que parece preferible es que la solución se alcance mediante la renegociación del contrato inicial, la cual puede concluir con un ajuste en las condiciones iniciales o con una terminación que dará paso a un contrato con una nueva contraparte<sup>18</sup>. Esa negociación será más eficiente si se produce sin interferencias de un legislador que, de forma apriorística y general estipula ya una rebaja de la renta en el medio plazo (mientras duren medidas restrictivas o, peor aún, para la crisis económica post-pandemia cuando ya no hay restricciones forzosas a la actividad). Debe dejarse todo el margen posible a los propios interesados, que son quienes poseen la información. Por ejemplo, A debería poder formular una oferta de nueva renta (que, en nuestro ejemplo, no irá más allá de 80, dada su valoración del local) y B debe ser libre de aceptarla o rechazarla. Lógicamente, si lo que espera obtener de renta en un nuevo arrendamiento (con C, con D, con cualquiera) está por debajo de la oferta de B en cuanto a un nuevo montante de la renta, la aceptará. En caso contrario, la rechazará, pues preferirá un nuevo arrendatario que está dispuesto a ofrecer una cantidad superior. El nuevo contrato será eficiente, pues refleja una mayor valoración del recurso por parte de C que el que tiene A tras el cambio de circunstancias.

Si se desean aumentar los incentivos a que el arrendador considere con toda seriedad e, incluso, con preferencia, la oferta de renegociación de A (más allá de la que naturalmente se puede esperar de quien ya lo conoce como contraparte), se puede complementar lo anterior con el aprovechamiento de la información que se revelará naturalmente con el curso del tiempo. Así, cabe pensar en medidas de este tipo: si B rechaza la oferta de A y se termina el contrato, si en el curso de, pongamos, 1 o 2 años, B no ha arrendado el local por un precio igual o superior al ofrecido por A, B deba compensar a este por los costes de abandonar la actividad o de traslado a un nuevo local.

Lo que está reñido con la eficiencia en la asignación de recursos es sesgar la renegociación contractual arbitrariamente mediante la imposición mecánica de reducciones de renta o la aplicación de fórmulas de ajuste de renta en defecto de acuerdo, sea mediante medidas *ad hoc* (como las del D-L 34/2020), sea mediante la aplicación de doctrinas generales (cláusula rebus,

---

(recuérdese que en el estado “normal”, la valoración de A del uso del local es de 120, por lo que le sigue compensando mantener el arrendamiento a una renta de 110).

<sup>17</sup> Lo mismo le sucede al juez: este tiene la ventaja de mirar a un contrato determinado, mientras que el legislador ha de mirar al universo de contratos de una cierta clase, pero tampoco tiene acceso a la realidad de los costes y valoraciones de las partes del contrato que ha de enjuiciar.

<sup>18</sup> Alan Schwartz, “Relational Contracts in the Courts. An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies”, 21 *Journal of Legal Studies* (1992), p. 271.

base del negocio, excesiva onerosidad), especialmente si afectan al medio plazo, aunque sea un medio plazo aquejado de una crisis económica general, o una reducción de demanda en ciertos sectores fruto del cambio de circunstancias asociado a la pandemia. Tratar de usar la cláusula rebus como mecanismo para aplanar el impacto de los ciclos económicos sobre la situación patrimonial de los contratantes no tiene sentido alguno.

En definitiva, la rebus catalana para los arrendamientos comerciales y la doctrina jurídica española que le ha servido de inspiración me hacen pensar en que no hemos avanzado mucho en las dos últimas décadas ni en cuanto a tomar buen ejemplo de lo que hacen y piensan en otros países ni en cuanto a prestar una mínima atención al modo de pensar de la economía sobre realidades -los contratos- que son de carácter radicalmente económico.

