

CUADERNOS DE DERECHO PRIVADO, 1, septiembre – diciembre 2021

ÍNDICE

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., <i>A golpe de Decreto-ley</i> (Editorial).....	1-7
AGÜERO ORTIZ, A., <i>Créditos rápidos y microcréditos: régimen jurídico, principales incumplimientos y protección del consumidor</i> (<i>Payday loans and microloans: legal regime, main breaches, and consumer protection</i>).....	8-46
DÍAZ ALABART, S., <i>El error en la aceptación o repudiación de la herencia: la STS 142/2021, de 15 de marzo. La responsabilidad del heredero por las deudas del causante</i> (<i>The error in the acceptance or repudiation of the inheritance: STS of March 15, 2021. Responsibility of the heir for the debts of the deceased</i>).....	47-87
GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., <i>La suspensión temporal del procedimiento de desahucio o de los lanzamientos derivados de una condena penal en el caso de la llamada «ocupación pacífica» de viviendas: aspectos legales y constitucionales</i> (<i>The temporal suspension of the civil eviction or the eviction order derived from a criminal procedure in the case of the so called «peaceful squatters»: legal and constitutional aspects</i>).....	79-122.
MORILLO GONZÁLEZ, F., <i>Algunos problemas en relación con la responsabilidad civil por daños personales producidos por la exposición a las fibras de amianto</i> (<i>Some problems in relation to civil liability for personal injury caused by exposure to asbestos fibres</i>).....	123-159.
GARCÍA VICENTE, J. R., <i>Crónica jurisprudencial (I): mayo – diciembre 2021</i>	160-186

A GOLPE DE DECRETO-LEY

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Cómo citar / Citation

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2021).
A golpe de Decreto-Ley (Editorial)
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.3>
Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 1-7

En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el artículo 86 CE permite al Gobierno dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes, que deberán ser sometidos inmediatamente a votación por el Congreso para su convalidación.

Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interpretación y aplicación de esa norma:

a) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que contiene la Constitución no es «*una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna*», sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación en cuestión.

b) El control del Tribunal consiste en velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la norma, esto es, que la situación sea de «*extraordinaria y urgente necesidad*».

c) La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere el análisis de dos requisitos: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para atenderla.

d) No es necesario que dicha presentación haya de contenerse en el propio Real Decreto-ley, ya que cabe deducirla de la exposición de motivos o del preámbulo de la norma, del debate parlamentario de convalidación, o del propio expediente de elaboración de aquélla.

e) En cuanto al requisito de la conexión entre la urgencia y la medida concreta, hay que atender tanto al contenido como a la estructura de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley, debiéndose tener en cuenta las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales.

f) Generalmente, se ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que se han calificado como *«coyunturas económicas problemáticas»*, para atender *«situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes»*.

g) Ahora bien, la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues *«lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran»*.

h) El hecho de que se considere una reforma estructural no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley; lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

i) Es posible que en el cuerpo normativo de un mismo decreto-ley se integren reglas, o bloques de preceptos, para cada uno de los cuales se postule una distinta y específica causa de extraordinaria y urgente necesidad. Así ocurre en los llamados decretos-leyes transversales, dictados ante coyunturas de crisis económica o en los que se contenga, de otro modo, una política social o económica de urgencia. De ahí que en tales casos los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad deban ser cumplimentados para cada uno de los bloques de preceptos en cuestión. De ahí que encontremos sentencias del Tribunal Constitucional en las que se declare la inconstitucionalidad de unos preceptos y no de otros del mismo decreto-ley. Un ejemplo próximo lo encontramos en la STC 61/2018 (BOE 7.7), que declara la inconstitucionalidad de varias disposiciones del Real Decreto-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, por no haberse cumplido en su caso ese requisito de justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

La exigencia de los requisitos enumerados responde al reconocimiento de que, si bien la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno (art. 87.1 CE), la potestad legislativa reside en las Cortes Generales. Por lo que la potestad de dictar decretos-leyes que el art. 86 CE atribuye al Gobierno debe ser contemplada como una excepción. Importa insistir en ello, so pena de alentar un traspaso significativo de la potestad legislativa al Gobierno en detrimento de las Cortes Generales, titular de dicha potestad en cuanto representante del pueblo español.

Sin embargo, cabe observar como el recurso al decreto-ley es cada vez más frecuente. A 22 de diciembre, en el momento de escribir esta tribuna, cabe contabilizar 29 decretos-leyes, frente a 19 leyes y 11 leyes orgánicas publicadas por el BOE a lo largo de este año 2021. Echemos la vista atrás. En el año 2020 el BOE publicó 36 decretos-leyes, 11 leyes y 3 leyes orgánicas. Ciertamente –piensa uno-, la pandemia del COVID propicia lo extraordinario y urgente. Pero sigamos echando la vista atrás: 18 decretos-leyes, 7 leyes y 3 leyes orgánicas en el año 2019; 28 decretos-leyes, 11 leyes y 5 leyes orgánicas en el año 2018; 21 decretos-leyes, 12 leyes y 3 leyes orgánicas en el año 2017.

Resulta que lo previsto como extraordinario ha pasado a ser ordinario.

Son cifras que acreditan un crecimiento de los decretos leyes que me atrevería a calificar de desbocado en comparación con las leyes aprobadas por las Cortes Generales.

Surgen lógicamente las preguntas: ¿Vivimos tiempos de necesidades extraordinarias y urgentes? ¿Existe una marcada tendencia por parte del Ejecutivo a invadir el territorio del Legislativo? Probablemente proceda contestar afirmativamente en ambos casos. Es obvio que el devenir social, la historia de sus cambios o acontecimientos, se ha acelerado. Basta con reflexionar sobre la propia vida, por joven que sea la persona que proceda a semejante reflexión, para comprobarlo. Pero también sabemos de la permanente tendencia expansiva del Ejecutivo. De ahí la importancia de la división de poderes y de su defensa.

Un botón de muestra de esa inercia expansiva del Poder ejecutivo nos lo brinda una sentencia del Tribunal Constitucional de este mismo año, la STC 110/2021 (BOE 15.6), que declara inconstitucional la disposición final segunda 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 -la cual modificaba el artículo 6.2 de la Ley 11/2002,

reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, con el fin de cambiar la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia-, por entender que no concurrían en dicha disposición los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad para justificar su inclusión en el Real Decreto-ley en cuestión.

Concluyentes los argumentos de la sentencia:

«Ya quedó dicho que la justificación común o general del Real Decreto-ley 8/2020 reside en la necesidad de subvenir de inmediato a las consecuencias sociales y económicas de la crisis sanitaria deparada por el COVID-19; emergencia que está también en el origen de una previa declaración de estado de alarma (Real Decreto 463/2020) [...]».

Así planteados los términos del presente análisis, este tribunal no puede compartir que la disposición final segunda que se impugna muestre conexión de sentido alguna con la causa de extraordinaria y urgente necesidad que llevó a la adopción del Real Decreto-ley 8/2020. No existe ningún vínculo de adecuación entre el común presupuesto habilitante de la norma y esta singular regla, carente de congruencia con la situación que se trata de afrontar, con la que no guarda relación discernible, ni directa ni indirecta.

[...]

Se refuerza la apreciación anterior, si se tiene presente que la disposición final segunda introduce en el ordenamiento una modificación legislativa de vigencia indefinida, en manifiesta divergencia con la temporalidad tasada que el propio Real Decreto-ley predica, en general, de todas y cada una de sus determinaciones, en plena correspondencia con los apremios circunstanciales en los que se fundamentó esta legislación excepcional» (apartado 7 de los fundamentos jurídicos).

Entre los casos más llamativos de recurso indebido al decreto-ley se encuentra el de su utilización para la transposición de Directivas de la Unión Europea a nuestro ordenamiento. Sistema de transposición que ha pasado a ser el habitual, con la excepción de los supuestos en los que, por razón de la materia, la misma tiene que producirse por ley orgánica, puesto que, de acuerdo con el art. 86.1, los Decretos-leyes *«no podrán afectar [...] a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I»* de la Constitución (*vid.*, por ejemplo, la LO 7/2021, de protección de datos personales

tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales – BOE 27.5).

Y ha pasado a ser el habitual porque es la forma de poner remedio al retraso con el que los sucesivos Gobiernos han venido actuando a la hora de tramitar el proyecto de ley correspondiente.

Tan es habitual que el Gobierno utiliza un extenso texto uniforme en el Preámbulo de cada decreto-ley de transposición de directiva para cumplimentar el requisito de explicar las razones por las que concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad. Basta con leer los preámbulos del Real Decreto-ley 7/2021, de transposición de directivas en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE 28.4), y del Real Decreto-ley 24/2021, de transposición de directivas en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes (BOE 3.11), para comprobar lo dicho.

Ambos preámbulos cuentan con un extenso apartado I en que se exponen detalladamente los argumentos que respaldan la utilización del sistema de decreto-ley, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional. Con alguna variante secundaria se reproducen literalmente los mismos argumentos; también con el mismo añadido final, copia del límite absoluto al decreto-ley que el art. 86.1 CE establece: *«Debe señalarse también que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general»*.

Obsérvese que la transcripción del título de los dos mencionados Decretos-leyes pone de relieve que, además, se ha pasado a utilizar la fórmula para transposiciones masivas de multitud de directivas referidas a las más diversas materias, dedicándose un Título o Libro de los mencionados Decreto-leyes a cada una de ellas. Ni que decir tiene

que ello da lugar a textos legislativos kilométricos. Así el Real Decreto-ley 7/2021 consta de ocho Títulos y ocupa unas 180 páginas de BOE; el Real Decreto-ley 24/2021 consta de siete Libros y ocupa unas 160 páginas.

Conscientes del exceso en ambos casos, los redactores del preámbulo introducen un párrafo exculpatorio: *«España viene cumpliendo de manera consistente con los objetivos de transposición en los plazos comprometidos desde el inicio del establecimiento de los mismos. No obstante, en los últimos años, hechos como la repetición de elecciones generales en 2019, con la consiguiente disolución de las Cortes generales y la existencia de un Gobierno en funciones durante un tiempo prolongado, así como la propagación de la pandemia ocasionada por el COVID-19 desde el primer trimestre de 2020, explican la acumulación de retrasos en la transposición de algunas directivas, que requieren una norma con rango de ley para su incorporación al ordenamiento jurídico interno».*

Disculpas que no pueden servir para justificar tanta negligencia en el respeto de los plazos de transposición, que normalmente son muy amplios. Plazos que deben sumarse al que corresponde a la propia tramitación de la Directiva, que es amplio también.

Además, procede observar que esa negligencia viene de lejos, de momentos en los que ni COVID, ni disolución de Cortes generales, ni Gobiernos en funciones. En los propios preámbulos de uno y otro Decreto-ley a los que me he referido se menciona la STC 1/2012, según la cual, cabe recurrir a semejante procedimiento de transposición de directivas cuando existe un *«patente retraso en la transposición»* y un procedimiento de incumplimiento contra nuestro país como consecuencia de aquél.

Cierto que esas dos circunstancias permitieron al alto Tribunal aceptar (parcialmente, ya que en el recurso origen de la sentencia también se planteaba una objeción competencial, que sí que fue estimada) la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2000, que transponía a nuestro ordenamiento las Directivas 85/377/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y 97/11/CE, por la que se modifica la anterior.

Pero importa destacar que el Tribunal tuvo en cuenta además un tercer factor: *«la importancia que, conforme al art. 45 CE, cabe conferir a que la casi totalidad de los proyectos con relevancia económica y social quedara sometida cuanto antes a evaluación de impacto ambiental».*

Por otra parte, la propia STC 1/2012 puntualizaba lo siguiente: «*Como hemos afirmado recientemente en la STC 119/2011, de 5 de julio (FJ 7), a propósito de una utilización indebida del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, “desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener pero no forzar la Constitución”.* Tanto más cuanto que la incorporación de las directivas de la Unión Europea constituye una obligación normal, previsible y hasta cotidiana derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea» (fundamento jurídico 9, párrafo 7).

A lo que cabe añadir que el Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español, si bien admite que en determinadas circunstancias excepcionales pueda procederse por razones de urgencia a la transposición de aquél mediante decreto-ley, rechaza que semejante cauce pueda convertirse en mecanismo ordinario, como puntualiza el propio Preámbulo del Real Decreto-ley 24/2021.

Sin embargo, esto es lo que ha sucedido, en contra del parecer tanto de nuestro Tribunal Constitucional como del Consejo de Estado: la transposición del Derecho europeo se produce normalmente *a golpe de Decreto-ley*. Cada vez se incurre más en el incumplimiento del plazo de transposición. Y cuanto mayor sea el retraso, mayor será el riesgo de que la Comisión nos sancione. Lo que a su vez abre la puerta a apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 86 CE, Cuanto más incumple el Gobierno el deber de transponer tempestivamente las directivas de la Unión, más se justifica la urgente necesidad exigida por el artículo 86 CC, puesto que -en palabras del Tribunal Constitucional, como ya ha quedado reseñado antes-, si la urgencia existe, no importa que se deba a culpa del Gobierno.

Una observación final.

La práctica de complementar la aprobación del decreto-ley de turno con su tramitación como proyecto de ley tiene la virtud de introducir un periodo de confusión, hasta que dicha tramitación se concluye, como consecuencia de las modificaciones que se introduzcan en la misma frente al texto de aquél.

**CRÉDITOS RÁPIDOS Y MICROCRÉDITOS: RÉGIMEN JURÍDICO,
PRINCIPALES INCUMPLIMIENTOS Y PROTECCIÓN DEL
CONSUMIDOR**

Payday loans and microloans: legal regime, main breaches, and consumer protection

ALICIA AGÜERO ORTIZ

alicia.aguero@uam.es

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Citation

Agüero Ortiz, A. (2021).

Créditos rápidos y microcréditos: régimen jurídico, principales incumplimientos y protección del consumidor.

Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 8-46

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.5>

(Recepción: 13/09/2021; aceptación tras revisión: 9/12/2021; publicación: 27/12/2021)

Resumen

Numerosos consumidores se han visto abocados al recurso a créditos rápidos o microcréditos como consecuencia de las dificultades económicas atravesadas por la crisis sanitaria y el cierre de otras fuentes de financiación, como las tarjetas de crédito. Estos préstamos son concedidos con independencia de la solvencia del deudor, pero en condiciones leoninas. Dado que los prestamistas de estos créditos no son entidades financieras y, por tanto, no son autorizadas ni supervisadas por el Banco de España, parece que pueden operar sin control, pero no es así. A lo largo de este trabajo ilustraremos el régimen jurídico aplicable a estos préstamos, su régimen supervisor y sancionador, así como los principales incumplimientos observados.

Palabras clave

Créditos rápidos; microcréditos; usura; abusividad; consumidores vulnerables.

Abstract

Many consumers have been forced to resort to payday loans or microloans, as a result of the economic difficulties experienced by the health crisis and the closure of other financing sources, such as credit cards. These loans are granted regardless of debtor's solvency, but under leonine conditions. Given that these lenders are not financial entities and, therefore, they are not authorized nor supervised by the Bank of Spain, it seems that they are allowed to operate without control, but that is not the case. Throughout this paper we will illustrate the legal regime applicable to these loans, its supervisory and sanctioning regime, as well as the main breaches observed.

Keywords:

Payday loans; microloans; usury; unfairness; vulnerable consumers.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PRESTADORES DEL SERVICIO Y RÉGIMENES JURÍDICOS APLICABLES. II.1. Entidades de crédito, sucursales de entidades de crédito, y establecimientos financieros de crédito. II.2. Prestamistas que no ostentan la condición de entidades de crédito. II.3. Intermediarios de crédito. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CRÉDITOS RÁPIDOS CONCEDIDOS POR ENTIDADES NO FINANCIERAS. III.1. Ley de Contratos de Crédito al Consumo: créditos rápidos por importe superior a 200€. III.1.1. Ámbito de aplicación. III.1.2. Información básica que deberá figurar en la publicidad. III.1.3. Información precontractual y sanción civil frente al incumplimiento. III.1.4. Oferta vinculante. III.1.5. Forma y contenido de los contratos y sanciones civiles frente al incumplimiento. III.1.6. Derechos de desistimiento y de reembolso anticipado. III.2. Ley 22/2007: créditos rápidos comercializados a distancia. III.2.1. Obligaciones de información precontractual. III.2.2. Información contractual. III.2.3. Derecho de desistimiento. III.3. Ley de Condiciones Generales de la Contratación. III.4. Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. III.4.1. Obligaciones relativas a la atención al cliente. III.4.2. Obligaciones de información precontractual y remedios civiles. III.4.3. Información contractual. III.4.4. Cláusulas abusivas. III.5. Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. III.6. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. III.7. Código de buenas prácticas para la concesión de microcréditos de la AEMIP. IV. RÉGIMEN SUPERVISOR Y SANCIONADOR. IV.1. Régimen sancionador en la LCCC. IV.2. Régimen sancionador en la Ley 22/2007. V. CONCLUSIONES Y PRINCIPALES INCUMPLIMIENTOS OBSERVADOS. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Tras años de abusos, durante la última década se está efectuando una intensa depuración legal de los contratos de financiación a los hogares. Muestra de ello es la enorme cantidad de sentencias recaídas en materia de controles de incorporación, contenido y transparencia de las cláusulas de préstamos hipotecarios y préstamos al consumo, así como en relación con la usura, siendo paradigmática su aplicación a los créditos *revolving*. Asimismo, este ánimo depurador puede apreciarse en la aprobación de normas dirigidas a mejorar la transparencia y equilibrio de este tipo de contratos, tales como la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («BOE» núm. 65, de 16.3.2019) o la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente («BOE» núm. 203, de 27.7.2020).

Sin embargo, entre tanta sentencia y novedad legislativa parecen permanecer siempre olvidados los microcréditos o créditos rápidos, esto es, préstamos concedidos, generalmente, por entidades no financieras, sin evaluación de solvencia, de forma casi inmediata y a distancia

—en línea o por teléfono—. Ello, unido a la disparidad normativa en la materia, es la causa de que consumidores, asociaciones de consumidores y administraciones de consumo encuentren dificultades para determinar la normativa aplicable a estos microcréditos, de forma que puedan hacer valer sus derechos, los de sus asociados o ejercer las labores de inspección y sanción pertinentes. Por ello, en este trabajo trataremos de analizar y determinar las normas y criterios jurisprudenciales a los que los microcréditos, y las empresas no financieras prestamistas, están sujetos, para contrastarlo con la publicidad y condiciones del servicio de diversas empresas dedicadas a la concesión de microcréditos, destacando los incumplimientos más habituales, como herramienta útil para fomentar y facilitar el control *ex ante* y *ex post* de estos contratos. Sin embargo, exceden al objeto de este trabajo el análisis de otras formas de financiación al consumo, como las tarjetas *revolving* o los servicios de aplazamiento de pagos¹.

I. PRESTADORES DEL SERVICIO Y RÉGIMENES JURÍDICOS APLICABLES

Los créditos rápidos pueden ser concedidos por entidades de crédito o sucursales, por establecimientos financieros de crédito y por empresas distintas de las anteriores —no supervisadas, pues, por el Banco de España—. Asimismo, pueden ser ofrecidos —no concedidos— por intermediarios de crédito. El régimen jurídico aplicable a unos y otros difiere en función de su condición, tal y como expondremos a continuación.

II.1. Entidades de crédito, sucursales de entidades de crédito, y establecimientos financieros de crédito

Son entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consista en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia. Tienen la consideración de entidades de crédito: los bancos; las cajas de ahorros; las cooperativas de crédito; y el Instituto de Crédito Oficial, de conformidad con el art. 1 Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito («BOE» núm. 156, de 27.6.2014). Por su parte, pueden constituirse como establecimientos financieros de crédito aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización

¹ Los microcréditos se distinguen de los créditos *revolving* en que, usualmente, no son concedidos por entidades financieras o establecimientos de crédito, no comportan la apertura de una línea de crédito, sino que son préstamos con entrega del capital autorizado, y carecen de mecanismo revolvente precisamente por inexistencia de una línea de crédito subyacente. Asimismo, se diferencian de otros mecanismos de financiación como los BNPL (Buy now, pay later, o servicios de aplazamiento de compras) en que, de nuevo, en ellos no existe transferencia de capital al consumidor, sino adelanto de crédito vinculado a una compra con autorización para cargar en la tarjeta y/o cuenta del cliente (con su entidad financiera) el cargo fraccionado. En la medida en que los BNPL no sean prestados por entidades financieras, estarán sujetos a las mismas normas que las aquí reseñadas para los microcréditos y, eventualmente, el régimen de los contratos de crédito vinculados. Sin embargo, a los créditos *revolving* concedidos, generalmente por entidades o establecimientos de crédito, les resultará de aplicación, además de la normativa aquí estudiada, la normativa de transparencia bancaria y su régimen sancionador específico (art. 34.2 LCCC), no analizada en este trabajo.

del Ministro de Economía y Competitividad tras su solicitud, se dediquen con carácter profesional a ejercer actividades como la concesión de préstamos [art. 6 de la Ley 5/2015, de fomento de la financiación empresarial («BOE» núm. 101, de 28.04.2015)]. Ambos tipos de entidades deberán constar inscritas en el Registro de entidades del Banco de España, que puede ser consultado de manera telemática², facilitando así a los usuarios la determinación del tipo de prestamista ante el que se hallan.

Tanto las entidades de crédito, las sucursales de entidades de crédito, como los establecimientos financieros de crédito, pues, son supervisados por el Banco de España y les resulta de aplicación específica la normativa de transparencia bancaria³, aparte de la normativa genérica de consumo. Sin embargo, no realizaremos aquí un análisis profuso de estas normas, habida cuenta que la mayor parte de prestamistas de créditos rápidos no ostentan esta condición⁴.

II.2. Prestamistas que no ostentan la condición de entidades de crédito

El resto de las empresas que se dedican a la concesión de préstamos, no están sujetas a requisitos especiales de autorización ni son supervisadas por el Banco de España, sin que ello les impida dedicarse a tal actividad. Con todo, algunas de estas entidades⁵ se han integrado en la Asociación Española de Micropréstamos (AEMIP), asociación profesional que se ha dotado de un Código de Buenas Prácticas que sus miembros se comprometen a cumplir⁶.

No obstante, el hecho de que estas empresas prestamistas no cuenten con requisitos de autorización ni estén sujetas a la supervisión del Banco de España, no significa que puedan operar sin control alguno. En particular, están sujetas a las siguientes normas (a las que también están sujetas las entidades de crédito, sucursales y establecimientos financieros de crédito): la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo («BOE» núm. 151, de 25.6.2011; en lo siguiente, «LCCC»), en relación con préstamos no inferiores a 200€; la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores («BOE» núm. 166, de 12.7.2007; en lo sucesivo «Ley 22/2007»), cuando los préstamos se comercialicen

² A través del siguiente link: http://app.bde.es/ren_www/InicioSesion (12.9.2021).

³ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios («BOE» núm. 261, de 29.10.2011); la Circular 5/2012, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos («BOE» núm. 161, de 6.07.2012); la Orden EHA/1718/2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios («BOE» núm. 157, de 29.06.2010); o la Circular 4/2020, del Banco de España, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios («BOE» núm. 193, de 15.07.2020). *Vid.* Cruz Rivero (2016).

⁴ Respecto a la crítica que merece el sistema de supervisión del BdE, véase Cuenca Casas (2021).

⁵ Tales como Dineo; MoneyMan; Préstamo10; Twinero; Vivus.es; Welp; Bondora; Incofisa; Afterbanks; o CCLOAN, entre otras.

⁶ Disponible en: https://www.aemip.es/wp-content/themes/aemip/codigo_buenas_practicas.pdf (12.9.2021).

a distancia, lo que es habitual en el mercado de créditos rápidos; la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación («BOE» núm. 89, de 14.4.1998; en adelante, «LCGC»); el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («BOE» núm. 287, de 30.11.2007; en lo siguiente, «TRLGDCU»); la Ley sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 24.7.1908; en adelante, «LRU»); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad («BOE» núm. 274, de 15.11.1988; en lo sucesivo, «LGP»); y a la Ley 3/1991, de Competencia Desleal («BOE» núm. 10, de 11.1.1991; en adelante, «LCD»).

II.3. Intermediarios de crédito

Los intermediarios de crédito son personas físicas o jurídicas que no actúan como prestamistas pero que, a cambio de una remuneración, (i) presentan u ofrecen contratos de crédito; (ii) asisten a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito; y/o (iii) celebran contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista (tal y como los define el art. 2.3 LCCC)⁷.

Estos agentes están sujetos a la normativa señalada para los prestamistas que no constituyan entidades de crédito, sucursales ni establecimientos financieros de crédito (punto I.2 anterior), así como a Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito («BOE» núm. 79, de 01.04.2009; en adelante, «Ley 2/2009»). Expuestos los agentes que pueden operar en este ámbito y los regímenes a los que unos y otros quedan sujetos, pasaremos a analizar la normativa aplicable a las entidades prestamistas que no ostentan la condición de entidades de crédito, sucursales de entidades de crédito ni establecimientos financieros de crédito, por ser los prestamistas por antonomasia de estos créditos rápidos y minicréditos⁸.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CRÉDITOS RÁPIDOS CONCEDIDOS POR ENTIDADES NO FINANCIERAS

⁷ V.gr. Fintonic:

https://www.fintonic.com/prestamos/simulador?gclid=CjwKCAiAl4WABhAJEiwATUnEF46fuReGyeNatYwdUuIW_3TYMaSrp4HijMfiPXmZ-6Xghiz1UY2SRoCltAQAvD_BwE (12.9.2021).

⁸ Vid. Martínez Espín, 2012: 189.

III.1. Ley de Contratos de Crédito al Consumo: créditos rápidos por importe superior a 200€

III.1.1. Ámbito de aplicación

La Ley LCCC resulta de aplicación a los contratos de crédito concedidos por prestamistas profesionales —personas físicas o jurídicas— a consumidores personas físicas (arts. 1.1, 2.1, 2.2 de la LCCC). Así pues, debe matizarse que la LCCC (i) resulta de aplicación a todo préstamo concedido por una persona física o jurídica que preste este servicio en el ejercicio de su actividad comercial o profesional y, por ende, no se encuentra limitado a entidades de crédito; y (ii) tan solo resulta aplicable a los préstamos concedidos a personas físicas consumidoras, quedando excluidos tanto los préstamos concedidos a personas jurídicas consumidoras de conformidad con el art. 3 TRLGDCU (*v. gr.* préstamos concedidos a personas jurídicas para obtener una financiación ajena a su actividad comercial o profesional y carente de ánimo de lucro), como los préstamos concedidos a personas físicas no consumidoras (*v. gr.* a trabajadores autónomos para financiaciones relacionadas con su actividad profesional)⁹.

En relación con el ámbito territorial de aplicación, la LCCC será de aplicación no solo cuando el contrato de crédito se rija por la legislación española¹⁰, sino también cuando la ley elegida por las partes sea la de un tercer Estado, siempre que el contrato tenga un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Esto sucederá cuando ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros o dirija sus actividades, por cualquier medio de publicidad o comunicación, a uno o varios Estados miembros (art. 5.3 LCCC).

Por su parte, el art. 3 LCCC contiene diversas exclusiones del ámbito objetivo de aplicación de la norma. En particular, por lo que aquí interesa, están excluidos del ámbito de aplicación de la norma: (i) los contratos de crédito al consumo cuyo importe total sea inferior a 200€ [art. 3.c) LCCC]; y (ii) los contratos de crédito con plazo máximo de tres meses y por los que solo se deba pagar unos gastos mínimos —1% del importe total del crédito¹¹— [art. 3.f) LCCC]. Por consiguiente, la exclusión más relevante en el ámbito objeto de estudio es la relativa a los créditos por importe inferior a 200€, puesto que rara vez se ofertan créditos rápidos con gastos inferiores a un 1% del importe total del crédito.

⁹ Lo que ha merecido la crítica de la doctrina: Ordás Alonso (2013: 48-51); Marín López (2014).

¹⁰ Que será la española, si el consumidor está domiciliado en España [art. 6 Reglamento n.º 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) («DOUE» núm. 177, de 4.7.2008); en adelante «Reglamento Roma I»].

¹¹ Entendido como «el importe máximo o la suma de todas las cantidades puestas a disposición del consumidor en el marco de un contrato de crédito», art. 6.c) LCCC. Así, por ejemplo, estaría excluido un préstamo de 100€, a devolver en un mes, por el que el consumidor solo pueda venir obligado a abonar 1€ (entre honorarios, comisiones, intereses, eventuales sanciones por mora, etc.).

En todo caso, los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil (art. 5.2 LCCC), esto es, serán nulos de pleno derecho salvo que se prevea una sanción distinta (como sucederá con determinados incumplimientos señalados *infra*)¹².

III.1.2. Información básica que deberá figurar en la publicidad

El art. 9 LCCC regula la información básica que ha de ser incorporada a la publicidad y comunicaciones comerciales de los créditos al consumo por importe superior a 200€, «siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor»¹³ (art. 9.1 LCCC). Por lo tanto, solo si la publicidad o comunicación comercial no hiciera referencia —en lo absoluto— al tipo de interés, TAE, gastos, comisiones, etc., el prestamista no tendría obligación de cumplir con los requisitos publicitarios que expondremos. Pues bien, la publicidad de estos créditos rápidos deberá especificar, mediante un ejemplo representativo, los siguientes elementos (art. 9.2 LCCC): (i) el tipo deudor fijo o variable —anual (Busto Lago, 2014)—; (ii) el importe total del crédito; (iii) la TAE; (iv) la duración del contrato de crédito; (v) en su caso, el importe total adeudado y el importe plazos; y (vi) el coste de los servicios accesorios a cuya contratación se condicione la concesión en tales condiciones —inusual en estos contratos— (art. 9.3 LCCC). Por lo que respecta a los requisitos formales de esta información publicitaria, deberá redactarse y publicarse de forma clara, concisa y destacada (art. 9.2.I LCCC), con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado (art. 9.2.II LCCC).

A pesar de esta obligación, es habitual que se publiciten cifras relacionadas con el coste del crédito sin incorporar este ejemplo representativo¹⁴ u omitiendo elementos relevantes como el tipo deudor¹⁵, o sin la claridad y contraste necesarios¹⁶.

III.1.3. Información precontractual y sanción civil frente al incumplimiento

Toda la información que deba entregarse al consumidor de conformidad con la LCCC, ya sea precontractualmente o durante la ejecución del contrato, deberá constar en papel o soporte duradero, entendiéndose por soporte duradero «todo instrumento que permita al consumidor conservar la información (...) y que permita la reproducción idéntica de la

¹² Nulidad parcial o renuncia no efectuada (García Vicente, 2014).

¹³ Definido por el art. 6.a) LCCC como «todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato (...)».

¹⁴ Por ejemplo, CCLOAN: <https://www.ccloan.es/> (12.9.2021).

¹⁵ *V.gr.* No indican el tipo nominal: Wandoo: <https://www.wandoo.es/>; Lendora <https://lendora.es/>; Cashper: <https://www.cashper.es/>; Préstamo10: <https://www.prestamo10.com/>; Mykredit: <https://mykredit.es/>; Savso: <https://www.savso.es/>; Moneyman: <https://www.moneyman.com.es/> (12.9.2021).

¹⁶ No existe tal contraste cuando la letra es blanca y se proyecta sobre un fondo, también, blanco como sucede con Solcredito: <https://www.solcredito.es/>, ni Finzmo: <https://www.finzmo.es/> (12.9.2021).

información almacenada» (art. 7.1 LCCC). En este sentido, la STJUE, 3ª, asunto C-49/11, de 5.07.2012 (ECLI:EU:C:2012:419) rechaza que constituya soporte duradero el propio sitio web del empresario (si es un sitio web ordinario), pues no permite almacenar ni descargar la información sin posibilidad de modificación, ni impide que el empresario modifique su contenido. No obstante, los sitios web sofisticados sí constituirán soporte duradero [(STJUE, 3ª, asunto C-375/15, de 25.1.2017 (ECLI:EU:C:2017:38)]. De nuevo, es común que la información precontractual no se ofrezca en soporte duradero, constando meramente incrustada en la web del prestamista sin posibilidad de almacenamiento¹⁷.

En relación con la información precontractual, deberá ser «facilitada» al consumidor mediante la INE (información normalizada europea) que figura en el Anexo II LCCC, de forma gratuita, con la debida antelación y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, en papel o soporte duradero (art. 10 LCCC). Como señala la STJUE, 3ª, asunto C-375/15, de 25.1.2017 (ECLI:EU:C:2017:38), el requisito de «facilitación» exige que el empresario comunique de forma activa la información concernida, sin que el consumidor tenga que tomar ninguna iniciativa, a diferencia del requisito de «poner a disposición» del consumidor determinada información. Pues bien, para que pueda entenderse que la información ha sido «facilitada» al consumidor, la transmisión por parte del empresario debe acompañarse de un comportamiento activo de aquel destinado a poner en conocimiento del usuario la existencia y disponibilidad de la información en el sitio de Internet como, por ejemplo, enviársela personalmente al consumidor a su correo electrónico o enviarle a este correo electrónico el vínculo al soporte duradero en que se encuentre esa información.

Concretamente, la información precontractual deberá especificar (art. 10 LCCC): el tipo de crédito; los datos del prestamista; el importe total del crédito; la duración del contrato; el tipo deudor y sus condiciones de aplicación, así como las condiciones de su variación¹⁸; la TAE y el importe total adeudado por el consumidor, ilustrado mediante un ejemplo representativo; el importe, el número y la periodicidad de las cuotas; cualquier gasto derivado del contrato y las condiciones de modificación; los servicios accesorios cuya contratación sea preceptiva para obtener el crédito con las condiciones ofrecidas; el tipo de interés de demora¹⁹, los gastos por

¹⁷ Como sucede con la INE provista por Wandoo: <https://www.wandoo.es/ajax/formularz-informacyjny.jsp?amount=300&term=15&loan-no=0>; Twinero: <https://www.twinero.es/informacion-normalizada>; Préstamo10: <https://www.prestamo10.com/informacion.php?cantidad=300&dias=15>; MyKredit: donde ni tan siquiera puede copiarse el link, sino que la INE aparece en una ventana emergente al clicar en «más información»: <https://mykredit.es/>; etc. (12.9.2021).

¹⁸ Lo que, de nuevo, rara vez se cumple.

¹⁹ Habitualmente se ofrece esta información de forma engañosa, al informar del tipo diario, no del tipo anual, lo que impide comparar con otro tipo de préstamos, así como evaluar su relación con el interés remuneratorio.

impago y una advertencia sobre las consecuencias del impago; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento (en la información precontractual no es preceptivo informar sobre su duración y forma de ejercicio); el derecho de reembolso o amortización anticipada y, en su caso, sobre el derecho del prestamista a una compensación con arreglo al art. 30 LCCC; las garantías exigidas (inusual en este tipo de contratación); el derecho a ser informado del resultado de la consulta de una base de datos para la evaluación de su solvencia; el derecho del a recibir gratuitamente, previa solicitud, una copia del proyecto del contrato de crédito; y, del período de tiempo durante el cual el prestamista queda vinculado por la información precontractual (lo que acaecería si se hubiera emitido con carácter de oferta vinculante). Por su parte, el art. 10.5 LCCC establece que se considera que el prestamista ha cumplido los requisitos de información precontractual si facilita la Información Normalizada Europea («INE») sobre el crédito al consumo, correcta y completamente rellena, cabría añadir.

Si el prestamista incumpliera los requisitos formales y materiales relativos a la entrega de la información precontractual, el contrato será anulable a instancia del consumidor (art. 7.2 LCCC). La acción de anulabilidad tiene un plazo de caducidad de 4 años (art. 1301 CC) y comportará la obligación de los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC).

III.1.4. Oferta vinculante

Solo si el consumidor así lo solicita, el prestamista estará obligado a entregarle, antes de la celebración del contrato, una INE como oferta vinculante que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega (art. 8 LCCC). De esta suerte, la obligación de entrega de la oferta vinculante solo nace ante la solicitud por parte del consumidor, aunque debe resaltarse que el único efecto diferenciador para el consumidor respecto a su recepción o no, es el hecho de que el prestamista deba mantener la oferta de crédito en los términos informados durante catorce días. De modo que, de conformidad con el art. 61 TRLGDCU, el consumidor que hubiera obtenido una INE sin carácter vinculante que discrepara de las condiciones contractuales finalmente suscritas, podrá exigir igualmente la aplicación de las condiciones más beneficiosas que, en su caso, contuviera en la INE.

III.1.5. Forma y contenido de los contratos y sanciones civiles frente al incumplimiento

Los contratos de crédito rápido concedidos a personas físicas consumidoras por importe igual o superior a 200€ deben formalizarse cumpliendo las exigencias de forma y contenido contempladas en el art. 16 LCCC.

En particular, los contratos deberán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión

adecuado. A este respecto, merece la pena mencionar que el art. 80.1.b) TRLGDCU exige que la letra de los contratos con consumidores sea de, al menos, un milímetro y medio. De lo contrario, las cláusulas no habrían quedado válidamente incorporadas al contrato por vulnerar el requisito de accesibilidad y legibilidad o control de incorporación [art. 80.1.b) TRLGDCU, en relación con el art. 7.b) LCGC]; y/o podrían ser reputadas nulas de pleno derecho por falta de transparencia [art. 80.1.b) TRLGDCU en relación con los arts. 83.II TRLGDCU y 8.1 LCGC].

Además, resulta preceptiva la entrega de un ejemplar al consumidor contratante (art. 16.1.II LCCC). Con todo, la firma del contrato por parte del consumidor solo es exigible cuando el contrato se formalice por escrito en formato papel y el contrato sea de adhesión, constituyendo un requisito de incorporación de las condiciones generales de la contratación (art. 5.1 LCGC). A este respecto, STJUE, 3ª, asunto C-42/15, de 9.11.2016, (ECLI:EU:C:2016:842), aclara que la Directiva 2008/48, de créditos al consumo, («DOUE» núm. 133, de 22.5.2008) no exige que el contrato sea firmado, pero tampoco se opone a que la normativa nacional de un Estado miembro lo exija, exigencia que no se halla en la LCCC española.

Por lo que afecta al contenido del contrato de crédito rápido, el documento²⁰ deberá especificar, de forma clara y concisa, además de la información precontractual especificada *ut supra*: la TAE mediante un tipo único y no mediante una horquilla con un tipo mínimo y un tipo máximo [STJUE, 6ª, asunto C-290/19, de 19.12.2019 (ECLI:EU:C:2019:1130)]; el derecho del consumidor a recibir gratuitamente un cuadro de amortización, previa solicitud, en caso de amortización del capital de un contrato de crédito de duración fija —no es obligatorio entregar un cuadro de amortización como contenido contractual [STJUE, 3ª, asunto C-42/15, de 9.11.2016, (ECLI:EU:C:2016:842); y STJUE, 6ª, asunto C-331/18, de 5.9.2019 (ECLI:EU:C:2019:665)]—; una relación de los períodos y las condiciones de pago de los intereses deudores y de los gastos conexos recurrentes y no recurrentes; la existencia o ausencia de derecho de desistimiento, así como el plazo y demás condiciones para ejercerlo, incluida la información relativa a la obligación del consumidor de pagar el capital dispuesto y los intereses de conformidad con el artículo 28.2.b) LCCC, y el importe del interés diario —no se cumple este requisito si la cláusula remite al consumidor a la normativa aplicable [STJUE, 6ª, asunto

²⁰ Pese a que la STJUE, 3ª, asunto C-42/15, de 9.11.2016, (ECLI:EU:C:2016:842) disponga que, de conformidad con la Directiva 2008/48 no es obligatorio entregar todo el contenido contractual en un único documento, en virtud de la LCCC española este requisito sí es necesario como se infiere de la utilización del singular al referirse del «documento» contractual.

C-66/19, de 26.3.2020 (ECLI:EU:C:2020:242)]—; el procedimiento que deberá seguirse para ejercer el derecho de poner fin al contrato de crédito; la existencia o no de procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor y la de acceso; y, en su caso, nombre y dirección de la autoridad de supervisión competente.

En relación con las sanciones frente al incumplimiento del prestamista, si este incumpliera la forma escrita del contrato, el contrato será anulable a instancia del consumidor (art. 21.1 LCCC). Por su parte, el art. 21 LCCC prevé distintas sanciones civiles para el caso de que el prestamista no cumpliera apropiadamente con determinadas exigencias de contenido del contrato, que han de ser aplicadas de oficio por el juez competente [STJUE, 3ª, asunto C-377/14, de 21.4.2016 (ECLI:EU:C:2016:283)]. En particular, (i) si el contrato no mencionara la TAE, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos, es decir, no vendrá obligado a abonar el interés contractual, ni gastos, comisiones, etc., sino solo el interés legal; (ii) si el contrato no mencionase el importe, el número o la periodicidad de los pagos, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el nominal del crédito en los plazos convenidos, en otras palabras, el contrato de crédito quedará gratuito (sanción aceptada por la STJUE, 3ª, asunto C-42/15, de 9.11.2016, (ECLI:EU:C:2016:842)); (iii) si el contrato omitiera información sobre los plazos, o los datos relativos a los plazos fueran inexactos —no queda claro cuándo deberá reembolsarse el crédito (Arroyo i Amayuelas: 2014)—, el pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato, dicho de otro modo, no podrá producirse el vencimiento anticipado, ni cabrá aplicar intereses moratorios ni sanciones por impago antes del término final del contrato; y (iv) en caso de inexactitud de cualesquiera de los datos preceptivos, las consecuencias expuestas en los puntos anteriores se modularán en función del perjuicio ocasionado al consumidor²¹.

III.1.6. Derechos de desistimiento y de reembolso anticipado

Como observamos, una de las obligaciones informativas reiteradas es la información sobre el derecho de desistimiento y el derecho de reembolso anticipado que asiste a los consumidores. Con todo, cuando los prestamistas objeto de estudio incorporan esta información, usualmente es inexacta o contradictoria con el régimen legal previsto, lo que comporta la nulidad de pleno derecho de la disposición (art. 5.2 LCCC), así como su abusividad (arts. 86.7 y 87.6 TRLGDCU). En consecuencia, resulta importante ahondar en el contenido de estos derechos del consumidor prestatario.

²¹ Vid. Arroyo i Amayuelas, 2014: 807-829.

Por lo que respecta al régimen jurídico del derecho de desistimiento previsto en el art. 28 LCCC, el consumidor tendrá derecho a desistir, sin necesidad de indicar los motivos y sin penalización alguna, en plazo de catorce días naturales desde (i) la suscripción del contrato; o (ii) desde la fecha en que reciba el documento contractual y toda la información contractual exigida en el art. 16 LCCC, si fuera posterior a la suscripción. Es decir que, mientras no reciba la información contractual regida en el art. 16 LCCC, no habrá nacido el *dies a quo* de ejercicio del derecho de desistimiento y el consumidor podrá desistir.

Respecto a las formalidades para desistir, el consumidor desistirá válidamente si comunica en plazo su decisión al prestamista, de la forma indicada en el documento contractual, por medios que permitan dejar constancia de la notificación, ya sea mediante documento en papel o cualquier otro soporte duradero a accesible para el prestamista (art. 28.2.a) LCCC). Debe destacarse que la imposición de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de este derecho, como lo es exigir formalidades distintas a las necesarias para contratar, constituirá una cláusula abusiva (art. 87.6 TRLGDCU).

Por lo que afecta a las obligaciones del consumidor en caso de ejercitar su derecho de desistimiento, este deberá abonar al prestamista el capital prestado más el *interés* acumulado entre la fecha de disposición y la fecha de reembolso²², sin ningún retraso indebido y a más tardar a los *treinta* días naturales de haber enviado la notificación de desistimiento al prestamista. En nuestro criterio, si el préstamo no estuviera sujeto a interés, sino que solo se cobraran honorarios²³ —lo que no es más que un mecanismo para impedir la comparabilidad de las condiciones de los préstamos por parte de los consumidores y ocultar los usuarios tipos resultantes—, en aplicación literal de la norma (art. 3.1 CC), el consumidor solo tendría que devolver el capital recibido a préstamo, pues ningún interés se devengó²⁴. Por su parte, el prestamista debería restituir al prestatario desistido las comisiones y gastos abonados. Paradójicamente, la LCCC no prevé en qué plazo debe reembolsar el empresario al consumidor las cantidades que hubiera abonado por lo que, de nuevo, resulta de aplicación lo previsto en el régimen general del TRLGDCU (art. 68.2 TRLGDCU). En concreto, en virtud del art. 76

²² Pese a que algunas empresas impongan el pago de todas las tarifas pactadas, v.gr. Bondora: «el usuario deberá satisfacer todas las obligaciones pendientes contraídas con el Prestamista» <https://www.bondora.es/acerca-de-bondora/terminos-de-uso/#termination-of-the-user-agreement> (12.9.2021).

²³ V.gr. Cashper que indica expresamente «no cobramos interés nominal», sino solo «gastos de gestión» que arrojan TAEs del 59 141%: <https://www.cashper.es/rights/t%C3%A9rminos-y-condiciones>; o Wandoo, «el Prestatario deberá devolver al Prestamista (...) los honorarios acumulados sobre dicho capital entre la fecha de disposición del Préstamo y la fecha de reembolso del capital que se hubieren pactado»: <https://www.wandoo.es/condiciones-de-contratacion/> (12.9.2021).

²⁴ Como explica García Vicente (2014b), precisamente para que el consumidor pueda calcular los intereses a abonar en caso de desistimiento, se exige que la información contractual informe del interés diario al regular el derecho de desistimiento.

TRLGDCU, el empresario estará obligado a devolver las sumas al consumidor antes del transcurso de *catorce* días naturales desde la fecha en que se le notificó el desistimiento, de lo contrario, el consumidor *tendrá derecho a reclamarlas duplicadas*.

Por lo que afecta al régimen jurídico del derecho de reembolso anticipado, de conformidad con el art. 30 LCCC, el consumidor tiene derecho a amortizar anticipadamente el préstamo, total o parcialmente, en cualquier momento, en cuyo caso «tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenda los intereses y costes, incluso si estos hubieran sido ya pagados, correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir». A pesar de ello, algunos prestamistas insisten en que el reembolso anticipado no genera descuento alguno²⁵, disposición nula de pleno derecho por oponerse a la norma imperativa prevista en el art. 30 LCCC (art. 5.2 LCCC). Por su parte, el prestamista tendrá derecho a obtener una compensación si la amortización *se produce en un período en el cual el tipo deudor fuera fijo* (no variable, ni tipo cero —arts. 30.2.I y 30.3.c) LCCC—). Esta compensación no podrá ser superior al 1% del importe amortizado anticipadamente (no del capital prestado) si restase más de un año para la terminación del contrato (art. 30.2.II LCCC); o al 0,5% si restase menos de un año para la terminación del contrato —límite que resultará típicamente de aplicación a los créditos objeto de estudio— (art. 30.2.II LCCC)²⁶. Cabría cuestionarse si cabe cobro de compensación cuando el préstamo se oferta como si no devengara intereses, sino solo honorarios o comisiones. En nuestra opinión, de nuevo, no sujeto el préstamo a tipo deudor fijo, no cabrá cobro de tal compensación.

III.2. Ley 22/2007: créditos rápidos comercializados a distancia

La Ley 22/2007 resulta de aplicación a los servicios financieros (como son los créditos rápidos) concertados a distancia con consumidores personas físicas (art. 1 y 5.III Ley 22/2007). En virtud del art. 2 Ley 22/2007, son prestadores de servicios financieros sujetos a la norma, no solo las entidades de crédito y resto de entidades financieras; sino también los proveedores de servicios financieros, distintos de los anteriores, (i) establecidos en España o con establecimiento permanente situado en España; (ii) establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España; así como (iii) establecidos en países que no sean miembros de la Unión

²⁵ *V. gr.* Savso: «El reembolso anticipado está sujeto a la previa notificación al Prestamista y no generará Descuento alguno», blob:<https://www.savso.es/9b2f1c74-1141-4067-a4f0-47f1f4911180> (12.9.2021).

²⁶ Solo si el prestamista demostrase la existencia de pérdidas producidas de forma directa como consecuencia del reembolso anticipado del crédito, podrá reclamar excepcionalmente una compensación más elevada, con el límite absoluto del tipo de interés aplicable al periodo en cuestión (arts. 30.4 y 30.5 LCCC). Ahora bien, para su determinación se toma como referencia el Euribor, por lo que, mientras continúe en negativo, no cabrá exigir una compensación más elevada.

Europea o del Espacio Económico Europeo cuando dirijan sus servicios específicamente al territorio español.

En consecuencia, los créditos rápidos ofrecidos a distancia estarán sujetos a esta norma, incluso cuando el prestamista no sea una entidad financiera ni esté establecido en España o la Unión Europea, si dirige sus actividades al territorio español, con independencia de la cuantía del crédito (es decir, resultará de aplicación incluso cuando la LCCC no lo haga, por ejemplo, por tratarse de un préstamo de menos de 200€). Asimismo, será proveedor toda persona física o jurídica, privada o pública, que, en el marco de sus actividades comerciales o profesionales, preste un servicio financiero a distancia (art. 5.I Ley 22/2007). De nuevo, serán nulos los actos realizados en fraude de la Ley 22/2007 (art. 3.II y 6 CC).