## 2. Los efectos de la fiebre de la litigación hipotecaria

Nadie que haya seguido, incluso con algo de distancia y sin mucha atención, las vicisitudes jurídicas españolas durante los últimos diez años, podrá albergar dudas acerca de la enorme importancia que ha tenido la litigación de consumidores en materia hipotecaria. Aún ahora sigue de plena actualidad, a pesar de la urgencia de otros problemas jurídicos asociados a la pandemia, como acredita la repercusión pública que tuvieron hace unos días las sentencias -votadas, pero aún no emitidas y publicadas- de la Sala 1ª en relación con la transparencia y abusividad de la cláusula de intereses ligada al índice IRPH. Me temo que la litigación hipotecaria, aunque afortunadamente está en cierta remisión<sup>19</sup>, nos acompañará aún por unos cuantos años.

Cláusulas suelo, cláusulas de gastos, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas de intereses moratorios, comisión de apertura, cláusulas IRPH, hipotecas multidivisa, han protagonizado la litigación masiva de la pasada década. Ningún país de nuestro entorno ha vivido nada semejante. La oleada litigiosa no alcanzó a Francia, a Italia, a Alemania, al Reino Unido, a Irlanda, al Benelux, a los países nórdicos, ni siquiera a nuestra vecina Portugal o a la infortunada -en esta pasada década- Grecia. Sin duda, la normativa y práctica hipotecarias no eran idénticas entre países (ni lo son siquiera ahora tras la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito inmobiliario), pero hace 15 años nadie hubiera apostado porque la litigación hipotecaria en Europa occidental se concentraría masivamente en un solo país, y ese país sería España<sup>20</sup>.

En España no me parece que exista entre los juristas de Derecho privado una sensación generalizada de desánimo ante el poco airoso papel del sistema jurídico español en este terreno<sup>21</sup>. Al contrario, me atrevería a decir que buena parte se encuentran satisfechos, orgullosos casi, de los “avances” en materia de protección del consumidor hipotecario ganados con tanto esfuerzo

---

<sup>19</sup> Según los datos del CGPJ respecto del primer trimestre de 2020, el número de asuntos ingresados en los juzgados especializados en materia hipotecaria descendió un 10% respecto del primer trimestre de 2019 y un 4% respecto del cuarto trimestre de 2019. Nunca se sabe, sin embargo, pues una decisión del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia pueden abrir una nueva línea litigiosa. Recuérdese que en 2019 el 20% de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales españoles ante el TJUE se referían a estas cuestiones, más que cualquier otro ámbito o materia.

<sup>20</sup> En relación con el respectivo tamaño de su economía, algunos países de nuestro entorno (Reino Unido, Holanda, Dinamarca) tienen mercados hipotecarios más grandes que el nuestro, aunque en otros (Alemania, Francia, Italia), el peso del mercado hipotecario es más reducido que en España.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, el número especial de CESCO dedicado al IAJD en diciembre de 2018.

y coste (esfuerzo y costes, estos sí, innegables dadas nuestras escandalosas cifras de litigación hipotecaria).

Muy recientemente, han aparecido sendos trabajos de corte empírico que nos ayudan a evaluar las consecuencias de esta gran inversión que ha hecho la sociedad española en materia de disputas sobre contratación hipotecaria. El primero de ellos<sup>22</sup> se ocupa de los efectos sobre los precios de los préstamos hipotecarios del cambio legislativo<sup>23</sup> en España en materia de sujeto pasivo del IAJD. Como es bien conocido, el Gobierno, a comienzos de noviembre de 2018, y tras las azarosas vicisitudes en el Tribunal Supremo sobre la determinación del sujeto pasivo en ese tributo, decidió establecer de manera tajante que tal condición recaía sobre el prestamista. No se alteró, sin embargo, la tarifa del impuesto, de modo que el único cambio producido afectó a quien debía pagar (en forma directa, al menos) el impuesto.