III.2.1. Obligaciones de información precontractual

El proveedor de servicios financieros deberá suministrar al consumidor, con tiempo suficiente y antes de que este asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato, al menos, la información que a continuación se detalla (arts. 7.1 y Ley 22/2007): los datos del proveedor; el registro en el que esté inscrito y su número de registro, en su caso; si su actividad estuviera sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión; una descripción de las principales características del servicio financiero; el precio total, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos; el período durante el cual la información suministrada sea válida; las modalidades de pago y de ejecución; la existencia o no de derecho de desistimiento y, de existir tal derecho, su duración y las condiciones de ejercicio (a diferencia de la LCCC, en la información precontractual sujeta a la Ley 22/2007 sí se exige que se informe sobre el modo de desistir, aunque como veremos, si el préstamo estuviera sujeto también a la LCCC, se entenderá que el prestamista ha informado válidamente si entregó la INE, que no exige tal detalle); las instrucciones para ejercer el derecho de desistimiento, indicando, entre otros aspectos, a qué dirección postal o electrónica debe dirigirse la notificación del desistimiento; información sobre cualquier otro derecho de resolución anticipada y sus penalizaciones (vencimiento anticipado, amortización anticipada, etc.); así como qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, de carácter público o privado, están disponibles para el consumidor y cómo puede acceder a ellos.

Además, serán de aplicación los requisitos adicionales de información previa establecidos en la legislación especial que sea aplicable al servicio financiero objeto del contrato a distancia (art. 8 Ley 22/2007), en nuestro caso, la LCCC si el préstamo fuera por 200€ o importe superior. Con todo, el art. 10.5 LCCC establece que se considera que el prestamista ha cumplido los requisitos de información precontractual de la Ley 22/2007, si

facilita la INE sobre el crédito al consumo. En consecuencia, en caso de concurso normativo, esto es, en caso de que el préstamo en cuestión esté sujeto a ambas normas, resultará de aplicación prioritaria la LCCC (*lex specialis derogat legi generali*) incluso cuando las obligaciones informativas de la Ley 22/2007 resulten más exigentes. Por ende, las obligaciones derivadas de la Ley 22/2007 resultan relevantes, especialmente, cuando el contrato de préstamo no esté sujeto a la LCCC.

El incumplimiento de los requisitos relativos al contenido de la información previa y de la forma o momento de comunicación, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos (art. 9.4 Ley 22/2007).

III.2.2. Información contractual

El proveedor deberá comunicar al consumidor todas las condiciones contractuales y la información exigida como información precontractual, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia o a la aceptación de una oferta y, en todo caso, antes de que el consumidor asuma las obligaciones del contrato u oferta (art. 9.1 Ley 22/2007). Excepcionalmente, podrá entregar la información contractual inmediatamente después de la formalización del contrato cuando este se hubiera celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información exigida con carácter previo (art. 9.2 Ley 22/2007). Adicionalmente, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte de papel, en cualquier momento de la relación contractual. (art. 9.3 Ley 22/2007).

El incumplimiento de los requisitos relativos al contenido de la información contractual y de la forma o momento de comunicación, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos (art. 9.4 Ley 22/2007).

III.2.3. Derecho de desistimiento

El derecho de desistimiento regulado en la Ley 22/2007 resultará de aplicación solo si el contrato de crédito rápido no estuviera sujeto a la LCCC (art. 28.4 LCCC y 10.5 Ley 22/2007). En tal caso, el consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna, desde el día de la celebración del contrato o el día en que recibiera la información contractual, si fuera posterior (art. 10.1 Ley 22/2007).

Para ello, el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento lo habrá de comunicar al proveedor en los términos previstos por el contrato, antes de que finalice el plazo correspondiente, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación de

cualquier modo admitido en Derecho (art. 10.3 Ley 22/2007, recuérdese lo mencionado *ut supra* en relación con el art. 87.6 TRLGDCU). En tal caso, el consumidor solamente estará obligado a pagar el servicio financiero realmente prestado por el proveedor hasta el momento del desistimiento, y deberá hacerlo en el plazo máximo de *treinta* días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento (arts. 11.1.I y 11.4 Ley 22/2007). El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización (art. 11.1.II Ley 22/2007), es decir, no podrá ir acompañada de compensación adicional ni incremento con intereses legales [STJUE, 6ª, asunto C-301/18, de 4.6.2020 (ECLI:EU:C:2020:427)].

Ahora bien, el proveedor no podrá exigir pago alguno si (i) no demuestra que le ha facilitado la información precontractual relativa al derecho de desistimiento; o (ii) inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento²⁷ (art. 11.2 Ley 22/2007, el empresario ostenta la carga de la prueba, art. 17 Ley 22/2007). En otras palabras, si el consumidor no solicitara expresamente que el contrato de crédito rápido comenzase antes del transcurso de los catorce días naturales del periodo de desistimiento, o si el empresario no hubiera facilitado la información precontractual oportuna sobre el derecho de desistimiento, el consumidor tendrá derecho a desistir sin tener obligación de abonar los intereses devengados, sino solo el capital prestado. Por su parte, el proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de *treinta* días naturales desde la recepción de la comunicación del desistimiento, cualquier cantidad que haya percibido distinta del precio (art. 11.3 Ley 22/2007).

III.3. Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La LCGC resulta de aplicación, en virtud de su art. 2, a todo contrato que contenga condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— (sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad) y cualquier persona física o jurídica —adherente— (no es necesario que ostente la condición de consumidor). Constituyen condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC)²⁸. Por lo que respecta al ámbito territorial de aplicación de la LCGC, de conformidad con su art. 3, resulta de aplicación a las condiciones generales que formen parte

²⁷ Lo que es coherente con el art. 108.4.a) TRLGDCU.

²⁸ Sobre los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad que han de cumplir las cláusulas para constituir condiciones generales, *vid.* Marín López (2000: 137-150); Carrasco Perera (2017: 747-748); Alfaro Águila-real (1991: 116-146).

de contratos sujetos a la legislación española y a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia habitual.

Como es sabido, para que las condiciones generales pasen a formar parte del contrato válidamente, deben superar el control de incorporación. Para ello, por un lado, se debe haber informado al adherente de su existencia, haberle entregado un ejemplar de estas, y debe haberlas aceptado, además de constar el contrato firmado por todos los contratantes (art. 5.1 LCGC). En este sentido, la SAP de Barcelona, 17^a, núm. 119/2014, de 20.3.2014 (ECLI:ES:APB:2014:5088) declaró, en el seno de un proceso de reclamación de cantidad en el que el impreso de solicitud del préstamo no constaba la firma del prestatario demandada, que «[n]o acreditado que el demandado suscribiera contrato alguno (...), nada adeuda el demandado» (FD: 3). La única excepción al requisito anterior, conocido como requisito de accesibilidad²⁹, tiene lugar cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, en cuyo caso bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.3 LCGC). Debe recordarse que no superaran el requisito de incorporación las condiciones generales insertas en contratos suscritos por consumidores cuyo tamaño sea inferior a 1,5 milímetros [art. 80.1.b) TRLGDCU]. Adicionalmente, la válida incorporación de las condiciones generales exige que consten redactadas de forma transparente, clara, concreta y sencilla (art. 5.5 LCGC). A mayor abundamiento, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, las condiciones incorporadas de modo no transparente (transparencia material) en los contratos en perjuicio de los *consumidores* (no con adherentes empresarios) serán nulas de pleno derecho (nueva redacción del art. 5.5 LCGC y art. 83 TRLGDCU introducida por la Ley 5/2019).

De no superarse el control de incorporación, las condiciones no quedarán incorporadas al contrato y, por ende, no resultarán oponibles ni vinculantes para el adherente. En concreto, no quedarán incorporadas las condiciones generales que (i) no hubiera tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, o cuando no hubieran sido firmadas si el contrato debiera celebrarse por escrito; ni las que (ii) fueran ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo si hubieren sido expresamente aceptadas por escrito

²⁹ Pagador López (2000: 235); Nieto Carol (1998: 523).

por el adherente y se ajusten a la normativa aplicable (arts. 7 y 10 LCGC). Por otra parte, serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

III.4. Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios

Cuando el prestatario ostente la condición de consumidor (art. 3 TRLGDCU), le resultará de aplicación, con carácter general, el TRLGDCU. En consecuencia, incluso cuando el préstamo sea de importe inferior a 200€ (no estando sujeto a la LCCC); o no se celebre a distancia (no estando amparado por la Ley 22/2007); estaría protegido por las normas generales y supletorias del TRLGDCU.

En relación con el ámbito territorial de aplicación del TRLGDCU, de conformidad con su art. 67.1 y el art. 6 del Reglamento Roma I, resultará de aplicación la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional (i) ejerza sus actividades dicho país; o (ii) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país. Con todo, las partes pueden «elegir» la ley aplicable, sin que pueda acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionaría la ley de su domicilio. Ahora bien, en ningún caso, podrá imponerse una ley alternativa, pues ello constituiría una cláusula abusiva de conformidad con el art. 90.3 TRLGDCU. En todo caso, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas del TRLGDCU serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes, cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 67.2 TRLGDCU).

III.4.1. Obligaciones relativas a la atención al cliente

Los empresarios que presten servicios de carácter básico de interés general, entre los que se encuentran los servicios financieros, deben poner a disposición de los consumidores un teléfono de atención al consumidor gratuito (art. 21.2.VI TRLGDCU, introducido por el RDL 37/2020).

Asimismo, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax, cuando proceda, y dirección de correo electrónico en los que el consumidor pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información; y deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la

reclamación (art. 21.3 TRLGDCU)³⁰. De no resolver satisfactoriamente una reclamación, el empresario deberá informar al consumidor sobre si se encuentra adherido a una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo («ADR») o si está obligado por una norma o código de conducta a participar en el procedimiento ante una concreta entidad (como la AEMIP o Confianza Online). De no ser así, informar de una entidad de ADR competente y si participará en el procedimiento (art. 21.4 TRLGDCU).

III.4.2. Obligaciones de información precontractual y remedios civiles

El derecho a la información es un derecho básico de los consumidores [arts. 8.1.d), 17 y 18 TRLGDCU]. En concreto, todo consumidor deberá ser informado, antes de quedar vinculado por un contrato u oferta, sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas (art. 60.1 TRLGDCU).

Particularmente, y por lo que resulta de aplicación a los créditos rápidos, el empresario deberá *facilitar* información sobre (art. 60.2 y 4 TRLGDCU): las características principales de los bienes o servicios (*v. gr.* intereses, coste, plazo; condiciones de reembolso; sanciones por incumplimiento; etc.); la identidad del empresario y sus datos; el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas (todos los elementos integrantes del coste total del crédito para el consumidor). Además, en toda la información sobre el precio del servicio, *incluida la publicidad*, se informará del precio total, desglosando, los incrementos, gastos, (lo que, en relación con los créditos rápidos, comporta la obligación de informar sobre intereses moratorios); gastos por servicios adicionales, procedimientos de pago, entrega y ejecución; la duración del contrato; la eventual existencia del derecho de desistimiento, el plazo y la forma de ejercitarlo; el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y los sistemas de ADR.

En caso de discrepancia entre la información precontractual y la contractual, de conformidad con el art. 61 TRLGDCU, el consumidor podrá exigir la aplicación de aquellas condiciones que le resulten más beneficiosas, aun cuando no figuren expresamente en el contrato. Por lo tanto, si el contrato previera condiciones más onerosas que las publicitarias o precontractuales, las condiciones precontractuales integrarán el contrato resultando solo estas oponibles y aplicables al consumidor.

Habida cuenta que la información precontractual integra el contrato, los remedios civiles aplicables en caso de discordancia entre esta y el contrato finalmente suscrito o las condiciones

³⁰ Medidas reiteradas por el Anteproyecto de ley de servicios de atención al cliente, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de noviembre de 2021. Puede encontrarse una síntesis de las escasas novedades contenidas en el Anteproyecto en Mendoza Losana (2021).

aplicadas en la ejecución del contrato, permitirán al consumidor instar el cumplimiento en los términos reflejados en la información precontractual con indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC); resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios (art. 1124 CC); instar la anulación por error vicio (art. 1301 CC); solicitar una mera indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones del empresario (art. 1101 CC); o instar la integración del contrato en su beneficio (art. 65 TRLGDCU).

III.4.3. Información contractual

El TRLGDCU no determina el contenido esencial de los contratos con consumidores, pero sí impone la obligación de confirmar la contratación efectuada. A este respecto, se deberá entregar recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando estas sean utilizadas en la contratación (art. 63.1 TRLGDCU). Además, los consumidores tendrán derecho a recibir la factura en papel de forma gratuita (art. 63.3 TRLGDCU), lo que comporta la obligación de entregar el justificante de abono de cada amortización.

En todo caso, se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato (art. 62.2 TRLGDCU). Así, si el consumidor tuviera derecho a resolver anticipadamente el contrato (por ejemplo, por tener reconocido un derecho de desistimiento) podrá ejercer su derecho en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción (art. 62.3.II TRLGDCU).

III.4.4. Cláusulas abusivas

De conformidad con el art. 82 TRLGDCU [y art. 3.1 Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores («DOCE» núm. 95, de 21.4.1993; en adelante: «Dir. 93/13/CEE»)], «[s]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». A este respecto, el TJUE ha insistido en que existe una actuación «contraria a las exigencias de la buena fe» si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, no podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual [STJUE, 1ª, asunto C-415/2011, de 14.3.2013 (ECLI:EU:C:2013:164); STJUE, 3ª, asunto C-621/17, de 3.10.2019 (ECLI:EU:C:2019:820); STJUE, 4ª, asunto C-224/19 y C-259/19, de 16.7.2020

(ECLI:EU:C:2020:578), entre otras]. Asimismo, el TJUE ha reiterado que se produce un «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes» si existe «un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales» [STJUE, 3ª, asunto C-621/17, de 3.10.2019 (ECLI:EU:C:2019:820); STJUE, 4ª, asunto C-224/19 y C-259/19, de 16.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:578), entre otras].

Teniendo en cuenta la interpretación del concepto de cláusula abusiva efectuada por el TJUE y el listado de cláusulas abusivas previsto en el TRLGDCU, en lo siguiente trataremos de resaltar las cláusulas abusivas altamente susceptibles de estar incorporadas en los términos y condiciones de préstamos rápidos.

(i) *Comisiones de reclamación de posiciones deudoras*: la STS, 1ª, núm. 566/2019, de 25.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315) declaró abusivas las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, por los siguientes motivos: (i) dejar a la libre voluntad del empresario la interpretación de la cláusula (art. 85.3 TRLGDCU) ya que no aclaraba el mecanismo de devengo; (ii) privar al consumidor de sus derechos básicos (art. 86 TRLGDCU) ya que limitaba su derecho a la información respecto al mecanismo de aplicación de la comisión; (iii) imponer el cobro de un servicio no prestado efectivamente (art. 87.5 TRLGDCU) ya que no se prueban los servicios que se presten y que justifiquen su importe; (iv) imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor (art. 85.6 TRLGDCU) puesto que concurre con intereses moratorios que ya resarcen el daño por el impago o mora; y (v) repercutir al consumidor gastos que por ley corresponden al empresario (art. 89.3 TRLGDCU), puesto que el legitimado para reclamar la deuda es el acreedor y, por tanto, los gastos en que incurra para ello son gastos propios que no puede endosar al consumidor (FFDD: 4 y 6)³¹. Pese a ello, es común la previsión de estas comisiones en los créditos rápidos³².

(ii) *Comisiones por impago y acumulación de sanciones por la mora*: la STJUE, 3ª, asunto C-377/14, de 21.4.2016 (ECLI:EU:C:2016:283) concluyó que «para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta (...), procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas

³¹ Vid. Jubera Higuero (2020).

³² V.gr. 30€ en Moneyman <https://www.moneyman.com.es/condiciones-generales-de-contratacion-del-prestamo/>; 35€ en Cashper: <https://www.cashper.es/rights/t%C3%A9rminos-y-condiciones>; etc.

indemnizatorias que figuren en el contrato». Asimismo, la citada STS, 1ª, núm. 566/2019, de 25.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315) recalcó que las comisiones por reclamación de posiciones deudoras no constituían cláusulas penales con finalidad preliquidadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor pero que, de aceptar que lo fueran, como lo son las meras comisiones por impago, contravendrían el art. 85.6 TRLGDCU, de acumularse a intereses moratorios y/u otras cláusulas penales (FD: 5.2). A mayor abundamiento, de conformidad con la STS, 1ª, núm. 530/2016, de 13-9-2016 (ECLI:ES:TS:2016:4044), no caben cláusulas penales con finalidad meramente punitiva en la contratación con consumidores —sin tener como finalidad preliquidar los daños y perjuicios causados, incluso cuando no se acumulen a intereses moratorios— (FD: 3.1); ni comisión por impago o cláusula penal que sí constituya una preliquidación de los daños y perjuicios si es «extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor»³³— incluso cuando no se acumulara a otra indemnización— (FD: 3.2). De nuevo, a pesar de ello, es común encontrar comisiones por impago meramente punitivas en estos clausulados³⁴.

(iii) *Intereses moratorios que superen en un 2% a los intereses remuneratorios*: la STS, 1ª, núm. 265/2015, de 22.04.2015 (ECLI: ES:TS:2015:1723) declaró que las cláusulas que impongan intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio en los préstamos personales, son abusivas por imponer una indemnización desproporcionadamente alta (art. 85.6 TRLGDCU)³⁵. En este contexto, es común que se fijen los intereses moratorios en un porcentaje diario, oscilante entre el 1,2 y el 2%, sobre el importe impagado, lo que dificulta la comparabilidad con los intereses remuneratorios respecto a los cuales, como hemos apuntado, en multitud de ocasiones ni tan siquiera se indica el tipo aplicado, sino que se fija el precio en «honorarios». Ahora bien, cuando el tipo de interés

³³ V.gr. Bondora que cobra 14,99€ por correo experian, 0,99€ por SMS, 0,99 por email, 4,99 por correo ordinario 0,99 por llamada: <https://www.bondora.es/acerca-de-bondora/comisiones/>

³⁴ V.gr. cobro de 25€ por cada cuota semanal impagada más 25€ transcurridos tres días desde el impago, más los costes razonables incurridos por el prestamista para hacer cumplir este acuerdo. Savso: <https://www.savso.es/911c6a4b-cd0e-48b4-a0a7-5ece74755e47>; 25€ al tercer día de retraso más el 1,5% diario de interés de demora en Préstamo10: <https://www.prestamo10.com/informacion.php?cantidad=300&dias=15>; 20€ al día siguiente del impago; otros 20€ a los 10 días; otros 20€ a los 20 días, más 35€ comisión de reclamación del impago: <https://www.cashper.es/rights/t%C3%A9rminos-y-condiciones>; 1,2% diario intereses de demora más 15€ el cuarto día y 25€ el onceavo día en CCLOAN: <https://www.ccloan.es/condiciones-prestamo>; etc.

³⁵ Vid. Martínez Escribano (2015).

promocionado es 0%, es evidente que un 1,2% diario, esto es, un 438% anual, supera con mucho esos dos puntos³⁶. También es común que se supere ese límite cuando sí se informa del TIN³⁷.

(iv) *Imposición de comisiones por reembolso anticipado superiores a las legalmente permitidas*: Dispone el art. 86.7 TRLGDCU que serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, las que comporten una renuncia o limitación a sus derechos. En consecuencia, una cláusula que impusiera una comisión por reembolso anticipado superior al 0,5% del capital amortizado si el préstamo fuera por importe igual o superior a 200€, a tipo fijo, y plazo restante inferior a un año; o al 1% con plazo restante superior a un año, sería abusiva por oponerse a la norma imperativa prevista en el art. 30.2 LCCC (además de ser nula de pleno derecho en sí misma, art. 5.2 LCCC). Por las mismas razones, sería abusiva una cláusula que impusiera comisiones por reembolso anticipado cuando el tipo de interés fuera cero si el préstamo fuera por importe igual o superior a 200€ (cfr. art. 30.3.c) LCCC). Lo anterior resultará de aplicación cuando el préstamo se publicite como «sin intereses», cobrando al consumidor, por el contrario, «honorarios», «tarifas del servicio» o «gastos de gestión» fijos³⁸.

(v) *Imposición de gastos por desistimiento superiores a los legalmente previstos*: lo mismo cabría concluir en caso de imposición de importes superiores al tipo de interés devengado hasta el día del reembolso en caso de desistimiento (art. 86.7 TRLGDCU en relación con los arts. 11.1. Ley 22/2007, y 28.2.b) LCCC) y, en nuestro criterio, por la imposición de costes cuando no existiera devengo de intereses. Asimismo, constituiría una cláusula abusiva aquella que impusiera el abono de importes por desistir cuando no se hubiera informado al consumidor oportunamente sobre este derecho, o cuando el consumidor no hubiera solicitado expresamente que el contrato comenzara a ejecutarse antes del transcurso del periodo de

³⁶V.gr. CCLOAN: <https://www.ccloan.es/informacion-normalizada-europea-sobre-el-credito-al-consumo?amount=150&days=15&enddate=24/09/2021&zeroPercent=0%20%E2%82%AC> (10.9.2021).

³⁷V.gr. Dineo, con un TIN del 420%, y unos intereses moratorios del 1,4% diario, un 511% anual, más un recargo del 25% sobre el importe principal: <https://www.dineo.es/informacion-sobre-el-prestamo>; o Moneyman, cuyo TIN es 1,1% diario (401,5% anual):

https://www.moneyman.com.es/secci.php?pers=0.011&tae=2035.30&back=458.26&back_date=13%20de%20noviembre%20de%202021¤t_time=62¤t_sum=400&is62=true, y un 1,3% diario de demora (474,5% anual): <https://www.moneyman.com.es/condiciones-generales-de-contratacion-del-prestamo/>

³⁸V. gr. Cashper que no indica que el préstamo de 200€ esté sujeto a intereses, sino al pago de unos gastos de gestión de, nada menos, que 65€: <https://www.cashper.es/miniprestamos> CCLOAN, por su parte, indica que el interés es 0% pero que en caso de amortización anticipada «los costes del Préstamo serán calculados en función de los días que hayan transcurrido desde la fecha de Aceptación del Préstamo, con un mínimo de cinco (5) días, con independencia de que el Préstamo se devuelva antes de dichos cinco (5) días»: <https://www.ccloan.es/informacion-normalizada-europea-sobre-el-credito-al-consumo?amount=150&days=15&enddate=26/09/2021&zeroPercent=0%20%E2%82%AC> (10.9.2021).

desistimiento, en contratos celebrados a distancia no sujetos a la LCCC³⁹ (art. 86.7 TRLGDCU en relación con los arts. 3.2 y 11.2 Ley 22/2007).

(vi) *Indeterminación de los costes por mora, reembolso anticipado, desistimiento, — o cualesquiera otros—*: de conformidad con el art. 85.3 TRLGDCU, son abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato. Por lo tanto, las cláusulas que no determinen dichos costes, o su forma de cálculo, constituyen cláusulas abusivas por permitir al empresario interpretarlas unilateralmente, como apuntó la STS, 1ª, núm. 566/2019, de 25.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315). Asimismo, serían nulas de pleno derecho por no ser transparentes (art. 83.2 TRLGDCU), si la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista no permitían al consumidor calcular su coste de antemano [STJUE, 4ª, asunto C- 452/18, de 9.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:536), §46]⁴⁰.

(vii) *Estipular que el empresario deberá devolver las sumas oportunas al consumidor, en caso de desistimiento, en plazo superior al legal*: en préstamos sujetos a la LCCC, el plazo aplicable es el supletorio de catorce días de conformidad con el art. 76 TRLGDCU; mientras que, en los préstamos contratados a distancia no sujetos a la LCCC, el plazo es de treinta días, en virtud del art. 11.3 Ley 22/2007. Por tanto, una previsión distinta al respecto sería abusiva (art. 86.7 TRLGDCU).

(viii) *Imponer un plazo inferior a 30 días para el abono de los gastos impondibles al consumidor por el desistimiento*: en concreto una estipulación como la reseñada se opondría tanto al art. 11.4 Ley 22/2007, como al art. 28.2 LCCC, por lo que la cláusula sería abusiva de conformidad con el art. 86.7 TRLGDCU⁴¹.

(ix) *Exigir formalidades especiales para desistir distintas de las exigidas para contratar*: de conformidad con el art. 87.6 TRLGDCU son abusivas las estipulaciones que impongan «obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, (...), cual es el caso de las que prevean la

³⁹ Pues, de lo contrario, el derecho de desistimiento aplicable sería el previsto en la LCCC (que no contiene una regla semejante), tal y como establece el art. 28.4 LCCC y el art. 10.5 Ley 22/2007.