El trabajo demuestra que en el curso de 6 meses (desde noviembre de 2018 a mayo de 2019<sup>24</sup>) el 80% del coste global del tributo que ahora recaía sobre los prestamistas fue asumido por los prestatarios en forma de aumentos del precio del crédito hipotecario. Esto, en realidad, no constituye una sorpresa, pues es lo que habían predicho como efecto del funcionamiento normal del mercado quienes examinaron la cuestión desde una perspectiva económica<sup>25</sup>. Lo que sí es acaso más llamativo es que la inevitable traslación global del importe del tributo como precios más elevados de los contratos adquiere una mayor dimensión frente a los consumidores de menor renta, más endeudados o que tienen menor acceso al sistema bancario (en resumen: con menor poder negociación y alternativas más limitadas). En definitiva, que el hecho de que el IAJD pasara a ser pagado por el prestamista supuso un empeoramiento relativo de la situación de los prestatarios más vulnerables en relación con los prestatarios con mayores recursos.

Estos resultados son, en buena lógica, extrapolables al resto de los costes y gastos “exógenos” (esto es, que las partes no pueden evitar y se les imponen necesariamente por motivos legales o reglamentarios) que afectan a la contratación hipotecaria. Y debería llevarnos a reflexionar muy seriamente acerca de la futilidad -cuando no algo peor- de muchos de los esfuerzos dedicados a la litigación hipotecaria durante esta década.

El segundo de los trabajos<sup>26</sup> se ocupa de la incidencia de la tasa de litigación por provincias sobre el número y montante de las hipotecas que se contratan. Con datos a nivel provincial entre 2008 y 2017, el trabajo acredita que mayores tasas de litigación civil se traducen a los pocos años en reducciones significativas -en sentido estadístico y en sentido económico- del número de hipotecas concedidas y del volumen de crédito hipotecario. Al mismo tiempo, encuentra un

---

<sup>22</sup> Gabriel Jiménez, David Martínez-Miera y José-Luis Peydró, “Who Truly Bears (Bank) Taxes? Evidence from Just Shifting Statutory Incidence”, Working Paper (2020).

<sup>23</sup> Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (B.O.E. núm. 271 de 9 de noviembre). El cambio no afectó a los territorios forales con competencias en el régimen de este tributo.

<sup>24</sup> El trabajo no examina los datos a partir de junio de 2019 a la vista de que el precio de las hipotecas se vería afectado por la entrada en vigor ese mes de la Ley de contratos de crédito inmobiliario.

<sup>25</sup> Fernando Gómez Pomar, Juan-José Ganuza y Mireia Artigot Golobardes, “Y todos estos pleitos, ¿para qué?”, *InDret* 4/2018 (2018).

<sup>26</sup> Fernando Gómez Pomar, Adrián Segura y Rok Spruk, “Litigation and the Mortgage Market: Evidence from Spain”, Working Paper (2020).

efecto significativo del Código de Buenas Prácticas Bancarias en materia hipotecaria<sup>27</sup> así como de la Sentencia Aziz<sup>28</sup> sobre los niveles de litigación civil. El primero parece haber reducido la litigación en aproximadamente un 4% mientras que la segunda elevó los niveles de litigiosidad cerca de un 5%.

Este trabajo empírico muestra, por tanto, cómo la litigación, además de su coste directo para las partes y para la administración de justicia, afecta negativa y apreciablemente a los niveles de concesión de crédito. Y aquí, de nuevo, el impacto de esta reducción previsiblemente no es uniforme, sino que afecta más gravemente a los sectores sociales de menores ingresos y más necesitados de crédito. Por ello, las opciones del legislador y de los tribunales (no solo del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia es igualmente decisivo) deben considerar muy seriamente su incidencia sobre la litigación. De lo contrario, nos encontraremos con inevitables efectos no buscados que resultan a la postre poco o nada deseables para los consumidores y para el bienestar general.

En fin, tampoco debemos caer en la desesperanza. Confiemos en que dentro de 10 años hayamos cambiado nuestros hábitos y el sistema jurídico español esté más dispuesto a prestar oídos a lo mejor de la literatura jurídica y económica que se produce en el mundo. Ojalá tengamos suerte y, sobre todo, lo hagamos mejor.

Fernando Gómez Pomar

---

<sup>27</sup> Introducido por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (BOE núm. 60, de 10 de marzo).

<sup>28</sup> STJUE de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, asunto C-415/11.