⁴⁰ *V.gr.* CCLOAN: además de los intereses moratorios, «el Prestatario tendrá la obligación de hacerse cargo de cualquier coste en el que incurra el Prestamista como consecuencia del retraso en las obligaciones de pago del Préstamo», así como la cláusula reseñada en nota 27 <https://www.ccloan.es/condiciones-prestamo>; Wandooo: «En caso de cursar la solicitud de cancelación anticipada del Préstamo, el Prestatario deberá devolver al Prestamista (...) los Honorarios del Préstamo y cuantos gastos adicionales se pudieren generar». <https://www.wandoo.es/condiciones-de-contratacion-/>; Préstamo10: «El Prestatario asumirá, en su caso, el pago de los gastos inherentes a la reclamación de su deuda»: <https://www.prestamo10.com/dinero/condiciones-generales/> (12.9.2021)

⁴¹ *V.gr.* Moneyman: «Este desistimiento, sin embargo, no exonerará al prestatario de su obligación de reembolsar el capital con la mayor brevedad»: https://www.moneyman.com.es/secci.php?pers=0.011&tae=2035.30&back=458.26&back_date=13%20de%20noviembre%20de%202021¤t_time=62¤t_sum=400&is62=true (12.9.2021).

imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar (...)». Este sería el caso cuando se exija, como sucede con habitualidad en las condiciones generales de los créditos rápidos, acompañar el DNI escaneado o su fotocopia para desistir⁴², cuando ello no fuera un requisito para contratar; remitir la comunicación de desistimiento a una dirección postal cuando la contratación se efectuó electrónicamente⁴³; exigir la firma del documento de desistimiento si para la contratación no se precisó esta firma por concluirse la contratación telemáticamente o por teléfono; exigir acompañar documentos innecesarios como tablas de amortización⁴⁴; etc.

(x) *Imposición de gastos propios del empresario*: en concreto, son abusivas las cláusulas que impongan al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario (art. 89.3 TRLGDCU). Así, por ejemplo, resulta abusiva la repercusión al consumidor de los costes derivados de agencias de reclamación de deudas contratadas por parte del empresario, toda vez que el contratante de dichos servicios es el propio empresario, lo que comporta su obligación de pago de conformidad con el art. 1257 CC⁴⁵, como ha confirmado la STS, 1ª, núm. 566/2019, de 25.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315)⁴⁶.

(xi) *Comisión de apertura sin servicio retribuido, así como por acumulación*: Pese a que la STS, 1ª, núm. 44/2019, de 23.1.2019 (ECLI:ES:TS:2019:102) rechazara que pudiera evaluarse la abusividad de las comisiones de apertura redactadas de forma transparente, por constituir parte del precio del préstamo (FD: 3.9), el TJUE ha revocado esta doctrina. En concreto, la STJUE, 4ª, asunto C-224/19 y C-259/19, de 16.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:578)⁴⁷ matiza que la comisión de apertura no constituye parte del precio, es decir, que está sujeta al control de abusividad directo, pese a que también deba cumplir con los requisitos de transparencia material de conformidad con el art. 5 de la Dir. 93/13/CEE (§68 y 69). En especial, el control de transparencia de una comisión de apertura debe efectuarse «*tomando en consideración (...) si la entidad financiera ha comunicado al consumidor los elementos suficientes para que este adquiera conocimiento del contenido y del funcionamiento de la cláusula que le impone el pago de una comisión de apertura, así como de su función dentro del contrato de préstamo. De este modo, el consumidor tendrá conocimiento de los motivos que*

⁴² V.gr. Cashper, que exige envío por correo postal, firma y fotocopia del DNI:

<https://www.cashper.es/rights/t%C3%A9rminos-y-condiciones>

⁴³ V.gr. Dineocrédito: <https://www.dineo.es/informacion-sobre-el-prestamo>;

⁴⁴ V.gr. Wandoo: <https://www.wandoo.es/condiciones-de-contratacion-/>;

Savso:blob:<https://www.savso.es/911c6a4b-cd0e-48b4-a0a7-5ece74755e47> (12.9.2021)

⁴⁵ Al respecto, en relación con la cláusula de gastos hipotecarios y el gasto de gestoría, Marín López (2018: 160).

⁴⁶ V.gr. Mycredit: «*la parte prestamista podrá cobrarle todos los gastos (incluyendo agentes de investigación, agentes de cobro de deudas y costes legales) que le sean ocasionados a la hora de hacer cumplir el contrato, de acuerdo con la legislación sobre consumidores y usuarios*» <https://mykredit.es> (12.9.2021).

⁴⁷ Ante las cuestiones prejudiciales planteadas por el JPI n.º 17 de Palma de Mallorca y JPI e Instrucción de Ceuta, respectivamente.

justifican la retribución correspondiente a esta comisión» (§70). En todo caso, incluso cuando fuera transparente, aclara el TJUE que una comisión puede resultar abusiva «cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido» (§79). No obstante, el TS interpuso tres cuestiones prejudiciales al respecto por auto de 10.9.2021, al considerar que la STJUE 16.7.2020 resolvió erróneamente la cuestión como consecuencia del planteamiento distorsionado de las cuestiones prejudiciales. Por otra parte, la STJUE, 1ª, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19, de 3.9.2020 (ECLI:EU:C:2020:631) detalla que, para que una comisión como la de apertura sea transparente, «es importante que la naturaleza de los servicios efectivamente proporcionados pueda entenderse o deducirse razonablemente del contrato en su conjunto. Además, el consumidor debe poder comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que tales gastos retribuyen» (§75), lo que no se cumple si se acumula una comisión de apertura y una cláusula de gastos administrativos de concesión (o de estudio).

En consecuencia, salvo que el TJUE modifique su postura al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS, las comisiones de apertura son abusivas por vulnerar el art. 3.1 Dir. 93/13/CEE, 82 y 89.5 TRLGDCU, si el prestamista no demuestra que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido⁴⁸; así como si no ha comunicado al consumidor en la publicidad, información precontractual y contractual, el contenido y el funcionamiento de la comisión de modo que el consumidor tenga conocimiento de los motivos y servicios que justifican la retribución correspondiente a esta comisión (art. 83 TRLGDCU).

(xii) *Cláusulas abusivas sobre la competencia y derecho aplicable*: en virtud del art. 90 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que impongan la sumisión expresa a jueces y tribunales distintos de los correspondientes al domicilio del consumidor, así como la sujeción del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, lo que es habitual en empresas domiciliadas fuera de España⁴⁹.

⁴⁸ V.gr. Nexu que impone una comisión de apertura del 12%, más intereses del 444%, más «los costes de procesamiento, en caso de existir»: https://www.nexu.es/?utm_source=1001&utm_medium=affiliate&utm_campaign=hybrid&transaction_id=10229a512fdc1387356ff841eb34cc&offer_id=1

⁴⁹ V.gr. Minicredito24: «Los términos se rigen por las leyes del Reino Unido. El Derecho Inglés regirá su uso en todo momento y en caso de litigio las partes se someten irrevocablemente a la jurisdicción exclusiva de los tribunales ingleses». <https://minicredito24.es/terminos-y-condiciones/> (10.11.2021). Igualmente, Bondora: «Los Términos de Uso y el Contrato de Usuario se regirán por la legislación vigente de la República de Estonia (...) En el supuesto de que una determinada disputa no pudiera resolverse dentro de un plazo de tiempo razonable mediante

(xiii) *Cláusulas incorporadas de forma no transparente*: De conformidad con el art. 83.II TRLGDCU, redacción dada por la Ley 5/2019 (y, por ende, aplicable a contratos suscritos tras el 16.6.2019), «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Como ha reiterado la jurisprudencia del TJUE, el control de transparencia no abarca solo a la redacción de la cláusula o a la información contractual, sino que se extiende a toda la fase precontractual, de forma que esta permitiera al consumidor evaluar el coste de su préstamo [STJUE, 4ª, asunto C- 452/18, de 9.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:536; §46), entre otras muchas]. Por lo tanto, cuando las cláusulas son indeterminadas, cuando la información precontractual difiere de la contractual, cuando no se entregó información precontractual sobre alguna cláusula, etc., debe entenderse incumplido el control de transparencia material y, así, la nulidad de la cláusula, siempre que perjudique al consumidor. Ello con independencia de que la cláusula constituya un elemento esencial del contrato o un elemento accesorio⁵⁰, siendo apreciable de oficio⁵¹.

III.5. Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios

Dispone el art. 1 de la LRU que «[s]erá nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». De esta suerte, declarado nulo el contrato de crédito, lo que solo puede ser efectuado por jueces y tribunales (es decir, no es sancionable por las autoridades con competencia en materia de consumo, puesto que no es una norma de protección a consumidores), el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado (art. 3 LRU)⁵².

De conformidad con la última doctrina del TS, bastará con que concurra el elemento objetivo del art. 1 LRU (interés notablemente superior al normal del dinero) para considerar que un préstamo es usurario [STS, 1ª, núm. 628/2015, de 25.11.2015 (ECLI:ES:TS:2015:4810;

negociación amistosa, la resolución de la misma deberá ser resuelta (i) ante el tribunal competente de la República de Estonia»: <https://www.bondora.es/acerca-de-bondora/terminos-de-uso/#governing-law-and-disbute-resolution> (12.9.2021).

⁵⁰ Carrasco Perera, 2019: 680.

⁵¹ Busto Lago, 2020: 220.

⁵² Sobre el alcance de esta nulidad, véase la postura crítica de Carrasco Perera (2021), quien considera que el hecho de que la nulidad por usura sea originaria y radical no impide que el contrato pueda novarse válidamente, perviviendo con un interés no usurario, ni impide que las alcancen un acuerdo transaccional.

FD: 3.3); y STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 3.1.ii)]⁵³. Ahora bien, este interés no será el tipo nominal aplicado, sino todos los gastos impuestos al prestatario, lo que viene representado por la TAE [STS, 1ª, núm. 628/2015, de 25.11.2015 (ECLI:ES:TS:2015:4810; FD: 3.4); y STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 3.1.iii)]. Por su parte, el tipo comparativo, en tanto que interés normal del dinero, podrá ser el arrojado por las estadísticas del Banco de España («BdE»)⁵⁴ [STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 3.1.iv)], aunque habrá de ser el «correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (...), deberá utilizarse esa categoría más específica» [STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 4.1)]. Así pues, en principio, la TAE del crédito rápido cuya usura se cuestione, debería ser comparada con los tipos medios de los créditos rápidos⁵⁵ según las estadísticas del BdE, de existir tal subcategoría. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las tarjetas de crédito *revolving*, no contamos con estadísticas del BdE que ilustren el tipo medio de este tipo de operaciones⁵⁶. Los productos recogidos en dichas estadísticas que mayor semejanza guardan con este tipo de créditos son, precisamente, las tarjetas de crédito, cuyo tipo de interés medio, hasta julio de 2021 es del 17,89%.

Otra alternativa sería contrastar la TAE del préstamo controvertido con las TAEs medias del mercado de crédito rápido. Con todo, en tal caso, el margen para apreciar la usura sería mínimo, puesto que el Alto Tribunal ha matizado que «[c]uanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%»⁵⁷

⁵³ Ruiz Arranz (2021); Carrasco y Agüero (2015).

⁵⁴ Disponibles en: https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos/servicio/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresprac/Tabla_de_tipos_a0b053c69a40f51.html (12.9.2021)

⁵⁵ Sobre la evolución de esta doctrina y crítica a la misma, *vid.* Ruiz Arranz (2021); Carrasco y Agüero (2015). Respecto a los distintos criterios de usura adoptados por las Audiencias Provinciales, véase Agüero Ortiz (2021).

⁵⁶ Las estadísticas del BdE tan solo representan los tipos medios ofrecidos por entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito (que no son los prestamistas prototípicos de créditos rápidos) en: tarjetas de crédito; créditos con plazo de entre uno y cinco años; créditos por plazo superior a cinco años; o créditos por plazo superior a diez años.

⁵⁷ Motivo por el cual declaró que una diferencia de un 6%, como la acaecida entre la TAE de la tarjeta de crédito *revolving* litigiosa (26,82%) y el tipo medio del interés de tales operaciones según las estadísticas del Banco de España (20,48%), era «tan apreciable» que debía considerarse como «notablemente superior» al interés normal del dinero y, así, usuraria.

[STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 5.6)]. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo reforzó su postura insistiendo en que, a efectos de apreciar la existencia de usura, «[h]an de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos (...)» [STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600; FD 5.8)]. Lo que, comprendemos, con mayores razones resulta aplicable al mercado del crédito rápido.

En aplicación de esta doctrina a préstamos (distintos de tarjetas de crédito *revolving*) hallamos diversas sentencias relativas a créditos personales⁵⁸, concertados por entidades financieras. Sin embargo, no se aprecia jurisprudencia menor tan abundante respecto a créditos como los aquí estudiados, probablemente por su escasa cuantía y el efecto que disuasorio que ello puede suponer, en relación con las temidas costas del litigio, para los consumidores afectados. Ahora bien, debe destacarse que las TAEs de los créditos rápidos y minicréditos son infinitamente superiores a las TAEs de las condenadas tarjetas *revolving* y que, de conformidad con esta doctrina, merecerían sobradamente la consideración de usurarias: 561,39%⁵⁹; 2 830,8%⁶⁰; 3 752%⁶¹; mínima del 3 773,91 y máxima del 9 809,79%⁶², o del 38 925 394%⁶³ — sí, sí, ha leído bien—; y un larguísimo etcétera. Como muestra, puede señalarse la SAP de A Coruña, 6ª, 124/2021 de 1.6.2021 (ECLI:ES:APC:2021:1263) que declaró usurario un microcrédito concedido en 2015 al 2 464% TAE, cuando el tipo medio aplicado a los contratos de crédito al consumo era del 9,23%; así como la SAP de Madrid, 10ª, 340/2021 de 29.6.2021 (ECLI:ES:APM:2021:7497), que declaró usurario un crédito rápido concedido en 2017 al 2

⁵⁸ La SAP de Barcelona, 17ª, 277/2021 de 23.6.2021 (ECLI:ES:APB:2021:7055); SAP de Gipuzkoa, 2ª, 1027/2020 de 9.12.2020 (ECLI:ES:APSS:2020:1410); SAP de Jaén 1027/2020 de 9.12.2020 (ECLI:ES:APJ:2020:1448); SSAP de Lugo, 1ª, 232/2021 de 14.5.2021 (ECLI:ES:APLU:2021:337) o 24/2021 de 25.1.2021 (ECLI:ES:APLU:2021:30); SAP, 14ª, Madrid 187/2021 de 24.5.2021 (ECLI:ES:APM:2021:6821); SAP de Madrid, 9ª, 201/2021 de 23.4.2021 (ECLI:ES:APM:2021:4047); SSAP de Tarragona, 3ª, 307/2021 de 17.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:904) o 295/2021 de 10.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:873); SAP de Huesca, 1ª, 4/2017, de 17.1.2017 (ECLI:ES:APHU:2017:15); SAP de Barcelona, 1ª, 381/2016, de 10.10.2016 (ECLI:ES:APB:2016:9344); etc.

⁵⁹ Moneyman: https://www.moneyman.com.es/prestamos-online/?gclid=CjwKCAjwhOyJBhA4EiwAEcJdcf87br3iZcrfeAXNKsgB2i14oxJW-gYQHcyghqX6TXEUsBxsu3xE0xoCADQQAvD_BwE (10.9.2021).

⁶⁰ Vivus.es: <https://www.vivus.es/> (10.9.2021).

⁶¹ Solcredito: https://www.solcredito.es/solicitar?xg_pl=&xg_ap=&xg_kw=cr%C3%A9dito%20r%C3%A1pido&xg_mt=e&gclid=CjwKCAjwhOyJBhA4EiwAEcJdcf87br3iZcrfeAXNKsgB2i14oxJW-gYQHcyghqX6TXEUsBxsu3xE0xoCADQQAvD_BwE (10.9.2021).

⁶² Wandoo: <https://www.wandoo.es/> (10.9.2021).

⁶³ Préstamo de 50€ a 7 días concedido por Cashper: <https://www.cashper.es/rights/t%C3%A9rminos-y-condiciones> (10.9.2021).

333% TAE, mientras que el tipo medio aplicado a los contratos de crédito al consumo era del 8,86%.

III.6. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

El art. 3 de la Ley General de Publicidad declara ilícita la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (como podría ser el caso de la publicidad que no cumpla con los requisitos del art. 9 de la LCCC); así como la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

En primer lugar, se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (art. 5.1 LCD), si incide sobre aspectos como: (i) las características principales del bien o servicio; (ii) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; o (iii) los derechos legales o convencionales del consumidor. Asimismo, cuando el empresario esté vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código se considerará, igualmente, desleal, si tal conducta es susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios (art. 5.2 LCD).

En segundo lugar, se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. También será desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado (art. 7.1 LCD).

En tercer lugar, se considera desleal por constituir prácticas promocionales engañosas o señuelo, las que describan un bien o servicio como «gratis», «regalo», «sin gastos» o cualquier fórmula equivalente, si el consumidor o usuario tiene que abonar dinero por cualquier concepto distinto del coste inevitable de la respuesta a la práctica comercial y la recogida del producto o del pago por la entrega de este (art. 22.5 LCD).

Por lo que respecta a las acciones ejercitables, de conformidad con el art. 32 LCD podrá ejercitar: (i) acción declarativa de deslealtad; (ii) acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; (iii) acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; (iv) acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o

falsas; y (v) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. Las acciones (i) a (iv) podrán ser ejercitadas por cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 33.1. I y II LCD); por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 33.2 LCD); por el Instituto Nacional del Consumo (actualmente, Dirección General de Consumo) y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios [art. 33.3.a) LCD]; o por las asociaciones de consumidores y usuarios [art. 33.3.b) LCD], etc. Por su parte, la acción de acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados podrá ser ejercitada por el afectado, por quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 33.1. I y II LCD); así como por las asociaciones de consumidores cuando los perjudicados sean un grupo de consumidores o usuarios determinados o fácilmente determinables (art. 33.1. III LCD en relación con el art. 11.2 de la LEC).

En relación con las acciones frente a la publicidad ilícita, de conformidad con el art. 6 de la LGP, serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal. En este contexto, la STS, 1ª, 368/2018, de 19.6.2018 (ECLI:ES:TS:2018:2284) estimó una acción de cesación de la publicidad emitida por Credit Services, S.A. y Asesores Financieros de Sevilla, S.L.U. en un periódico por considerarla ilícita, al tener una finalidad engañosa y omitir información sobre la TAE y los gastos de los préstamos publicitados⁶⁴.

III.7. Código de buenas prácticas para la concesión de microcréditos de la AEMIP

Como expusimos, el incumplimiento de los compromisos asumidos en los códigos de conducta se considera una práctica desleal, si es susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios (art. 5.2 LCD). En adición, esta actuación desleal constituye una infracción de consumo sancionable por las autoridades con competencia en materia de consumo, de conformidad con el art. 49.1.1) del TRLGDCU. Por este motivo, resulta relevante extractar las obligaciones más relevantes asumidas por las entidades adheridas al Código de buenas prácticas para la concesión de microcréditos de la AEMIP, distintas del cumplimiento de la legalidad vigente.

En concreto, los prestamistas adheridos al Código de buenas prácticas de la AEMIP se comprometen a: publicitar sus préstamos de conformidad con la LCCC (§4.1.1), incluso cuando

⁶⁴ Vid. al respecto, Ordás Alonso (2019).

los préstamos sean de importe inferior a 200€; recordar al cliente el carácter de micropréstamo a corto plazo y sugerirle la contratación de un préstamo a largo plazo si resulta evidente que se están utilizando micropréstamos a corto plazo para necesidades de financiación recurrentes o constantes (§4.5.2); aplicar el coste de la prórroga del micropréstamo siempre sobre el principal del préstamo, y en ningún caso sobre los intereses o las cuotas de los micropréstamos (§4.6.1); no realizar prórrogas tácitas (§4.6.2); no permitir a los clientes prorrogar los micropréstamos durante un periodo que exceda los 6 meses de duración en total (§4.6.4); en situaciones de mora prolongada, valorar ofrecer al cliente, solo una vez cada doce meses, un plan de amortización del préstamo en cuotas fijas sin cuotas ni intereses adicionales (§4.7.1 y §4.7.3); no imponer recargos por retraso, a menos que dichos recargos consten en la información precontractual y en el acuerdo y se limiten a recuperar los gastos del recobro de lo impagado (§5.4); establecer una política para paralizar el devengo de intereses y recargos automáticos, después de un período de retraso de más de 90 días o cuando haya sido aceptado por el cliente un plan de amortización (§5.6); en caso de conflicto, ofrecer al cliente la posibilidad de someterse a un proceso de mediación por parte de AEMIP, que será arbitrado por la Junta de AEMIP (§8.3).

IV. RÉGIMEN SUPERVISOR Y SANCIONADOR

IV.1. Régimen sancionador en la LCCC

El incumplimiento de las disposiciones de la LCCC por personas físicas y jurídicas, distintas entidades de crédito, sucursales y establecimientos financieros de crédito, será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en el régimen sancionador general de protección de los consumidores y usuarios previsto en el Título IV del libro primero del TRLGDCU, así como en las normas establecidas en las leyes autonómicas correspondientes (art. 34.1.I LCCC). Estas infracciones son graves, con independencia del art. 34.1.II LCCC, tras la STC, 1ª, núm. 10/2015, de 2.2.2015 (ECLI:ES:TC:2015:10)⁶⁵, pudiendo ser muy graves las relativas a la información precontractual y evaluación de solvencia si existe reincidencia o el volumen de la facturación realizada a que se refiere la infracción es superior a 601 012,10 € (art. 50.2 TRLGDCU).

Así pues, las autoridades competentes para sancionar las infracciones de la LCCC por personas físicas o jurídicas no entidades de crédito, sucursales de entidades de crédito, ni establecimientos financieros de crédito, son las previstas en el art. 47.3 del TRLGDCU, a saber, las autoridades competentes en materia de consumo⁶⁶. Con todo, dispone el art. 34.3 LCCC que

⁶⁵ Que declaró inconstitucional el art. 50.1 TRLGDCU, que permitía a las administraciones competentes graduar la gravedad de las infracciones (leves, graves o muy graves) sin criterios taxativos.

⁶⁶ A cuyo colapso atribuye Luquin Bergareche (2017:158) la falta de mecanismos eficaces de detección y sanción.

«en el expediente sancionador no podrán resolverse las cuestiones civiles o mercantiles que suscite el incumplimiento de las disposiciones de la LCCC», lo que se opone (i) al art. 28.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público («BOE» núm. 236, de 02.10.2015), según el cual «[l]as responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora»; y (ii) al art. 48 TRLGDCU, en cuya virtud «en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor»⁶⁷.

IV.2. Régimen sancionador en la Ley 22/2007

En el caso de proveedores de servicios financieros distintos de entidades de crédito, sucursales de entidad de crédito y establecimientos financieros de crédito, el incumplimiento de las disposiciones de la Ley 22/2007 será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en la legislación específica sobre protección de consumidores y usuarios (art. 18.3 Ley 22/2007). Asimismo, el consumidor podrá rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna (art. 18.5 Ley 22/2007).

V. CONCLUSIONES Y PRINCIPALES INCUMPLIMIENTOS OBSERVADOS

Como hemos podido observar, no existe reserva de actividad para la concesión de préstamos, por lo que empresas distintas a entidades de crédito, sucursales de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, pueden conceder préstamos válidamente. Estas empresas no están sometidas a requisitos especiales de autorización, ni a la supervisión del Banco de España, y tampoco están sujetas al cumplimiento de la normativa de transparencia bancaria.

Sin embargo, ello no significa que no estén sometidas a ninguna normativa ni a control alguno. Muy al contrario, todas ellas están sujetas al cumplimiento de la LCCC (en relación con préstamos no inferiores a 200€); a la Ley 22/2007 (cuando los préstamos se concluyan a distancia); a la LCGC; al TRLGDCU; a la LRU; a la LGP; y a la LCD. Asimismo, todas ellas son susceptibles de control por medio de las autoridades competentes en materia de consumo, que son quienes ostentan la competencia para incoar, en su caso, los expedientes sancionadores que estimen oportunos relacionados con el incumplimiento de las disposiciones de la LCCC, la

⁶⁷ Como advierte Vela Torres (2012: 232).

Ley 22/2007, y/o el TRLGDCU. A pesar de lo anterior, es evidente que estas empresas incurren en numerosos incumplimientos de la legalidad vigente, que pasamos a sintetizar.

Ninguna empresa de las analizadas en este estudio aporta un teléfono gratuito, lo que constituye una infracción de consumo en virtud del art. 49.1.p) TRLGDCU. Asimismo, un buen número de empresas omite incluir el ejemplo representativo del préstamo, o datos preceptivos como el tipo nominal, lo que constituye varias infracciones de las normas de consumo: publicidad ilícita (art. 3 LGP, art. 49.1.l) TRLGDCU); omisión engañosa (art. 7.1 LCD, art. 49.1.l) TRLGDCU); incumplimiento de las normas relativas a la publicidad (art. 49.1.f) TRLGDCU); y una vulneración del cumplimiento normativo general (art. 49.1.n) TRLGDCU). Muchas empresas omiten incluir la INE, pese a venir obligadas a entregarla antes de la contratación del préstamo. En otras ocasiones, incluyen este documento sin estar en soporte duradero —lo que equivale a no haberla facilitado—. En estos casos, si antes de contratar el consumidor no recibiera dicha ficha en soporte duradero ni la información precontractual preceptiva, podría solicitar la declaración de nulidad de su contrato (art. 7.2 y 10 LCCC). En todo caso, esta actuación comportaría varias infracciones de consumo [(arts. 34.1 LCCC) y (49.1.n) TRLGDCU; art. 7.1 LCD y art. 49.1.l) TRLGDCU].

Por otra parte, se aprecia cómo algunas empresas rehúsan informar sobre el tipo de interés aplicable, lo que no solo constituye un incumplimiento normativo, sino que impide al consumidor comparar ofertas. De estar el préstamo sujeto a la LCCC, esta práctica permitirá al consumidor instar la anulación de su contrato (art. 7.2 y 10 LCCC) y puede ser sancionada por los organismos con competencia en materia de consumo [(arts. 34.1 LCCC) y (49.1.n) TRLGDCU; y art. 7.1 LCD y art. 49.1.l) TRLGDCU].

Otra práctica habitual de estas empresas es informar de que el consumidor deberá pagar algunos costes sin determinar cuáles, ni el motivo de su devengo, ni la forma de su cálculo. Como se ha expuesto, estas cláusulas son abusivas por reservar a favor del empresario facultades de interpretación del contrato (art. 85.3 TRLGDCU) y su incorporación constituye una infracción de consumo en virtud del art. 49.1.i) TRLGDCU.

Igualmente, resulta reiterada la regulación del derecho de desistimiento y del derecho de reembolso anticipado de forma contradictoria con su regulación legal, lo que implicará su nulidad de pleno derecho por oponerse a las normas imperativas, además afectar de abusividad a las cláusulas en que se incorpore tal regulación (86.7 TRLGDCU), lo que, nuevamente, será sancionable (arts. 49.1.i) y 49.1.n) TRLGDCU).

También es recurrente la predisposición de cláusulas por las que indica que la ley aplicable será la de un país distinto de España o que los litigios sobre el préstamo se resolverán

por los tribunales de un determinado lugar, con independencia del fuero del consumidor. De nuevo, estas cláusulas son abusivas de conformidad con el art. 90 TRLGDCU y su previsión constituye una infracción de consumo (arts. 49.1.i) y 49.1.n) TRLGDCU).

Ahora bien, las prácticas abusivas más extendidas son, sin duda, la aplicación de intereses exorbitados (usurarios) y la imposición de sanciones por la mora elevadísimas. Ciertamente la apreciación de usura está reservada a jueces y tribunales. No así la apreciación del carácter abusivo de las sanciones impuestas a los consumidores que incumplan sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU en relación con el art. 49.1.i) TRLGDCU).

Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, A. (2021): «Usura: estado de la cuestión. Análisis de los criterios aplicados por las audiencias provinciales y tabla analítica de sus últimas resoluciones», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (39), pp. 13-47. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2846/2140> (29.11.2021).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991): *Condiciones generales de la contratación*, Editorial Civitas, Madrid.

ARROYO I AMAYUELAS, E. (2014): «Artículo 21. Penalización por falta de forma y por omisión de cláusulas obligatorias», en MARÍN LÓPEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Navarra, pp. 807-829.

BUSTO LAGO, J. M. (2020): «Control de transparencia de cláusula de fijación de un tipo de interés mínimo en préstamo hipotecario a interés variable: suficiencia de la información precontractual e incompatibilidad de la transparencia con la abusividad. Comentario a la STS 9/2020, de 8 de enero (RJ 2019, 5390)», *CCJC*, (114), pp. 213-236.

BUSTO LAGO, J. M. (2014): «Artículo 10. Información previa al contrato», en MARÍN LÓPEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 475-520.

CARRASCO PERERA, Á. F. (2021): «Novaciones y transacciones sobre tipos de interés usurario. Otra vez contra una tendencia equivocada», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (40), pp. 54-64. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/2898/2206> (29.11.2021).

CARRASCO PERERA, Á. F. (2019): «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en CARRASCO PERERA (dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 677-705.

CARRASCO PERERA, Á. F. (2017): *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor.

- CARRASCO PERERA, Á.; AGÜERO ORTIZ, A. (2015): «Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. “Sygma Mediatis” un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (16), pp. 73-94. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/983> (12.9.2021).
- CRUZ RIVERO, D. (2016): «La contratación a distancia de préstamos bancarios por personas físicas», *RDBB*, (142), pp. 13-86.
- CUENA CASAS, M. (2021): «La necesaria reforma del régimen de supervisión para una eficaz protección del usuario de servicios financieros», *Hay Derecho*, 6.6.2021 <https://www.hayderecho.com/2021/06/06/la-necesaria-reforma-del-regimen-de-supervision-para-una-eficaz-proteccion-del-usuario-de-servicios-financieros/> (29.11.2021).
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2014a): «Artículo 5. Carácter imperativo de las normas (aps. 1 y 2)», en MARÍN LÓPEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 259-274.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2014b): «Artículo 28. Derecho de desistimiento», en MARÍN LÓPEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1005-1026.
- LUQUIN BERGARECHE, R. (2017): «Los micropréstamos en el Derecho Español: normativa, supervisión y desprotección del consumidor», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (2), pp. 139-172.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000): «El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación», en NIETO CAROL (dir.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 137-150.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018): *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2014): «Artículo 2. Partes del contrato de crédito (aps. 1 y 2)», en MARÍN LÓPEZ (dir.) *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 96-120.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2015): «El problema de las cláusulas abusivas en los intereses moratorios de los préstamos personales», *RDBB*, (140), pp. 293-322.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2012): «Usura y mentiras en los préstamos rápidos ¿Quién gobierna esta selva?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (4), pp. 189-206. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/136> (8.09.2021).
- MENDOZA LOSANA, A. I. (2021): «Anteproyecto de ley de servicios de atención al cliente: escasas novedades», *Publicaciones GA_P*, disponible en: <https://www.ga->

[p.com/publicaciones/anteproyecto-de-ley-de-servicios-de-atencion-al-cliente-escasas-novedades/](https://www.boe.es/p.com/publicaciones/anteproyecto-de-ley-de-servicios-de-atencion-al-cliente-escasas-novedades/) (29.11.2021).

NIETO CAROL, U. (1998): «Condiciones generales en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor», en NIETO CAROL (coord.): *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, pp. 517-572.

ORDÁS ALONSO, M. (2019): «Publicidad ilícita de crédito otorgado por intermediarios financieros. Comentario a la STS de 19 de junio de 2018 (RJ 2018, 3236)», *CCJC*, (109), pp. 313-362.

ORDÁS ALONSO, M. (2013): *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 de julio*, Aranzadi, Navarra.

PAGADOR LÓPEZ, J. (2000): «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en NIETO CAROL (dir.): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, pp. 219-300.

RUIZ ARRANZ, A. (2021): «Una nueva concepción para la usura: presupuestos y restitución», *RDC*, (1), pp. 181-242.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020): «Nulidad de las comisiones por reclamación de posiciones deudoras», *RCDI*, (777), pp. 564-575.

VELA TORRES, P. J. (2012): «Los contratos de crédito al consumo», en MIRANDA SERRANO; PAGADOR LÓPEZ (coords.): *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 217-234.

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, 3ª, asunto C-49/11, de 5.07.2012 (ECLI:EU:C:2012:419): sobre la interpretación de «soporte duradero».

STJUE, 1ª, asunto C-415/2011, de 14.3.2013 (ECLI:EU:C:2013:164): requisitos abusividad.

STJUE, 3ª, asunto C-377/14, de 21.4.2016 (ECLI:EU:C:2016:283): sobre la aplicación de oficio de las sanciones pertinentes ante incumplimientos en la información contractual y sanciones desproporcionadamente altas al consumidor.

STJUE, 3ª, asunto C-42/15, de 9.11.2016, (ECLI:EU:C:2016:842): sobre la exigencia de firma del contrato de crédito, información contractual y sanciones frente al incumplimiento.

STJUE, 3ª, asunto C-375/15, de 25.1.2017 (ECLI:EU:C:2017:38): sobre la interpretación de «soporte duradero» y la obligación de «facilitar» información.

STJUE, 6ª, asunto C-331/18, de 5.9.2019 (ECLI: EU:C:2019:665): sobre la obligación de entrega del cuadro de amortización.

STJUE, 3ª, asunto C-621/17, de 3.10.2019 (ECLI:EU:C:2019:820): requisitos abusividad.

STJUE, 6ª, asunto C-290/19, de 19.12.2019 (ECLI:EU:C:2019:1130): obligación de información de la TAE concreta, no por medio de horquilla.

STJUE, 6ª, asunto C-66/19, de 26.3.2020 (ECLI:EU:C:2020:242): sobre la información contractual del derecho de desistimiento.

STJUE, 6ª, asunto C-301/18, de 4.6.2020 (ECLI:EU:C:2020:427): sobre el derecho de desistimiento en servicios financieros a distancia.

STJUE, 4ª, asunto C- 452/18, de 9.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:536): novación cláusulas suelo, transparencia.

STJUE, 4ª, asunto C-224/19 y C-259/19, de 16.7.2020 (ECLI:EU:C:2020:578): requisitos abusividad, gastos, comisión de apertura.

STJUE, 1ª, asuntos C-84/19, C-222/19 y C-252/19, de 3.9.2020 (ECLI:EU:C:2020:631): requisitos de validez de la comisión de apertura.

Tribunal Constitucional

STC, 1ª, núm. 10/2015, de 2.2.2015 (ECLI:ES:TC:2015:10): declaración de inconstitucionalidad del art. 50.1 TRLGDCU.

Tribunal Supremo

STS, 1ª, núm. 265/2015, de 22.04.2015 (ECLI: ES:TS:2015:1723): sobre abusividad intereses de demora en créditos al consumo.

STS, 1ª, núm. 628/2015, de 25.11.2015 (ECLI:ES:TS:2015:4810): usura.

STS, 1ª, núm. 530/2016, de 13-9-2016 (ECLI:ES:TS:2016:4044): sobre requisitos de validez de las cláusulas penales.

STS, 1ª, 368/2018, de 19.6.2018 (ECLI:ES:TS:2018:2284): publicidad engañosa de préstamos.

STS, 1ª, núm. 44/2019, de 23.1.2019 (ECLI:ES:TS:2019:102): validez de la comisión de apertura.

STS, 1ª, núm. 566/2019, de 25.10.2019 (ECLI:ES:TS:2019:3315): abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

STS, 1ª, núm. 149/2020, de 4.3.2020 (ECLI: ES:TS:2020:600): usura.

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, 17ª, núm. 119/2014, de 20.3.2014 (ECLI:ES:APB:2014:5088): no incorporación de condiciones generales no firmadas.

SAP de Barcelona, 1ª, núm. 381/2016, de 10.10.2016 (ECLI:ES:APB:2016:9344): usura préstamo personal.

SAP de Huesca, 1ª, núm. 4/2017, de 17.1.2017 (ECLI:ES:APHU:2017:15): usura préstamo personal.

SAP de Gipuzkoa, 2ª, núm. 1027/2020, de 9.12.2020 (ECLI:ES:APSS:2020:1410): usura préstamo personal.

SAP de Jaén, 1ª, núm. 1027/2020, de 9.12.2020 (ECLI:ES:APJ:2020:1448): usura préstamo personal.

SAP de Lugo, 1ª, núm. 24/2021, de 25.1.2021 (ECLI:ES:APLU:2021:30): usura préstamo personal.

SAP de Madrid, 9ª, núm. 201/2021, de 23.4.2021 (ECLI:ES:APM:2021:4047): usura préstamo personal.

SAP de Lugo, 1ª, núm. 232/2021, de 14.5.2021 (ECLI:ES:APLU:2021:337): usura préstamo personal.

SAP, 14ª, Madrid, núm. 187/2021, de 24.5.2021 (ECLI:ES:APM:2021:6821): usura préstamo personal.

SAP de A Coruña, 6ª, 124/2021 de 1.6.2021 (ECLI:ES:APC:2021:1263): usura microcrédito.

SAP de Tarragona, 3ª, núm. 307/2021, de 17.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:904): usura préstamo personal.

SAP de Tarragona, 3ª, núm. 295/2021, de 10.6.2021 (ECLI:ES:APT:2021:873): usura préstamo personal.

SAP de Barcelona, 17ª, núm. 277/2021, de 23.6.2021 (ECLI:ES:APB:2021:7055): usura préstamo personal.

SAP de Madrid, 10ª, núm. 340/2021, de 29.6.2021 (ECLI:ES:APM:2021:7497): usura microcrédito.

EL ERROR EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: LA STS 142/2021, DE 15 DE MARZO. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LAS DEUDAS DE SU CAUSANTE

The error in the acceptance or repudiation of the inheritance: STS of March 15, 2021. Responsibility of the heir for the debts of the deceased

SILVIA DÍAZ ALABART
sildial@der.ucm.es
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar / Citation

Díaz Alabart, S. (2021).
Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 47-78
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.9>

(Recepción: 28/09/2021; aceptación tras revisión: 09/12/2021; publicación: 27/12/2021)

Resumen

Estudio de la anulabilidad por error de la aceptación o repudiación de una herencia: los requisitos que ha de tener el error para ser invalidante, la eficacia como error invalidante del recaído sobre contenido de la herencia, y puntos esenciales de la acción de impugnación. La STS 142/2021 de 21 de marzo y la impugnación de la aceptación de la herencia por error en el contenido de la misma. A la vista de esta sentencia se plantea si la impugnación de la aceptación o repudiación de la herencia por error solventa o no el problema de las deudas ocultas del causante y, consecuentemente la oportunidad de reformar el régimen de responsabilidad del heredero del Código Civil.

Abstract

Study of the voidability by error of the acceptance or repudiation of inheritance: the requirements that the error must have to be invalidating, the effectiveness as an invalidating error of the consent relapsed on the content of the inheritance, and essential points of the impugnation action. The STS of March 15, 2021 and the impugnation of the acceptance of the inheritance due to an error in its content. Based on this judgment, it is asked whether the impugnation to the acceptance or repudiation of the inheritance by mistake solves or does not solve the problem of hidden debts and, consequently, the opportunity to reform the liability regime of the heir of the Civil Code.

Palabras clave

Aceptación o repudiación de la herencia, error, contenido de la herencia, impugnación, deudas hereditarias, responsabilidad del heredero.

Key words

Acceptance or repudiation of inheritance, error, inheritance content, impugnation, hereditary debts, the responsibility of the heir.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. II. EL ERROR EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. II.1. Concepto y clases de error. II.2. La acción de anulación. II.2.1. Plazo de la acción. II.2.2. Legitimados para el ejercicio de la acción. II.2.3. Efectos del ejercicio con éxito de la acción de anulación. III. CARACTERÍSTICAS QUE HA DE REUNIR EL ERROR PARA QUE SU CONCURRENCIA PERMITA IMPUGNAR LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. III.1. Error esencial o en la sustancia. III.2. Error excusable. III.3. La regulación en la *Propuesta de Código Civil de la APDC*. IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ERROR EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA Y LA STS 142/2021, DE 15 DE MARZO. IV.1. La STS 142/2021, de 15 de marzo. IV.1.1. Los hechos del caso y las decisiones de los tribunales de instancia en los dos procedimientos previos a la STS 142/2021. IV.1.2. El recurso de casación. IV.2. La interpretación del alcance de la deuda reconocida: una cuestión que no tiene cabida en el recurso de casación, pero que aparece tangencialmente en el primer procedimiento. V. CONSIDERACIONES FINALES: LA IMPUGNACIÓN POR ERROR DE LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA Y LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LAS DEUDAS HEREDITARIAS. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

En el sistema del Código Civil, el modo en el que se produce la aceptación de la herencia (pura y simplemente o a beneficio de inventario), determina el ámbito de responsabilidad del heredero por las deudas de su causante y las cargas de la herencia. Responsabilidad que alcanza al patrimonio del propio heredero si la aceptación es pura y simple, y se limita a los bienes de la herencia si ha sido hecha acogándose al beneficio de inventario. Esta gran diferencia en la responsabilidad del heredero hace esencial lo relativo a la aceptación y repudiación de la herencia, y en particular a su impugnación por vicios de la voluntad.

Es más, cuando en algún Código Civil extranjero, o incluso en alguno de los españoles de origen foral, la regla general es que la responsabilidad del heredero está totalmente limitada a los bienes de la herencia pierde importancia la regulación de la

impugnación de la aceptación de la herencia¹. En tal caso será raro que se impugne la aceptación de una herencia deficitaria aceptada pura y simplemente, pues no habrá riesgo para el patrimonio particular del heredero aceptante. Tampoco será nada frecuente que se impugnen repudiaciones, pues ante la limitación de la responsabilidad no se harán las que en otro caso se hubieran hecho por temor a esa repetida responsabilidad *ultra vires*².

El artículo 997 del CC señala que aceptación y repudiación de la herencia son declaraciones de voluntad irrevocables. Una vez hechas en el modo que el propio Código dispone³, no pueden privarse de eficacia por la sola voluntad del declarante.

La irrevocabilidad de ambas declaraciones se explica bien, ya que su validez o ineficacia pueden afectar a intereses dignos de protección de otros sujetos: coherederos, legatarios, herederos ulteriores, acreedores del causante o de la herencia y acreedores del propio heredero.

No obstante, como sucede con cualquier otra declaración de voluntad, son impugnables ambas cuando no sean enteramente voluntarias y libres (art. 988 CC) porque en ellas concurren «*algunos de los vicios de la voluntad que anulan el consentimiento*⁴, o *apareciese algún testamento desconocido*»⁵ (art.997 CC, *in fine*).

En el citado artículo no se menciona ningún vicio en particular, ni se excluye tampoco a ninguno, con lo que resulta lógico entender, al menos en principio, que se trata del error, violencia, intimidación o dolo, que cuando concurren en la formación del

¹ Tanto es así que ni siquiera se prevé esa facultad de impugnación. Así sucede, por ejemplo, en el Código de Derecho Foral aragonés o en el nuevo Código Civil de Puerto Rico de 2020.

² Así, por ejemplo, en el primer Código Civil argentino, el de Vélez Sarsfield de 1869, en el que el régimen de responsabilidad del heredero aceptante pura y simplemente era prácticamente igual al de nuestro CC, se contemplaba en los arts.3336 y 3337 la posibilidad de anular la aceptación de la herencia como consecuencia del dolo de uno de los coherederos, acreedores de la herencia o de un tercero. Asimismo, se admitía la nulidad por miedo o violencia, pero el error no se mencionaba. Igual sucedía con la posibilidad de impugnar la repudiación (art.3350), si bien aquí se excluía expresamente la impugnación por cualquier error que no fuera repudiar una herencia creyendo que se repudiaba otra. En cambio, en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014, la responsabilidad del heredero siempre está limitada a los bienes de la herencia, salvo los supuestos en que la responsabilidad *ultra vires* se le impone como sanción legal. En dicho Código ni siquiera se contempla la posibilidad de impugnar la aceptación o repudiación de una herencia.

³ Para la aceptación, de manera tácita a través de los actos del llamado a la herencia que la implican, o de modo expreso, en documento público o privado (art.999 CC). Para la repudiación, siempre de forma solemne (art. 1008 CC).

⁴ Como recuerda Cicu (1954:164), «*Como para todo negocio jurídico, se pide del declarante la capacidad de querer, la existencia de una voluntad de aceptación (o de repudiación) y la validez de tal voluntad*».

⁵ Este es precisamente el caso de la SAP de Orense, de 28 de diciembre de 1993, AC 1993/2521. En ella se declara la ineficacia de la repudiación de la viuda a la herencia de su esposo fallecido, por la existencia de un testamento a favor de ella, que en el momento de la repudiación desconocía.

consentimiento dan lugar a la anulabilidad del negocio jurídico de que se trate (art.1265 CC).

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han planteado dudas acerca de la impugnabilidad de la aceptación o repudiación de una herencia, cuando en ellas concurren dolo o intimidación. En cambio, sí se han presentado en relación con el error. Probablemente este modo diferente de entender la incidencia del error respecto de la de los otros vicios de la voluntad se pueda explicar tanto por alguno de los antecedentes del CC en este punto, como por lo dispuesto en alguno de los Códigos extranjeros cercanos al nuestro.

Así, en el art. 827 del Anteproyecto del Código Civil de 1851, solamente se admitía la impugnación de la aceptación o repudiación de la herencia, «*salvo si intervino dolo o violencia*»⁶, sin hacer mención alguna al error.

Entre los Derechos europeos cercanos al nuestro cabe mencionar el Código italiano que solamente admite que se pueda impugnar la aceptación de la herencia por dolo o violencia (art.482 CCit.), y excluye expresamente que pueda hacerse por error (art. 483, primer párrafo, CCit.). El art. 783 del CC belga, sólo admite la impugnación de la aceptación de la herencia por dolo.

Hoy no hay ninguna duda de que, en nuestro Derecho el error, si reúne los requisitos que exigen doctrina y jurisprudencia, también permite la impugnación de la aceptación o repudiación de una herencia. Así se establece expresamente en algunos de nuestros derechos civiles de origen foral y en derechos extranjeros cercanos al español.

En el art. 461-10, 1 del C.C.cat., se especifican dichos requisitos: «*El error solo determina la nulidad de la aceptación o repudiación si era excusable y fue determinante de la prestación del consentimiento*». Por su parte, la Ley 20 del Fuero Nuevo de Navarra se limita a establecer en general que: «*son anulables las declaraciones viciadas por error, dolo o violencia física o moral graves*».

⁶ García Goyena (1852: 215), no explica la exclusión del error y tampoco menciona los códigos de otros países que hayan podido influir en el texto del precepto. Se limita a señalar que, «*la aceptación y repudiación sean [sic] actos de tanta trascendencia para los derechos y obligaciones de muchos, ha parecido justo y conveniente darles una completa estabilidad, salvo si intervino dolo o violencia, porque entonces no hubo consentimiento, y por consiguiente fueron nulas la aceptación y repudiación*».

En el resto de los Derechos civiles españoles de origen foral no se regulan las consecuencias de que en la aceptación o repudiación de la herencia concurra algún vicio de la voluntad.

El art. 2060 del CC portugués excluye el «simple» error. Luego, cuando se ocupa en general de los vicios de la voluntad en el negocio jurídico, ya trata el error, y deja claro que para que pueda anular la declaración de voluntad debe ser esencial y determinante (*vid.* arts.247 y ss. CC portugués). Cuando se den esos dos requisitos en la aceptación o repudiación de una herencia ya no estaríamos hablando de «simple error».

Por su parte el Código civil francés, en su art. 777 incluye entre los vicios de la voluntad que son causa de la nulidad de la aceptación o repudiación de la herencia el error, el dolo y la violencia. En su regulación de los vicios de la voluntad en los contratos (arts. 1132 a 1136) se desgranán las características que ha de tener el error para ser causa de nulidad del consentimiento. Así, aunque se admite tanto el error de hecho como el de derecho, se exige siempre que sea excusable y esencial.

El error puede alegarse tanto respecto de la aceptación como de la repudiación de la herencia⁷. No obstante, en la práctica, la mayor parte de los casos son de aceptación y no de repudiación. Como se ha dicho, *«es más frecuente intentar repudiar después de haber aceptado, que aceptar después de haber repudiado. Porque es más corriente que la herencia tenga más deudas que las calculadas a que tenga más bienes de los pensados. La aceptación puede intentarse impugnarla, sobre todo cuando se ha hecho tácitamente, pero eso es mucho más difícil con la repudiación pues ésta es solemne»*⁸.

El error puede generarse previamente a la emisión de la declaración de voluntad, o en el mismo momento en la que esta se realiza. Lo que importa es que el error sea determinante para hacer la declaración.

II. EL ERROR EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Dentro de los vicios de la voluntad, en la aceptación o repudiación de la herencia el que se presenta con mayor frecuencia en la práctica es el error. Tiene sentido que sea así porque, tratándose de negocios unilaterales que carecen de contraparte siempre resulta más complejo que se trate de dolo o intimidación. En los contratos se admite también que

⁷ La STS (Sala 3ª) de 17 de junio de 1983 considera que lo dicho sobre la herencia es aplicable al legado.

⁸ Son varios los autores que resaltan este extremo, por todos, Albaladejo García, 1994.b:718.

el dolo pueda provenir, además de la contraparte (art. 1269 CC) de un tercero, pero se exige que se trate de uno «*que el contratante tenga bajo su esfera de control o que conozca y se aproveche de su conducta ilícita*»⁹. En cuanto a la violencia o intimidación el propio art. 1268 CC prevé que pueda haberse empleado además de por la contraparte por un tercero que no intervenga en el contrato¹⁰. No obstante, lo normal es que exista alguna vinculación entre el sujeto que intimida y el contratante que se beneficia de la intimidación. Además, puede ser más fácil probar el error en la aceptación o repudiación de la herencia que la existencia de una conducta engañosa o violenta de terceras personas.

II.1. Concepto y clases de error

El error se ha definido genéricamente como, «*equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto a la realización de un acto jurídico y lo determina*»¹¹. La ignorancia se ha equiparado al error.

Tanto puede tratarse de un error de hecho como de derecho¹². Este último tipo de error de da cuando el declarante, «*ignora, tiene un defectuoso conocimiento o interpreta equivocadamente una disposición legal*»¹³. Como ejemplo de error de derecho excusable¹⁴, podemos pensar en un heredero aceptante pura y simplemente, que creyó erróneamente que su vecindad civil¹⁵ le sometía a uno de los derechos españoles de origen foral que limitan la responsabilidad del heredero a los bienes de la herencia¹⁶, cuando,

⁹ García Vicente, 2013:9124.

¹⁰ La violencia o intimidación no parece que pueda tener mucho sentido en la aceptación de una herencia, porque no resulta sencillo pensar cual sería el interés que puede mover a alguien para intimidar en ese sentido al delado. En cambio, sí que podría tener sentido en relación con la impugnación, puesto que ésta puede beneficiar a coherederos o herederos ulteriores.

¹¹ Gete Alonso, 2015:1425.

¹² Son dos cosas diferentes. No obstante, el art. 6.1 CC, al recoger ambos conceptos en sus dos párrafos no colabora a evidenciar esas diferencias. Si lo han hecho algunos autores. Así, Albaladejo García, (1958.1:136), explica que, «*el error de derecho no tiene que ver con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de la ley, pues una cosa es que la ignorancia o errónea noticia de ésta no excuse de cumplirla, y otra que por ignorarla o interpretarla erróneamente se emita una declaración que, habiendo conocido o interpretado bien aquella, no se hubiese emitido*».

¹³ STS de 25 de mayo de 1982 (RJA 1982, 2605), citada por Marín López (2020: 724).

¹⁴ La sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº1 de Jaén, 179/2013, de 24 de julio (JUR 2013, 262937), acepta el error invalidante en la aceptación pura y simple de una herencia efectuada en escritura pública, por parte de una persona de edad avanzada, prácticamente analfabeta, con problemas de audición, y en un estado depresivo por el modo en el que se había producido el fallecimiento de la hija a la que heredaba. Entiende el juzgador que la aceptante no fue informada por el notario de la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario como debería haber hecho en desarrollo de su función asesora, lo que, unido a sus condiciones personales, dio lugar al error que la llevó a aceptar una herencia cuyas deudas comprometían gravemente su propio patrimonio.

¹⁵ Es bastante fácil que quien no conoce bien el Derecho civil pueda estar equivocado respecto a cuál sea su vecindad civil.

¹⁶ Como, por ej., el Derecho aragonés.

aunque por nacimiento le correspondiera dicha vecindad, al haber vivido continuamente más de 10 años en territorio de derecho común, sin declarar que deseaba mantener su vecindad originaria, había adquirido la vecindad común (art.14,2 CC), y por ello su responsabilidad por las deudas hereditarias era la del CC, es decir *ultra vires*.

Son varios los posibles tipos de error que puede padecer el declarante: error sobre el contenido de la herencia, en la naturaleza de la delación, así quien cree haber sido instituido como legatario¹⁷, puesto que en el testamento se le instituye diciendo, «*lego tal o tales bienes*», cuando de la interpretación del testamento se sigue que la institución es de heredero¹⁸. O bien, error en la cualidad de la persona del causante, que se pensaba persona sin tacha y posteriormente se descubre que todo su patrimonio se ha obtenido con actuaciones delictivas que repugnan al heredero.

Tanto puede darse el error en una aceptación expresa como en una tácita¹⁹. Es más, en la mayoría de los casos en los que se ha pretendido impugnar la aceptación, ésta había sido tácita²⁰.

Se ha dicho frecuentemente que el admitir el error sobre el contenido de la herencia como causa de impugnación de la aceptación o repudiación supondría privar a ambas de cualquier valor, lo que no es cierto. Eso sería así si se admitiera como causa de impugnación cualquier tipo de error. Lo mismo se podría decir con respecto a los otros vicios de la voluntad, y es claro que no todo tipo de engaño se considera dolo, ni toda amenaza puede tacharse de intimidación. Todos deben reunir ciertas características para considerarse realmente vicio de la voluntad, y, por consiguiente, para poder instar la acción de nulidad de la declaración de voluntad efectuada.

¹⁷ Como el instituido cree haber sido nombrado legatario, dado que el legado no precisa de aceptación, no aceptará expresamente la delación recibida, pero es posible que lo haga tácitamente efectuando sobre los bienes sucesorios los «*actos de señor*» de los que hablan las Partidas, actos que, por otra parte, de tratarse verdaderamente de un legado, harían ya imposible repudiarlo.

¹⁸ El error no es de poca entidad en cuanto que la responsabilidad del legatario siempre está reducida a lo recibido, mientras que el heredero que no se acoge al beneficio de inventario responde *ultra vires*.

¹⁹ Díaz Martínez (2010:169), señala que el art. 997 CC no parece pensado para la aceptación tácita de la herencia, pero no desarrolla el argumento. Costas Rodal (2013:7192), dice que, para ser impugnada, la aceptación debe ser expresa. Lo que se impugna es una declaración de voluntad viciada, sea cual sea el modo en que se haya efectuado dicha declaración, sin que importe que esté documentada o que se haga «*por actos que supongan necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho de ejecutar sino con la cualidad de heredero*» (art. 999 CC). Igualmente, con cualquiera de las dos formas se adquiere la condición de heredero.

²⁰ Espejo Lerdo de Tejada, 2010:1085-1086.

Son varios los autores que, para apoyar su opinión de que el error en cuanto al contenido de la herencia no debe ser motivo suficiente para la impugnación de la aceptación realizada, mencionan la doctrina de los actos propios, el riesgo para la seguridad jurídica, o el respeto al principio *semel heres, semper heres*²¹. Pero el argumento esencial es el de que, para evitar cualquier riesgo derivado de un elevado pasivo hereditario, está el mecanismo de la aceptación a beneficio de inventario que impide que el heredero sufra ningún perjuicio en su patrimonio particular. Efectivamente el heredero que toma esa cautela protege totalmente su patrimonio personal. No obstante, el CC permite que, aún sin haberla adoptado, en los casos en los que las consecuencias del error sean graves y la diligencia del heredero sea irreprochable, el mismo tenga la facultad de impugnar la aceptación realizada.

El que actualmente la Sección primera de la Comisión General de Codificación esté trabajando por encargo del Ministerio de Justicia en un anteproyecto de modificación de la vigente regulación de la responsabilidad del heredero por las deudas de su causante en aras de aligerarla, al menos respecto de las denominadas deudas ocultas²², pone de plena actualidad la cuestión de la eficacia del error sobre el contenido la herencia del que la aceptó o repudió, y si la posibilidad de impugnar la aceptación o la repudiación por error hace que no sea precisa dicha modificación. Recientemente la interesante Sentencia del TS 142/2021, de 15 de marzo se pronuncia sobre aspectos esenciales de la impugnación por error de la aceptación pura y simple de una herencia.

En nuestro Código Civil la regulación general del error, junto a la de los otros vicios de la voluntad se ubica en el Libro IV, dentro del consentimiento en los contratos (arts. 1265 a 1270). En el art. 1266 CC se concreta algo, aunque no lo suficiente, cuáles son las características que debe tener el error para que pueda anular una declaración de voluntad. Se exige que debe recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, o *«sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo»*. Cuando no se trata de un contrato sino de un negocio unilateral, como la aceptación o la repudiación de la herencia, uno de los medios para determinar la

²¹ Por todos, Gitrama González, 1989: 170-171. No obstante, el principio mencionado no tiene un valor absoluto en este caso pues quien acepta una herencia con la voluntad viciada, mientras no transcurra el plazo para interponer la acción de anulabilidad no es lo que podríamos llamar un heredero en firme, por lo que no hay nada extraño en quien aparentemente era heredero (incluso para él mismo), ejercitada con éxito la acción de impugnación de la aceptación deje de serlo.

²² Sobre la cuestión *vid.* Díaz Alabart, 2021: 15-16.

esencialidad del error sufrido es que, de no haberse padecido, no se habría realizado la declaración de voluntad.

En el mismo artículo 1266, *in fine*, se añade que el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiera sido la causa principal del mismo, y que el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección²³. No obstante, «esto no prejuzga las consecuencias indirectas que puedan derivarse de un error de cuenta, cuando sobre la base de un cálculo erróneo se han producido otros errores»²⁴.

No conozco sentencias sobre la impugnación de la aceptación o repudiación de la herencia por error en la persona, y no es sencillo imaginar un supuesto en el que este tipo de error pueda ser esencial y excusable.

II.2. La acción de nulación

El régimen de la acción de impugnación de la aceptación viciada está ubicado en sede de nulidad de los contratos (arts. 1301y ss. CC) por lo que, aunque en líneas generales sea el que rija también para los negocios unilaterales, en algunos aspectos concretos necesitará de una adaptación que lo adecúe a las características de éstos.

II.2.1. Plazo de la acción

El plazo de la acción de nulidad tiene 4 años de duración. Es un plazo de caducidad, como se dice ahora expresamente en el art. 1301 CC, a partir de la Ley 8/2021²⁵, asumiendo así la anterior opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia de aproximadamente las dos últimas décadas²⁶ (entre las SSTs más recientes, 461/2014, de 9 de septiembre; 236/2008, 18 de marzo; 11 de junio de 2003 [rec. núm.3166/1997], 9 de mayo 2007 [rec. núm. 2097/2000], 8 de octubre 2007 [rec.4447/2000] y 14 de noviembre 2008 [rec.74/2003]).

Al ser de caducidad el plazo de cuatro años no se interrumpe, y es apreciable de oficio.

²³ Colina Garea (2009: 100-101), con cita de la SAP de Valencia de 7 de mayo de 2004 (AC 2004, 2347), que pone de relieve que esta clase de error no constituye un vicio del consentimiento.

²⁴ Morales Moreno, 1991:464.

²⁵ Al igual que el art. 461-10, apartado 2 CCCat.

²⁶ La opinión del TS al respecto ha sido vacilante durante bastante tiempo, ya que previamente al año 2000, en muchas sentencias ha dicho que era un plazo de prescripción. Por eso el recoger la naturaleza del plazo en el artículo 1301 CC ofrece una seguridad que previamente no existía.

La caducidad se ha defendido como mejor medio para la seguridad del tráfico jurídico.

En el Fuero Nuevo de Navarra, en cambio, se habla de prescripción, pero el plazo para ejercitar la acción es el mismo: 4 años (Ley 31).

La fijación del *dies a quo*²⁷ del art. 1301 CC, «desde la consumación del contrato», no es adecuada para los actos unilaterales. Si buscamos un inicio del cómputo común a todos los actos unilaterales y coherente con el concepto de error, se podría tomar uno equivalente al dispuesto para los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado, esto es, desde que el declarante sale de su error²⁸.

En la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*²⁹ (art. 527-12,1), se dice que la acción de anulación o dolo «*prescribe a los tres años*». A primera vista, puede parecer que la prescripción para este plazo es una elección algo extraña, aunque también había tenido algún defensor que en su momento la propugnaba³⁰. Pero la opinión mayoritaria ha consolidado en los últimos tiempos la opción de la caducidad. No obstante, en el contexto de su Propuesta de CC, tiene pleno sentido la elección de la APDC, ya que en ella se ha incluido una interesante regulación unitaria de la prescripción y de la caducidad dentro de unos parámetros novedoso (arts. 611,1 a 620-4). A modo de ejemplo de cómo se ha diseñado esta regulación para la prescripción y caducidad, en cuanto supone una mayor aproximación entre ambas figuras³¹, puede destacarse que se proyecta una prescripción que solamente se interrumpe en algunos supuestos, mientras que en otros simplemente se suspende.

²⁷ Resulta curiosa la SAP de Jaén (Sección 1ª) 10/2018, de 10 de enero (JUR 2018, 130389), que, aunque desestima la impugnación de la aceptación de la herencia por error, dado que el demandante no acredita su existencia, ni tampoco su inexcusabilidad, *ad maiorem* señala que el plazo de impugnación ha transcurrido con creces, pero fija el *dies a quo* en el momento de la aceptación de la herencia. Lo que, aunque no tenga trascendencia práctica para el fallo, es claramente erróneo.

²⁸ En la Ley 31 del Fuero Nuevo de Navarra el *dies a quo* se fija en el momento en que el declarante tuvo conocimiento de la existencia del error.

²⁹ Publicada por Tecnos en 2018 y también en: <https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>.

³⁰ Delgado Echevarría, 1991:545.

³¹ En el art.620-3, apartado 1, de la Propuesta se dispone que a la caducidad se le aplica el régimen jurídico de la prescripción siempre que sea posible. El inicio del cómputo del plazo de la acción de prescripción o caducidad es el mismo, en el momento en el que jurídicamente se puede ejercer jurídicamente la pretensión o el poder jurídico de que se trate.

El art. 527-12,1 de la *Propuesta de Código Civil de la APDC* fija el inicio del cómputo del plazo de la anulación por error o dolo, «*en el momento que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio*».

II.2.2. Legitimados para el ejercicio de la acción

El art. 1302 CC es el que se ocupa de quienes pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos y dice que son los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Para los actos unilaterales la acción corresponde a los que hayan efectuado la declaración que se impugna, y si en ese momento el plazo no ha transcurrido, también sus herederos³².

Podría plantearse si también pueden estar legitimados los acreedores personales del heredero. Es evidente que ante una aceptación basada en un error que afecta gravemente al patrimonio del heredero que es su deudor, sus intereses se pueden ver tan perjudicados como cuando repudia una herencia cuyo activo supera el pasivo, en perjuicio de sus acreedores. En este segundo caso el art. 1001 CC permite a los acreedores «aceptar»³³ la herencia para con esos bienes hacerse pago de sus créditos hasta el límite de estos, que es hasta donde llega su interés legítimo. El remanente si lo hubiera, corresponderá a los herederos ulteriores. Este derecho tiene el carácter de una acción revocatoria³⁴.

En el CC civil argentino original (art. 3339) se establecía que la nulidad de una aceptación viciada de una herencia también la podían solicitar dichos acreedores. En el vigente Código de 2014, como ya he mencionado, al haber desaparecido la responsabilidad *ultra vires* del heredero, el artículo ha desaparecido ya que no existe un interés de los acreedores del heredero que proteger.

También en nuestro Código Civil, en sede de disposiciones generales de la prescripción, se permite la injerencia de los acreedores en el patrimonio de su deudor³⁵.

³² En sede de revocación de donaciones el art. 646.2° CC establece esa legitimación.

³³ El uso del término «aceptar» para la petición que los acreedores del repudiante pueden hacer al Juez técnicamente es incorrecta, pues ellos no han recibido delación alguna; por lo que carecen de posibilidad de aceptar. Lo que se pide al Juez es que frente a los créditos de los acreedores reclamantes el patrimonio del causante esté a su alcance para hacerse pago con él, de manera que frente a ellos la situación será la misma que si el heredero-deudor hubiera aceptado la herencia.

³⁴ De Castro y Bravo, 1997.a: 158-159.

³⁵ El art. 2496 del CC chileno recoge esta facultad, pero limitada al fiador con respecto a la prescripción renunciada por el deudor principal.

El art. 1937 CC faculta a los acreedores y a cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, a pesar de que el deudor hubiera renunciado a ello.

El Código no se plantea que la protección de los derechos de los acreedores del heredero les pueda facultar para llevar a cabo ninguna actuación protectora de sus créditos ante una aceptación pura y simple de herencia claramente deficitaria, que perjudique gravemente el activo del patrimonio de su deudor. No cabe duda de que esta protección se daría por vía indirecta si se limitase la responsabilidad del heredero a los bienes recibidos.

II.2.3. Efectos del ejercicio con éxito de la acción de anulación

La declaración de nulidad de la aceptación de la herencia (o de su repudiación), coloca al delado en la posición inmediatamente anterior a dicha aceptación o renuncia. Tiene un *ius delationis* que aún no se ha ejercitado válidamente, y por tanto tiene la opción de repudiar la herencia, o de aceptarla, esta vez ya sin vicios de la voluntad, tanto pura y simplemente como a beneficio de inventario. Por supuesto, también tiene derecho a solicitar el plazo para deliberar.

En cuanto a los actos realizados por el heredero aceptante antes de la anulación de la aceptación, los artículos 1303 y 1307 del CC lo regulan para los contratos, y por ello no son adecuados para impugnación de la aceptación de la herencia. Así, no es aplicable totalmente la obligación de los contratantes «*de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...*» (art.1303 CC). En la aceptación o repudiación de la herencia impugnada, no ha existido un intercambio de prestaciones. La persona que impugna con éxito su aceptación³⁶, solo deberá restituir a quien sea el heredero todos los bienes hereditarios que poseyó con los frutos o intereses que correspondan.

Esta regla se complementa con la del art. 1307CC, para cuando el obligado a la devolución de una cosa no pueda devolverla por haberse perdido, imponiéndole el deber de restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha en que exista la obligación de restituir. Esta misma regla es la que servirá para cuando el heredero impugnante haya enajenado alguno de los bienes de la

³⁶ En el caso de que lo que se impugna es la repudiación de una herencia, el impugnante nada había llegado a poseer, por lo que no tendrá que restituir ningún bien.

herencia a título oneroso a tercero de buena fe. La idea es que, al anular la aceptación, las cosas queden en la misma situación que existía en el momento inmediatamente anterior, con lo que los actos realizados por el heredero también serán nulos, si bien respetando los derechos de los terceros adquirentes de buena fe.

III. CARACTERÍSTICAS QUE HA DE REUNIR EL ERROR PARA QUE SU CONCURRENCIA PERMITA IMPUGNAR LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Es frecuente que varios de los autores que tocan el tema partan de negar la eficacia del error para impugnar la aceptación o repudiación, después matizan su eficacia en algunos supuestos concretos³⁷. Son escasos los que excluyen cualquier tipo de excepción³⁸.

Para que el error sufrido pueda dar lugar a la impugnación de la aceptación de la herencia es preciso que sea esencial y excusable o no imputable al propio declarante³⁹.

III.1. Error esencial o en la sustancia

Este es el único requisito que el CC menciona expresamente para otorgar valor impugnatorio al error⁴⁰.

Los errores sobre cuestiones relacionadas con la herencia puramente tangenciales no tienen la entidad suficiente para provocar la impugnación de la declaración efectuada. El art. 1266 CC dice que el error que puede invalidar el consentimiento contractual debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre las condiciones

³⁷ Así, Manresa Navarro (1900: 332-333), Albaladejo García (1994.a:748), Roca Sastre (1973:748), Gitrama González (1989:175-176), Colina Garea (2013:1340-1341), Díaz Martínez (2010:169), Costas Rodal (2013:7193), Sánchez Cid (2016:429), Scaevola (1900:431-432. Espejo Lerdo de Tejada (2010:1086-1087), quien si bien, en principio, excluye el error sobre el contenido de la herencia como adecuado para impugnar la aceptación o repudiación, entiende aceptable el error dolosamente provocado y pone como ejemplo, «el que cree que la herencia es negativa engañado por un heredero de grado ulterior que se aprovecha así para adquirir un sustancioso patrimonio», o el que pensando por el engaño de los acreedores de la herencia que las deudas de ésta estaban prescritas, la acepta pura y simple, beneficiando así a dichos acreedores. En el fondo los ejemplos señalados probablemente no permitirían impugnar las declaraciones del heredero porque el error inducido no es inexcusable, pues con un inventario ya se puede conocer los bienes que conforman el caudal hereditario.

³⁸ Gete Alonso-Calera (2015:1426), dice que, «*en ningún caso, tiene relevancia el error acerca del contenido o situación del activo y el pasivo de la herencia (se creyó que comprendía determinados bienes o no tenía deudas, etc.)*». Igualmente, Sillero Crovetto, 2009:1710.

³⁹ Prácticamente todos los autores que aceptan que el error puede permitir impugnar la aceptación o repudiación de la herencia lo condicionan a que se reúnan los tres requisitos mencionados. Por todos Manresa Navarro (1900: 332-333). Recoge la opinión de Manresa, Valverde Valverde (1909:504).

⁴⁰ En cambio, el CCcat. para el error recoge la doble exigencia de ser determinante para la prestación del consentimiento y excusable (art. 461-10, 1).

de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. De nuevo es preciso adaptar la regla a las características de la aceptación o repudiación de la herencia, y ello, nos lleva indefectiblemente a su contenido y a si es mayor el pasivo que el activo o no, ya que es ahí donde está la esencia de la decisión de aceptarla o repudiarla.

El error ha de ser determinante de la declaración de voluntad efectuada⁴¹. Que de no haberlo sufrido la declaración no se hubiera hecho. Puede haber varios motivos, pero el que pueda desencadenar la impugnación ha de ser el principal⁴².

Coherentemente si pensamos en el error sufrido respecto del contenido de la herencia, para que sea esencial debe afectar de modo considerable al activo o pasivo de la misma. No existen cuantías previamente fijadas para determinar la esencialidad del error, sino que se trata de una cuestión que habrán de dilucidar los tribunales en cada caso. En cualquier caso, lo que es seguro es que ha de tratarse de un error de gran entidad⁴³, pues ha de tratarse siempre de situaciones excepcionales.

El TS viene repitiendo sistemáticamente que *«el reconocimiento de un error sustancial con eficacia anulatoria de la aceptación o repudiación de la herencia «tiene un sentido excepcional muy acusado»*⁴⁴. Así debe de ser, ya que únicamente en casos extraordinarios tiene sentido que se dé al error valor impugnatorio, cuando existen cautelas legales que en la generalidad de los casos pueden proteger al heredero de los posibles efectos nocivos de aceptar o repudiar una herencia; la realización del inventario y la aceptación a beneficio de inventario. Cosa distinta es la consideración de que sea excesiva la responsabilidad *ultra vires* que, a día de hoy, establece para el heredero aceptante pura y simplemente nuestro Código Civil⁴⁵.

III.2. Error excusable

Es este un requisito no se menciona en el art.1266 CC, pero tanto los autores como la jurisprudencia lo exigen desde hace tiempo y las razones son la buena fe a la que ha de

⁴¹ Scaevola (1900:432), dice que el error que permite impugnar la aceptación o repudiación, *«ha de ser grave, o sea inductivo de la conducta del heredero»*.

⁴² Gete Alonso-Calera, 2015:1426.

⁴³ Díaz Martínez (2010:170), apunta que dicho valor considerable que ha de suponer el error no tiene necesariamente que tomarse en términos económicos. En teoría el razonamiento es correcto, aunque en la práctica no se dan casos de ese tipo, y en el supuesto de que se presentaran la dificultad de la prueba de esa esencialidad sería muy compleja.

⁴⁴ Al decirlo prácticamente en todas las sentencias excusa de la cita de sentencias en particular para esta cuestión.

⁴⁵ Sobre esta cuestión, Díaz Alabart, 2021-3-29.

ajustarse el ejercicio de cualquier derecho (art.7.1º CC) y la doctrina de los actos propios, cuya observancia es determinante para la seguridad del tráfico jurídico.

La excepción a la doctrina de los actos propios exige que el error que fundamenta la impugnabilidad de la declaración del heredero no sea imputable a su propia actuación, que sea un error excusable. Que no se pudo evitar o salir de él, sin que mediara en ello culpa por parte del que lo sufre. De otro modo no habría lugar a la impugnación, y las consecuencias desfavorables de su declaración al ser achacables a su falta de diligencia recaerían sobre él⁴⁶.

El error es excusable en tanto en cuanto no está en mano del que lo sufre conocer que su percepción es errónea.

La diligencia que se exige al heredero es la regular o razonable en consideración a las circunstancias del caso⁴⁷. En particular, de las circunstancias personales del *errans* (edad, nivel cultural, etc.)⁴⁸; *«así su condición de profesional o experto en la materia sobre la que ha recaído el error, pues en tal caso la diligencia exigible para desvanecer el error es superior a la normal»*⁴⁹. Además de éstas *«hay que tomar en consideración otras circunstancias externas a la persona del declarante, como por ej. el que su declaración haya sido asesorada jurídicamente por letrados, o la posibilidad de consultar los registros públicos»*⁵⁰.

Como se ha dicho, el error, *«ha de ser, en cierto modo, extraño al heredero y a sus opiniones, creencias o equivocaciones particulares; ha de fundarse, desde luego, en hechos o circunstancias exteriores, digámoslo así, desconocidos por el heredero, no obstante, toda su reflexión y previsión y, sin embargo, existentes con anterioridad a la aceptación o renuncia»*⁵¹.

⁴⁶ En este sentido, aunque respecto al error en los contratos la STS de 17 de julio de 2006 (RJ2006, 6379).

⁴⁷ En este sentido De Castro y Bravo (1988: 482-483), Costas Rodal (2013:7192). Para el error en los contratos, García Vicente (2013:9106), Morales Moreno (1991:463) y Marín López (2020:721) También lo dice así expresamente para la aceptación de la herencia, la STS (sala 1ª) 142/2021, de 15 de marzo, Fundamento de derecho tercero, apartado 3, tercer párrafo.

⁴⁸ Un caso en el que se toman en cuenta esas circunstancias es la sentencia del Juzgado de 1ª instancia, nº 1 de Jaén, 179/2013, de 24 de julio (JUR 2013, 262937), a la que ya he hecho alusión en la nota nº 26.

⁴⁹ Marín López (2020:721), quien recoge el criterio de la jurisprudencia respecto del error en los contratos, pero que también puede predicarse del error en la aceptación o repudiación de la herencia. Es obvio que no podrán alegar un error de derecho en dichas aceptación o repudiación personas expertas en derecho de sucesiones.

⁵⁰ Marín López, 2020:721.

⁵¹ Manresa Navarro, 1900: 332.

No puede calificarse de error excusable aquel del que puede salir el declarante con facilidad, *«porque el perjuicio en tal caso debe recaer sobre el que dio ocasión al mismo por su ligereza o imprevisión»*⁵².

Entre las sentencias desestimatorias de la impugnación por error por su inexcusabilidad están la SAP de Jaén (Sección 1ª), 10/2018, de 10 de enero (JUR 2018, 130389), y la SAP de Valencia (Sección 3ª) 548/2006, de 23 de octubre (JUR 2007, 128601).

Algún autor no tiene tan clara la necesidad de la excusabilidad del error para impugnar una declaración unilateral y no recepticia, como lo son la aceptación o repudiación, porque no existe la confianza de la contraparte que haya que proteger como sí que sucede en los contratos. *«No se pretende decir con ello que no incidan [las declaraciones unilaterales] en los intereses de otras personas, pero esta repercusión es sólo indirecta, de hecho. Aquellas personas no asumen la posición que en el contrato ocupa la contraparte, y cuya confianza razonable y honesta en las declaraciones debe ser protegida»*⁵³. Por tanto, considera que el error valdría, aunque fuera inexcusable, pero matiza que, *«no obstante, puede haber casos en los que perjudique a terceros, y es más justo que sea excusable»*⁵⁴.

Aunque en la aceptación o repudiación de la herencia no exista una contraparte, no tiene sentido prescindir de este requisito de la excusabilidad, por el principio de seguridad jurídica y porque siempre hay intereses que proteger. Entre ellos están los posteriores herederos, o los acreedores del propio heredero, o los hereditarios.

III.3. La regulación en la *Propuesta de Código Civil de la APDC*

La *Propuesta de Código Civil de la APDC*⁵⁵ contiene una regulación más detallada que la del CC del error que permite la anulación de los contratos, arts.527-3 a 527-6, (o en su caso de la aceptación o repudiación de una herencia). Exige que se trate de un error esencial, relevante y excusable (art.527-3,1). Los términos esencial y relevante parecen ser muy similares. El sentido en el que los maneja la Propuesta queda patente

⁵² Manresa Navarro, 1900:332.

⁵³ Díez-Picazo y Gullón, 1989:534. De la misma opinión se manifiesta, Colina Garea, 2009:101.

⁵⁴ Colina Garea, 2009:100.

⁵⁵ Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018.

cuando en los arts. 527-4 y 527-5 explica cuando se dan cada una de estas características en el error.

Define el error esencial, «[...] cuando es de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o la habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de no haber incurrido en el error» (art.527-4).

La relevancia del error tal como se trata en la *Propuesta de la APDC*, no es un requisito predicable de los negocios unilaterales.

En el art. 527-6 de la *Propuesta* se define la, *excusabilidad del error*: «no hay error excusable cuando quien lo sufre debe haber previsto o evitado el error, o cuando debe haber conocido o recabado la información que le habría impedido errar».

La *Propuesta* no entra específicamente en los vicios de la voluntad en los negocios sucesorios.

IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ERROR EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA Y LA STS 142/2021, DE 15 DE MARZO

Entre las muy numerosas de jurisprudencia menor cabe destacar la SAP de Jaén, de 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 2029) que, en un supuesto muy particular, aprecia la incidencia del error sufrido en la aceptación.

Las sentencias del TS, que se refieren al error en el ámbito de los contratos son muchas. Por el contrario, las relacionadas con el error en la aceptación o repudiación de la herencia son escasas y, generalmente solo lo tocan la cuestión de un modo puramente tangencial. Entre ellas cabe citar la de 14 de marzo de 1957 (RJ 1957, 1162) y la 2611/2008 de 6 de junio.

Hay que señalar que, en todas ellas, lo habitual es la desestimación de la impugnación de la declaración que se había solicitado.

IV.1. La STS 142/2021, de 15 de marzo

El *iter* judicial que culmina con la STS 142/2021, de 15 de marzo, está compuesto de dos procedimientos estrechamente ligados entre sí.

El primero se inicia con la reclamación al heredero por parte de los sobrinos políticos de la causante del pago de la deuda reconocida por ésta a su favor. La SAP de

Madrid (Sección 8ª) de 25 de julio de 2013, reconoce la validez de dicha reclamación, y los sobrinos demandan la ejecución de dicha sentencia.

El segundo procedimiento comienza con la demanda del heredero impugnando por error su aceptación de la herencia, y finaliza con la STS 142/2021, de 15 de marzo.

Esta sentencia del TS es especialmente interesante. Por una parte, porque el error que en el caso da lugar a la anulación de la aceptación tácita de la herencia realizada, sirve de perfecto ejemplo para explicar las características que ha de tener este vicio de la voluntad, para considerarlo suficiente a los efectos de la impugnación de la aceptación pretendida. Por otra parte, por la clara afirmación de que puede producirse un error que dé lugar a la anulación de la aceptación, sin que para ello sea obstáculo que el heredero no haya aceptado a beneficio de inventario.

Efectivamente, en el Fundamento de Derecho tercero (apartado 3) de la sentencia se insiste en la singularidad del supuesto que da lugar al recurso de casación.

Tal como he apuntado más arriba, resulta evidente que cuando se habla de error esencial en la repudiación o aceptación de una herencia, lo fundamental, prácticamente en todos los casos, es el contenido de la herencia. Si el pasivo supera o no al activo de la misma. Cuando, como en este caso, es palpable la excusabilidad del error, nuestro Código admite la impugnación de la declaración efectuada, aunque no se hayan empleado las cautelas que se prevén en el mismo para evitar la responsabilidad ilimitada del heredero. La justificación radica en la excepcionalidad del error y del modo en el que se produce.

Dentro de la afirmación de la aplicación de las reglas generales de la anulación por vicios de la voluntad (art.1265 CC y ss.) y la necesidad de acomodarlas a declaraciones unilaterales no recepticias, la sentencia se plantea una de las cuestiones que plantean más dudas: el modo de adaptar a la aceptación de la herencia la regla del art.1301, 2º, que fija el momento inicial del plazo de la acción de anulabilidad por error para los contratos en el momento de su consumación. El TS resuelve la cuestión para el caso planteado, y además da la pauta general para otros supuestos de error.

El de la sentencia es un caso más en los que la jurisprudencia colabora a la construcción de una figura jurídica. Le son aplicables las palabras de Federico de Castro, al tratar el error en los contratos al hilo de dos sentencias importantes sobre esa materia, *«Nadie puede desconocer la obra creadora o recreadora de la jurisprudencia en todos*

los países. Al librarse de las trampas que ofrecen los prejuicios teóricos, puede encararse con los problemas con estricto sentido jurídico»⁵⁶.

IV.1.1. Los hechos y las decisiones de los tribunales de instancia en los dos procedimientos previos a la STS 142/2021

El objeto del recurso de casación que da lugar a la sentencia que me ocupa es la impugnación por error de la aceptación tácita de una herencia, tras el descubrimiento por el aceptante de la existencia de una obligación contraída por la causante, de un importe muy superior al activo de la herencia. Los hechos son los siguientes.

Dña. Rosario, viuda y sin descendientes, fallece el 23 de noviembre de 2009, bajo un testamento en el que había instituido como heredero universal a D. Leo. Éste conocía previamente dicha institución, ya que llevaba varios años atendiendo a la fallecida como administrador de hecho⁵⁷ de su patrimonio. Enseguida del fallecimiento de su causante, D. Leo realiza todo tipo de trámites sucesorios propios de un heredero: solicitud de documentos, abono de los impuestos sucesorios y realización de actos de disposición sobre bienes hereditarios. Con esa actuación aceptó tácitamente la herencia deferida, cuestión que se no discute en el litigio.

Algo más de veinte años atrás, en 1985, había fallecido D. Jesús, el marido de Dña. Rosario. En su testamento, D. Jesús legó a sus dos sobrinos, con derecho de acrecer entre ellos, la nuda propiedad de un conjunto de fincas, y a su esposa el usufructo con facultad de disposición sobre las mismas. La facultad otorgada a la viuda le permitía disponer a título oneroso, sin que fuese preciso para ejercitarla justificar necesidad de la usufructuaria, ni ninguna otra circunstancia. En el testamento no había ninguna otra disposición a favor de sus sobrinos para el supuesto de que su tía política efectivamente llegara a enajenar las fincas.

Unos años después del fallecimiento de su marido (el 20 de mayo de 1989), Dña. Rosario, en uso de su facultad de disponer, enajenó el conjunto de fincas. Casi simultáneamente a la enajenación, Dña. Rosario otorgó, el 2 de junio de 1989, un documento mecanografiado y firmado por ella que entregó a sus sobrinos políticos, nudos

⁵⁶ De Castro y Bravo, 1988:406.

⁵⁷ La expresión «de hecho» que emplea la sentencia del Tribunal Supremo es de suponer que significa que dicha administración no la prestaba como empleado de Dña. Rosario.

propietarios de las fincas. En el manifestaba que, de acuerdo con las instrucciones de su difunto esposo⁵⁸, reconocía el derecho de éstos a *«ser resarcidos por la pérdida del pleno dominio sobre el repetido conjunto de fincas que se hubiera consolidado a mi fallecimiento de no haberlas yo vendido»*. Continuaba diciendo que, *«el resarcimiento de esta deuda mía, ahora reconocida por este documento, se hará pagando a mis citados sobrinos el valor de las fincas que tuvieran a la fecha de mi fallecimiento, a precio de mercado, tasadas pericialmente Si a mi fallecimiento no hubiese dinero efectivo suficiente en mi patrimonio, se satisfará esta deuda con la venta del piso X de mi propiedad»*.

Algo después del año del fallecimiento de Dña. Rosario, el 14 de junio de 2010, los sobrinos de su marido presentan una demanda de juicio ordinario contra la herencia yacente e ignorados herederos de esta. Con base en el documento de reconocimiento de deuda mencionado, reclamaban el pago del crédito que era exigible desde el fallecimiento de Dña. Rosario, y solicitaban el embargo preventivo sobre el piso que ésta señalaba en el repetido documento, como bien con cuya venta se haría el pago, de no haber en su herencia efectivo suficiente para ello.

D. Leo se opone a la demanda por varios motivos: impugna el documento del reconocimiento de deuda, por entender que la firma de Dña. Rosario no era auténtica, porque niega que la voluntad del fallecido D. Jesús fuera que los sobrinos demandantes recibieran indemnización alguna por la venta realizada por ésta, porque la facultad de disposición de la viuda no estaba sometida a requisito alguno, porque el reconocimiento de deuda no se menciona en ninguno de los 9 testamentos otorgados por la señora, y también porque el documento tendría el valor de un testamento ológrafo, sin cumplir el requisito legal de estar escrito de puño y letra de la otorgante.

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 11 de julio de 2011, condena a D. Leo al pago del valor de las fincas al tiempo del fallecimiento de Dña. Rosario⁵⁹. La Audiencia Provincial confirma el fallo, en sentencia de 25 de julio de 2013. Los sobrinos de Don Jesús presentan demanda de ejecución de sentencia acompañada del informe

⁵⁸ Dado que no aparece en el pleito referencia alguna a esas instrucciones del marido de Dña. Rosario, hay que concluir que la señora se refiere a unas instrucciones verbales.

⁵⁹ En ese momento el valor de las fincas aun no estaba peritado.

pericial que fijaba el valor de las fincas en cerca de un millón de euros, a lo que había que sumar 270.000,00 € más, en concepto de intereses legales y costas.

En el interín, D. Leo había intentado infructuosamente limitar la ejecución de la sentencia al valor del piso, o al total de lo percibido de la herencia de Dña. Rosario.

La ejecución de la sentencia comienza a hacerse efectiva. Ante esta situación, D. Leo presenta una demanda el 2 de septiembre de 2015 contra los sobrinos políticos de Dña. Rosario en la que solicita que se declare la nulidad de su aceptación tácita de la herencia de ésta y la nulidad de todos los actos de disposición que llevó a cabo con los bienes de la repetida herencia, y consecuentemente la nulidad e ineficacia de su obligación de pago a los demandados contenida en la ya mencionada sentencia del juzgado de primera instancia, y la extinción de las acciones de ejecución de la misma. Finalmente pide la condena de los sobrinos a devolverle lo obtenido en el procedimiento de ejecución de la repetida sentencia más sus intereses legales.

D. Leo basaba la nulidad de su aceptación de la herencia fundamentalmente en haber sufrido un error sustancial sobre el contenido de esta.

Los sobrinos contestaron la demanda solicitando su desestimación íntegra con condena en costas para la parte actora.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 18 de abril de 2017 estimó la demanda y declaró la nulidad de la aceptación de la herencia, así como la de los actos de disposición realizados sobre los bienes de la misma siempre que no afectaran a terceros, así como la inexistencia de la obligación de pago derivada de la sentencia de primera instancia del anterior proceso, y el derecho del actor a ser reembolsado por los demandados por los importes que percibieron en la ejecución de la mencionada sentencia.

La Audiencia Provincial de Madrid revoca íntegramente la sentencia de primera instancia (SAP de Madrid, de 22 de diciembre de 2017 [SAPM 18568/2017]).

IV.1.2. *El recurso de casación*

D. Leo interpone recurso de casación por cuatro motivos. Dos de ellos denuncian la infracción del art 1301 CC, e impugnan que la sentencia recurrida considere que el plazo para el ejercicio de la acción de anulación comience el día del emplazamiento del

recurrente para contestar la demanda de reclamación de cantidad derivada del reconocimiento de deuda de la causante.

El tercer motivo denuncia la infracción de los arts. 1311 y 1313 CC, por considerar que la sentencia de la audiencia entiende indebidamente que la comparecencia del heredero en los autos de reclamación de cantidad purificó el vicio de error del consentimiento, y confirmó tácitamente la aceptación de la herencia. El recurrente explica que no concurren los requisitos para ello, porque al personarse en esa causa no tenía conocimiento del importe de lo reclamado⁶⁰, ni tuvo voluntad de renunciar a la acción de nulidad, por lo que ninguno de los actos de personarse y defenderse en juicio podía ser interpretado como confirmación o convalidación de un consentimiento prestado erróneamente.

La confirmación de un contrato, en este caso de un negocio jurídico unilateral, en el que concurre algún vicio de la voluntad, puede hacerse tanto tácita como expresamente, pero es preciso previamente que quien sufrió el vicio tenga un conocimiento claro y seguro de que su declaración de voluntad estuvo viciada⁶¹. En cualquier caso, si la confirmación es tácita, como dice el art. 1311CC, el acto ejecutado tiene que implicar necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a invocar la nulidad. La comparecencia del heredero en los autos de reclamación de cantidad de ningún modo puede implicar una renuncia indudable a ese derecho a impugnar la declaración de voluntad viciada.

El cuarto motivo es la infracción del art 1265 CC, porque la sentencia recurrida considera que el error padecido por el recurrente no es sustancial. Al contrario, el recurrente arguye que el error recae sobre el objeto de la herencia, al no tener conciencia de qué, al aceptar, tendría que abonar a los sobrinos una deuda indeterminada y sin cuantificar.

⁶⁰ El momento en el que D. Leo conoce el montante de la deuda reconocida por su causante es incluso posterior a la sentencia condenatoria de la audiencia en el primer procedimiento judicial. Es cuando los sobrinos presentan la demanda de ejecución de sentencia, pues a esta se acompaña la tasación pericial del valor de las fincas que en su día vendió Dña. Rosario.

⁶¹ Como dice Costad Rodal (2013:7194), siguiendo a Manresa Navarro, «*si una vez cesado el vicio del consentimiento, el heredero realiza algún acto de los que por ley tienen fuerza de aceptación tácita [los que se recogen en el art.999, tercer párrafo CC], se produce la confirmación y pierden su fuerza como tales los vicios de la voluntad*», lo que es evidente porque en esa nueva aceptación tácita ya no concurre vicio alguno.

Pese a una serie de óbices alegados por la parte recurrida el recurso se admite a trámite y posteriormente se estima: se falla revocando y anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado que estimaba la demanda de D. Leo, incluido su derecho a ser reembolsado por los sobrinos demandados de los importes que percibieron en la ejecución de la SAP de 25 de julio de 2013 que puso fin al primer litigio.

No impone al recurrente las costas del recurso de casación, pero impone a los sobrinos las costas de su recurso de apelación.

Respecto del error alegado por D. Leo, el TS se basa en que los tribunales de instancia consideran probado que la deuda reclamada en el primer proceso por los sobrinos políticos de la causante era muy superior al valor de los bienes de la herencia de ésta, y que al ser pura y simple la aceptación, le corresponde una responsabilidad *ultra vires*. Es lógico concluir que de no haber sufrido el error D. Leo no habría actuado de modo que se produjese una aceptación tácita de la herencia.

Si examinamos con un poco de detenimiento el error sufrido por D. Leo, podremos constatar que en él se cumplen todos los requisitos exigidos para que el error pueda dar lugar a la anulación de la aceptación de la herencia realizada. Es un error invalidante.

Como el TS deja muy claro en la sentencia que nos ocupa, se trata de un error sustancial o determinante. No hace falta mucha argumentación para comprender que el contenido económico de una herencia es algo esencial para que la acepte una persona, y más sí ello le supone asumir una deuda de una cuantía del doble del activo hereditario.

La excusabilidad del error en el caso de la sentencia es patente. Es cierto que cualquier heredero que acepta a beneficio de inventario se garantiza la limitación de su responsabilidad por las deudas hereditarias a los bienes de la herencia recibidos, pero este modo de aceptar «seguro», tal y como se regula en el Código Civil, resulta bastante complejo de llevar a cabo, tanto porque el plazo para hacer el inventario resulta demasiado breve, como por la exigencia de recogerse en escritura pública. De hecho, en la práctica son muy infrecuentes las aceptaciones de herencia a beneficio de inventario por lo que

debería reflexionarse sobre la posibilidad de flexibilizar la figura⁶² en una posible reforma del CC.

El dato de que D. Leo en los años previos al fallecimiento de Dña. Rosario, hubiera actuado como su administrador, sin duda le dio la falsa seguridad de que conocía bien la situación económica de su causante, y que su patrimonio carecía de deudas. No pudo imaginar que le faltaba información importante, ya que qué como administrador, objetivamente podía pensar que la tenía completísima.

D. Leo no podía conocer la existencia del reconocimiento de deuda, puesto que solamente lo conocían la otorgante del documento en que se reconocía y los sobrinos beneficiarios. Obsérvese que los sobrinos reclaman el pago de la deuda algún tiempo tras la muerte de ésta, y que dirigen la demanda contra la herencia yacente e ignorados herederos de Dña. Rosario.

La sentencia recurrida desestimó la demanda porque entendió que D. Leo confirmó tácitamente su aceptación y que el plazo de 4 años de la acción de nulidad por error había transcurrido. El recurso impugna la sentencia de la Audiencia porque entiende que el error fue invalidante, que no existió confirmación tacita ulterior de la aceptación, y que la acción de nulidad se había interpuesto dentro del plazo legal.

El TS destaca *«la singularidad del origen de la deuda reconocida por la causante»* (Fundamento de Derecho 3º, nº 3, *ab initio*).

Con respecto al momento inicial del cómputo del plazo de la acción de nulidad, hay que señalar que el art. 1301.2º CC está previsto para los contratos, y por ello establece que el inicio del cómputo del plazo es la consumación de los mismos. Con lo que, tal como dice el TS en la sentencia que nos ocupa, *«es preciso adaptar su aplicación a la impugnación de un acto unilateral [como es la aceptación de la herencia] en el que, a diferencia de los contratos a que se refiere el precepto [el art. 1301 CC], no hay consumación entendida como cumplimiento de las prestaciones de las partes»*, y añade a continuación que, *«puesto que por la aceptación adquiere el llamado la condición de heredero y recibe las relaciones transmisibles del causante, el plazo para la*

⁶² El CCcat. ya lo ha hecho así. En su art. 461-15, apartado 1 concede un plazo de seis meses desde el momento en el que el heredero conoció pudo conocer razonablemente la delación. En el apartado 2 del mismo artículo acepta como inventario válido a los efectos de obtener el beneficio, al que el heredero formalice en documento privado para presentarlo ante la administración pública competente para la liquidación de los impuestos sucesorios.

impugnación de la aceptación por error consistente en los presupuestos que pudo tomar en consideración el llamado, únicamente puede empezar a correr a partir del momento en que quedó determinada la composición del caudal, lo que en atención a la litigiosidad suscitada, solo tuvo lugar en el momento en que adquirió firmeza la sentencia dictada en el proceso en el que se hizo valer por los favorecidos el reconocimiento de deuda hecho por Dñ^a. Rosario, tal y como entendió el juzgado. Por ello no es correcta la interpretación que hizo en este punto la sentencia recurrida».

Carece de sentido que el inicio del plazo de la acción de anulación comience el día en que se emplaza a D. Leo para contestar a la demanda de reclamación de cantidad en el primer procedimiento judicial, y no solo -como dice el TS en la sentencia que nos ocupa- porque entonces (2010) aún la deuda no estaba cuantificada, sino porque en ese momento D. Leo todavía no había podido salir de su error. Hasta ese instante no había tenido ninguna noticia de la existencia del reconocimiento de deuda efectuado por su causante años atrás. Por otra parte, dicho documento no parecía compaginar bien la amplitud de la facultad de disposición concedida por su esposo, y con el dato de que la causante en ningún momento hubiese hecho referencia al mismo.

Si se reflexiona sobre el sentido del reconocimiento de deuda se comprende perfectamente que Don Leo inicialmente no le diera credibilidad. Choca con la amplitud de la facultad de disposición concedida.

También resulta llamativo que no mencionara en ningún momento, ni dejara constancia en alguno de los testamentos que otorgó de la existencia de esa deuda. Es posible que olvidara su existencia o no pensase que fuera a tener tanta importancia económica.

En esta línea lógica de situar el inicio del plazo de la acción de nulidad en un momento en el que verdaderamente el que sufre el vicio de la voluntad pueda actuar con una voluntad libre, está la STS de Pleno (Sala 1^a) 769/2014, de 12 de enero de 2015.

En ella se trataba de la anulación de un contrato sobre un producto financiero complejo. Una de las cuestiones discutidas era precisamente el inicio del cómputo del plazo de la acción que, dadas las características del contrato en cuestión, los tribunales de instancia habían dicho que *«la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de voluntades de ambos contratantes»*, confundiendo inexplicablemente

perfección con consumación del contrato. El TS aclara la diferencia entre una y otra, y en el Fundamento de Derecho 5º señala que, para que pueda considerarse que comienza el plazo, *«se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y, además al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes»*. Añade, dentro del mismo fundamento, que *«en definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento»*.

Aplicada esta doctrina a la sentencia que nos ocupa, resulta que mientras que se va desarrollando el primer procedimiento, que concluye con la condena al pago de la deuda reconocida por su Dña. Rosario, no puede decirse que D. Leo haya salido del error que le llevó a aceptar la herencia de dicha señora. Pretender que ya con la demanda inicial, dadas todas las circunstancias del caso, ya no subsistía ese error es tanto como negar al heredero la posibilidad de defenderse frente a la reclamación de pago de los sobrinos políticos de su causante.

IV.2. La interpretación del alcance de la deuda reconocida: una cuestión que no tiene cabida en el recurso de casación, pero que aparece tangencialmente en el primer procedimiento

El texto del documento de reconocimiento de deuda a favor de sus sobrinos políticos que otorgó Dña Rosario comenzaba con la justificación de su otorgamiento. La Señora dice que era voluntad de su difunto marido que, a la muerte de ella los sobrinos consolidaran el pleno dominio sobre las repetidas fincas. Al haberlas vendido ella en uso de su amplia facultad de disponer de las mismas a título oneroso, los sobrinos habían perdido la posibilidad de obtener ese pleno dominio a la muerte de su tía política. En consideración a estas circunstancias Dña. Rosario con el reconocimiento de deuda otorgado decía buscar resarcirlos de lo perdido, cumpliendo así el deseo de su fallecido esposo. Hasta ahí el documento es muy claro.

Lo que plantea dudas es el texto con el que Dña. Rosario fija el alcance de la deuda reconocida. Decía así: *«el resarcimiento de esta deuda mía, ahora reconocida por este documento, se hará pagando a mis citados sobrinos el valor de las fincas que tuvieran a la fecha de mi fallecimiento, a precio de mercado, tasadas pericialmente Si a mi fallecimiento no hubiese dinero efectivo suficiente en mi patrimonio, se satisfará esta deuda con la venta del piso X de mi propiedad».*

Es una redacción poco clara para una cuestión tan importante como la cuantía de la deuda que se reconoce. Incluso puede resultar contradictoria. No hay duda de que Dña Rosario quiso compensar a los sobrinos por la pérdida económica que para ellos suponía el que hubiera vendido las fincas que le dejó su marido en usufructo. Las dudas surgen respecto a los parámetros que establece para determinar a su fallecimiento la cuantía de la deuda reconocida.

En principio parece ser el valor de la deuda reconocida es el de mercado que tuvieran las fincas en cuestión en el momento de su muerte, valor que se debería fijar pericialmente. No obstante, a continuación, dice que si a su fallecimiento -tal como sucedió-, no hubiese suficiente dinero en efectivo para pagar ese valor, la deuda *«se satisfará con la venta del piso X de mi propiedad».* Esto es, establece unos parámetros alternativos dependiendo de las circunstancias que se den a su fallecimiento; si en su herencia hubiese efectivo suficiente para ello se pagaría a los sobrinos el precio de mercado en ese momento de las fincas. En cambio, si como sucedió finalmente, al fallecimiento de la causante-deudora, no hubiese en el caudal relicto efectivo suficiente, como alternativa ella designaba un bien muy concreto, su piso, para que con el efectivo obtenido con su venta se pagase la deuda. Cabe entender que, en esta segunda alternativa, la deudora había establecido indirectamente un límite a la cantidad a pagar a los sobrinos, el valor obtenido con la venta del piso mencionado en el documento.

Aunque la interpretación del documento de reconocimiento no fue objeto de este procedimiento, queda la duda de que, si de haberlo sido, el TS habría optado por la interpretación del documento que se apunta, estimando como erróneas la que hicieron las dos salas de instancia.

V. CONSIDERACIONES FINALES: LA IMPUGNACIÓN POR ERROR DE LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA Y LA LIMITACIÓN DE

LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LAS DEUDAS HEREDITARIAS

Prácticamente todos los litigios sobre error en la aceptación o repudiación de una herencia, está constatado que se producen por un error en el pasivo de la herencia.

La sentencia que se ha examinado *supra* es un claro exponente de que el error en la declaración de aceptación de la herencia, relacionado con el contenido de esta, puede anular dicha aceptación, pero solamente en los casos en que este sea esencial y excusable, y siempre que la acción se interponga en plazo. Serán muy escasos los supuestos en los que con tanta claridad como en el de esta sentencia se constate que se dan todas esas circunstancias, en los que la simple realización del inventario de los bienes y derechos de la herencia no sería suficiente para comprobar que la herencia deferida es deficitaria⁶³.

Así pues, queda constancia de que el expediente del error en cuanto al contenido de una herencia en la aceptación o repudiación de esta es una solución posible para limitar la responsabilidad del heredero, pero únicamente lo será para supuestos muy particulares.

Si el interés del legislador no fuera otro que resolver el problema de la responsabilidad por las denominadas «deudas ocultas», el recurso al error podría ser la solución. No obstante, hay otros casos en los que será difícil constatar la existencia de los requisitos del error, en los que tampoco sea razonable exigir la responsabilidad *ultra vires*.

Además, la utilización del recurso al error respecto al contenido de una herencia para anular su repudiación o aceptación favorece la litigiosidad, pues habrán de ser los tribunales quienes caso por caso tengan que dilucidar si realmente hubo un error y si, en su caso, este era esencial y excusable.

Últimamente, en los derechos más cercanos al nuestro hay una tendencia a limitar la responsabilidad del heredero, aunque acepte pura y simplemente⁶⁴, conservándola *ultra vires* solamente como sanción al heredero que realice ciertas conductas ilícitas, como, por ej., el que haya sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia (art. 1002 CC).

⁶³ Otro ejemplo puede ser el del causante que, aunque continúa apareciendo en el Registro como titular de ciertas fincas, las ha vendido en documento privado antes de su fallecimiento, y es solo después de haber aceptado la herencia cuando el heredero llega a tener noticia de esa transmisión. También el del causante que avala una operación financiera de un tercero, generalmente un familiar cercano, sin que tenga conocimiento de la existencia del aval nadie fuera del avalado, el acreedor de la operación avalada y el propio avalista, resultando que el aval se ejecuta tras el fallecimiento del avalista.

⁶⁴ En otros casos esas conductas se sancionan dando la herencia por repudiada.

Los Derechos civiles españoles de origen foral que tratan la responsabilidad del heredero también la regulan en esa misma línea de limitación.

Son ya varios los autores para los que la protección que la responsabilidad *ultra vires* que hoy ofrece nuestro Código Civil a los acreedores del causante y de las cargas de la herencia es exagerada, y que no hay razones objetivas que justifiquen esa sobreprotección frente a los demás intereses concurrentes⁶⁵. Por todo ello actualmente se está estudiando en la CGC la oportunidad de modificar en ese sentido la regulación del Código Civil.

La cuestión estriba en decidir que es lo que se quiere solventar. Si únicamente es la responsabilidad del heredero por las deudas ocultas⁶⁶, o bien, rediseñar en su conjunto el régimen de responsabilidad rebajando su exigencia para lograr un mejor equilibrio de los intereses contrapuestos en liza.

El expediente de recurrir a la figura del error ya hemos visto que no resuelve el problema general de la responsabilidad del heredero. La STS 142/2021, de 15 de marzo es digna de aplauso, pero no parece suficiente para cuestionar esa posible reforma, al aceptar que el error sobre el pasivo de una herencia puede bastar para eliminar los efectos ruinosos de una aceptación pura de la herencia. La sentencia pone de manifiesto que el expediente del error esencial y excusable sobre el contenido de la herencia pide unos requisitos excesivos para solucionar el correcto equilibrio. Entre los intereses a proteger en relación con las deudas y cargas de la herencia. Para ello parece recomendable explorar a una posible reforma legislativa para limitar la responsabilidad de los herederos a los bienes hereditarios recibidos.

Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994), «La repudiación de la herencia», *Actualidad Civil*, núm. 3-4,1994, pgs.713-754.

⁶⁵ Así, Gitrama González (1989:262), Albaladejo García (1995.b:266-268), Rams Albesa (2003: 5470 y ss.), Durán Rivacoba y González González (2006:234), García Goldar (2019:529), Díaz Alabart (2021:23) y Marañón Astolfi (2021:6).

⁶⁶ Es decir, aquellas cuyo desconocimiento no es imputable a la negligencia del heredero.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1995), «La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario», *Actualidad Civil*, núm. 2, pp.265-282.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2015), «Aceptación y repudiación de la herencia», *Curso de Derecho Civil*, T.V (*Derecho de Sucesiones*), 11ª ed., Edisofer, Madrid 2015, pp. 94-102.

APDC (Asociación de Profesores de Derecho Civil) (2018), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid (también en: <https://www.derechocivil.net/publicaciones/propuesta-codigo-civil>).

CICU, A. (1954), «Sucesioni per causa di morte», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (dirigido por A. CICU y F. MESSINEO), T.XLII, 1, Giuffrè, Milán, nº58, pp. 164-167.

COLINA GAREA, R. (2009), «Aceptación y repudiación de la herencia», *Derecho de Sucesiones* (coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, pp.80-101.

COSTAS RODAL, L., (2013) «Comentario al art. 997 CC», *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, T.V, Valencia, pp.7190-7196.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1988), «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC*, fascículo 2, pp. 403-439.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932), «La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», *RDP*, pp. 193-2217.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1991), «Comentario al art. 1301 CC», *Comentario del CC*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 544-547.

DÍAZ ALABART, S. (2021), «Nuevas tendencias en torno a la responsabilidad del heredero por las deudas de su causante», *RDP*, marzo-abril 2021, pp. 3-29.

DÍAZ MÁRTINEZ, A. (2010), *De la herencia yacente a la aceptación tácita. Reclamaciones patrimoniales de terceros*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Cizur Menor, pp. 168-171.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1989), *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 5ª ed., Tecnos, Madrid, pp.533-536.

DURÁN RIVACOBA, R. y GONZÁLEZ, GONZÁLEZ, A. (2006), «La responsabilidad del heredero por las deudas de su causante», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, pp.231-240.

- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010), «Comentario al art. 997 CC», *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por A. DOMINGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid.
- GARCÍA GOLDAR, M. (2019), *La liquidación de la herencia en el CC español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, BOE, Madrid, pp.521-530.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852), «Comentario al art.827 CC», *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T.II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica, Madrid, p.215.
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2013), «Comentario al art.1266 CC», *Comentarios al CC* (dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), T. VII, Valencia, pp. 9102-9110.
- GETE-ALONSO y CALERA, C. (2015), «Comentario al art.997 CC», *Código Civil Comentado* (dirigido por A., Cañizares Lasso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Vol. II, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, pp.1423-1424.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989), «Comentario al art. 997 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), T.XIV, Vol.1, Edersa, Madrid, pp. 160-176.
- MANRESA NAVARRO, J. M^a. (1900), «Comentario al art.997 CC», *Comentario al Código Civil español*, T.VII, Imprenta de la Revista de Legislación Madrid, pp. 329-337.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2020), «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», *Tratado de Contratos* (dirigido por R Bercovitz Rodríguez-Cano), T.I, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp.665-732.
- MARAÑÓN ASTOLFI, M. (2021), «La impugnación de la aceptación de herencia por error tras la aparición de una deuda desconocida. Comentario a la Sentencia del TS de 15 de marzo de 2021 (JUR 2021, 99291)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 55/2021, pp.1-6.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991), «Comentario al art. 997 CC», *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2363-2365.
- MORALES MORENO, A.M. (1991), «Comentario al art. 1266 CC», *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 457-464.
- ROCA SASTRE, R. M^a. (1973), *Traducción y anotaciones al Tratado de Ennecerus, Kipp y Wolf*, T.II, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 61-63.

RAMS ALBESA, J. (2003), «El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?», *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T.IV, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 5469-5480.

SÁNCHEZ CID, I. (2016), «Ineficacia de la repudiación», *La repudiación de la herencia. Reflexiones y comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 427-445.

SCAEVOLA, Q. M. (1900), «Comentario al art. 997 CC», *Código Civil comentado y concordado extensamente*, T. XVII, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, pp. 426-437.

SILLERO CROVETTO, B. (2009), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil* (dirigido por M. PASQUAU LIAÑO), Vol. 2, Ed. Comares, Granada, p.1698.

VALVERDE VALVERDE, C. (1909), «La aceptación de la herencia», *Tratado de Derecho Civil español*, T.V, Ed. Cuesta, Madrid-Valladolid, pp. 496-519.

Relación jurisprudencial

Tribunal Supremo

STS de 14 marzo de 1957 (RJ 1957, 1162)

STS 535/2008, de 6 de junio (RJ 2008, 3212)

STS 142/2021, de 15 de marzo (RJ 2021, 1186)

Audiencias Provinciales

SAP Orense, de 28 de diciembre de 1993 (AC 1993, 2521)

SAP Jaén, de 13 junio 2002 (JUR 2002, 202095)

SAP Valencia (Secc. 11ª) de 7 de mayo de 2004 (AC 2004, 2347)

SAP Córdoba (Secc. 3ª) 160/2005 de 14 de julio (JUR 2005, 233470)

SAP Valencia (Secc. 8ª) 548/2006 de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007, 128/601)

SAP Madrid (Secc. 18ª) de 13 diciembre 2012. SAPM 21926/2012

SAP Madrid (Secc. 8ª) de 25 de julio de 2013

SAP Almería (Secc. 3ª) de 7 de mayo de 2013 (SAP AL 397, 2013)

SAP Sevilla (Secc. 5) de 30 junio de 2014 (SAPSE 2387, 2014)

SAP Madrid (Secc. 11ª) de 7 de mayo de 2015 (SAPM 6088, 2015)

SAP Albacete (Secc. 3ª) de 9 noviembre 2015 (SAP AB 936, 2015)

SAP Barcelona (Secc. 19ª) de 19 mayo 2016 (SAP B 4671//2016)

SAP Madrid (Secc. 8ª) de 22 de diciembre 2017 (SAP M 18568, 2017)

SAP Jaén (Secc. 1ª) 10/2018, de 10 de enero (JUR 2018, 130389)

SAP Córdoba (Secc. 1ª) de 16 mayo de 2018 (SAP CO 493, 2018)

SAP Barcelona (Secc. 19ª) de 17 de octubre de 2019 (SAPB 11847, 2019)

Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del JPI núm.1 de Jaén de 24 de julio 2013 (JUR 179/2013, 262937).

LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO DE DESAHUCIO O DE LOS LANZAMIENTOS DERIVADOS DE UNA CONDENA PENAL EN EL CASO DE LA LLAMADA «OCUPACIÓN PACÍFICA» DE VIVIENDAS: ASPECTOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES

The temporal suspension of the civil eviction or the eviction order derived from a criminal procedure in the case of the so called «peaceful squatters»: legal and constitutional aspects

IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ
ignacio.garrote@uam.es
Catedrático de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar / Citation

Garrote Fernández-Díez, I. (2021).
Cuadernos de Derecho Privado, 1, 79-122
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.10>

(Recepción: 23/10/2021; aceptación tras revisión: 09/12/2021; publicación: 27/12/2021)

Resumen

El artículo 1 *bis* del RD-ley 11/2020, en la redacción otorgada por el RD-ley 37/2020, introdujo en nuestro Ordenamiento la posibilidad de que el Juez suspenda temporalmente los juicios sumarios del art. 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pueden desembocar en el lanzamiento de los ocupantes de una finca que no tengan un título hábil para poseerla cuando dichos ocupantes tienen una especial situación de vulnerabilidad y no cuentan con otra alternativa para su alojamiento. Dicho régimen fue objeto de una ulterior modificación, introducida por el RD-ley 1/2021, que plantea como gran novedad la posibilidad de instar también la suspensión del procedimiento en el caso de la «ocupación» de viviendas que se produce sin mediar violencia o intimidación a las personas (fenómeno que la jurisprudencia penal denomina como «ocupación pacífica de inmuebles»). Se trata de una regulación que plantea numerosas cuestiones, tanto desde el punto de vista de legalidad ordinaria como desde el punto de vista constitucional, que son objeto de consideración en el presente trabajo.

Palabras clave

COVID-19, suspensión del juicio de desahucio, «ocupación», proceso civil, proceso penal

Abstract

Article 1 *bis* of Royal Decree-Law 11/2020, in the wording granted by Royal Decree-Law 37/2020, introduced in our legal system the possibility for the judge to temporarily suspend the summary trials of art. 250.1 of the Civil Procedure Law that can lead to the launch of the occupants of a real state when they are not legally entitled to possess it in the case that such occupants have a special situation of vulnerability, provided that they do not have another alternative for their accommodation. Such regime was the subject of

a subsequent modification introduced by Royal Decree-Law 1/2021, which raises as a great novelty the possibility of also urging the suspension of the proceedings in the case of the «*squatting*» of empty houses that occurs without violence or intimidation (a phenomenon that criminal jurisprudence calls «peaceful occupation of real estate»). This is a legal regulation that raises numerous questions, both from the point of view of ordinary legality and from the constitutional point of view, which are the object of consideration in this paper.

Key words

COVID-19, suspension of the eviction proceedings, squatters, civil proceedings, criminal proceedings

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE «OCUPACIÓN PACÍFICA» DE VIVIENDAS. II.1. Las sucesivas redacciones del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020. II.2. Requisitos para decretar la suspensión. II.3. Supuestos en los que no cabe que el Juez decrete la suspensión del procedimiento. II.4. Procedimiento para decretar la suspensión del lanzamiento de la vivienda «okupada» de las personas vulnerables. II.4.1. La vía civil. II.4.2. La vía penal. III. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS O LANZAMIENTOS EN CASO DE «OCUPACIÓN PACÍFICA» DE INMUEBLES. III.1. El RD-ley 37/2020. III.2. El RD-ley 1/2021. III.2.1. Inexistencia de vulneración de los límites materiales del RD-ley en la disposición final primera del RD-ley 1/2021. III.2.2. La concurrencia del presupuesto habilitante de urgencia y necesidad en relación con la disposición final primera del RD-ley 1/2021. III.3. Las prórrogas de la vigencia temporal de las medidas del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020. IV. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA AL PROPIETARIO: INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL RD-LEY 37/2020. IV.1. La compensación al propietario de la vivienda. IV.2. Inconstitucionalidad parcial de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020.

I. PLANTEAMIENTO

Una de las piezas fundamentales del llamado «escudo social» del Gobierno frente a la pandemia de la COVID-19 es la regulación del artículo 1 *bis* del RD-ley 11/2020, de

31 de marzo¹ —añadido a través del RD-ley 37/2020²—, que permite al Juez decretar la suspensión de los desahucios en vía civil o de los desalojos decretados por el Juez penal en relación con personas vulnerables sin alternativa habitacional en determinados supuestos.

Se trata de una norma que, siguiendo el modelo que se adoptó en relación con la suspensión del procedimiento de desahucio en viviendas arrendadas en caso de personas vulnerables en el art. 1 de dicho RD-ley, introduce en nuestro Ordenamiento la posibilidad para el Juez de suspender temporalmente algunos de los juicios sumarios del art. 250.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) frente a los ocupantes de una finca que no tienen un título hábil para poseerla cuando dichos ocupantes son personas especialmente vulnerables que no tienen una alternativa habitacional.

Posteriormente, la modificación introducida en la redacción del art. 1 bis del RD-ley 11/2020 por el RD-ley 1/2021³ amplió la posibilidad de instar la suspensión a los casos de «*ocupación*» de inmuebles producida sin mediar violencia o intimidación a las personas.

En estos casos, el propietario puede optar entre la vía civil o la penal para lograr recuperar la posesión de la vivienda «okupada». Si se decide por la vía civil, los propietarios que sean personas físicas normalmente recurrirán al juicio sumario para recuperar la posesión previsto en el segundo párrafo del art. 250.1-4º LEC, que tras la reforma operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio⁴ es llamado a veces «desahucio exprés». En nuestro caso, y como luego se señalará, estaremos ante una persona física que es titular de más de 10 viviendas.

¹ RD-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 (BOE de 1 de abril).

² RD-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (BOE de 23 de diciembre).

³ RD-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 20 de enero).

⁴ La modificación fundamental en este punto fue introducir un segundo párrafo en la norma, en donde se prevé un procedimiento más ágil en determinados casos que el legislador entendía que se debían proteger especialmente. Dicho procedimiento permite una suerte de desalojo cautelar de la vivienda, haciendo posible que se presente la demanda y se practiquen notificaciones contra los ocupantes aunque se desconozca su identidad y dando un plazo a los ocupantes de cinco días para acreditar un título legítimo para poseer la vivienda, procediendo en caso contrario el juez a dictar un Auto en el que se ordena la entrega inmediata de la posesión al demandante. En la práctica, sin embargo, la carga de trabajo de los órganos judiciales provoca que el proceso se demore con frecuencia varios meses.

A ese mismo mecanismo podrán acudir las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social, que son las únicas personas jurídicas a las que el art. 250.1-4º.II LEC da acceso a este proceso abreviado. El resto de las personas jurídicas deberán recurrir en sede civil a la vía general de la acción de retener o recuperar la posesión del primer párrafo del art. 250.1-4º LEC. Si el propietario recurre a la vía penal la norma aprobada servirá para paralizar los lanzamientos o desalojos derivados de la ejecución de una condena⁵ en los casos que la jurisprudencia penal denomina, de manera ciertamente discutible⁶, como «ocupación pacífica⁷» de bienes inmuebles del art. 245.2 CP⁸.

Dicha regulación plantea numerosas cuestiones tanto desde el punto de vista de legalidad ordinaria como en relación con su ajuste a la Constitución, dado que se han adoptado a través del instrumento normativo del RD-ley, lo que exige que se respeten los límites que para este supuesto se establecen en el art. 86.1 CE.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DEL PROCEDIMIENTO EN EL CASO DE «OCUPACIÓN PACÍFICA» DE VIVIENDAS

⁵ En estos casos se condena al autor del delito a la pena correspondiente y al desalojo de la vivienda «okupada», y se le da un plazo para llevarlo a cabo de forma voluntaria, apercibiéndole de que en caso contrario se procederá a la ejecución forzosa de la sentencia.

⁶ En mi opinión, más que hablar de «ocupación pacífica» habría que referirse a «*usurpación sin violencia o intimidación contra las personas*», porque difícilmente cabe sostener que la usurpación es «pacífica» si hay fuerza en las cosas. Así, por ejemplo, la STS (Sala ^a) de 12 de noviembre de 2014 (ES:TS:2014:5169), que es la que utiliza esta denominación, y sienta las bases para la delimitación de este tipo penal, el acceso a la finca militar se produjo rompiendo el candado y la cadena que unía las dos hojas metálicas de la puerta de entrada a dicha finca.

⁷ La Instrucción denomina al caso previsto en el art. 245.2 CP como un supuesto de «ocupación pacífica» de inmuebles, denominación que a mi juicio subraya mejor el carácter antijurídico de la conducta que la de «ocupación pacífica». Con todo, uno y otro término serán utilizados de forma indistinta en el presente trabajo

⁸ Dicha norma señala que «*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*». En la jurisprudencia penal generalmente se considera que los supuestos de usurpación ilícita no violenta (es decir, cuando sólo se emplea fuerza en las cosas) encajan en el apartado segundo del art. 245 CP, y no en el primero, haciendo un paralelismo con los delitos de robo (arts. 237 y ss. CP) y de hurto (arts. 234 y ss. CP). En efecto, en el primero se distingue entre «fuerza en las cosas» y «violencia o intimidación en las personas» y ello conduce a la doctrina a entender que como el art. 245.1 CP únicamente menciona la «violencia o intimidación en las personas», las ocupaciones ejecutadas con fuerza en las cosas deberán entrar en el ámbito de aplicación del art. 245.2 CP. Se señala también que de otra manera el art. 245.2 CP se reduciría únicamente a los supuestos en los que el propietario no ha dispuesto de ningún mecanismo de cierre que pueda ser objeto de rotura, lo que privaría a la norma de sentido práctico. *Vid.* Mirapeix Lacasa, «La ocupación pacífica de inmuebles» (tesis doctoral no publicada, disponible en <<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/385917/ttml.pdf?sequence=1>>), p. 100 (8.09.2021). Esta misma autora, sin embargo, cita sentencias de distintas Audiencias Provinciales que estiman que el empleo de fuerza en las cosas puede reconducir la conducta al tipo penal del art. 245.1 CP

II.1. Las sucesivas redacciones del art. 1 bis del RD-ley 11/2020

La posibilidad de suspender temporalmente los desahucios y lanzamientos ante el avance imparable de la pandemia de COVID-19 se introdujo originariamente en el texto del RD-ley 11/2020 mediante la incorporación al mismo de un nuevo art. 1 bis a través del RD-ley 37/2020, de 22 de diciembre de 2020, texto que, como he señalado ya, sería posteriormente modificado por el precitado RD-ley 1/2021⁹ para ampliar la posible suspensión también a los casos de «ocupación pacífica» de viviendas.

En efecto, en la redacción original de este art. 1 bis se regulaba la facultad del Juez de suspender el procedimiento de desahucio mientras durara el estado de alarma¹⁰ en los juicios verbales mencionados en los apartados 2.º (acción de desahucio por precario), 4.º (acción de retener o recobrar la posesión) y 7.º (acción real registral) del art. 250.1 LEC¹¹ si en el inmueble habitaban personas económicamente vulnerables sin una alternativa residencial¹².

⁹ RD-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 4 de agosto). Debe tenerse en cuenta que Dicho RD-ley está siendo en la actualidad objeto de tramitación como Proyecto de Ley Proyecto de Ley de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (procedente del RD-ley 1/2021, de 19 de enero), BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 45-1, de 12 de febrero de 2021. Sin embargo, en el momento de redactar estas líneas (septiembre de 2021) el Proyecto se encontraba aún en trámite de enmiendas en la Comisión de Sanidad y Consumo, de manera que parece probable que cuando finalmente finalice de forma favorable la tramitación de la Ley (si es que lo hace) no tendrá incidencia en el caso concreto de la suspensión de los desahucios o lanzamientos derivados de la «ocupación pacífica» de inmuebles, cuyo régimen excepcional finaliza, en principio el 30 de octubre de 2021.

¹⁰ El llamado «segundo estado de alarma», que era el vigente en el momento en el que se promulgó el RD-ley 37/2020, fue decretado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre hasta las 00.00 horas 9 de mayo de 2021 (art. 2 del mencionado RD), finalizando en dicha fecha.

¹¹ Señalan CARRASCO PERERA y CORDÓN MORENO que cabe la duda de si la regulación del art. 1 bis se puede aplicar al procedimiento *sui generis* de desahucio posthipotecario del art. 675 LEC, que no es en rigor uno de los citados en el art. 250.1.º LEC (Carrasco y Cerdón, 2021:8 del documento en formato PDF). En la medida en que estamos ante una medida excepcional, la interpretación de la norma tiene que ser restrictiva.

¹² La disposición final primera del RD-ley 37/2020 señalaba además que:

«1. Los informes de los servicios sociales mencionados en los artículos 1 y 1 bis del RD-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, podrán ofrecer una solución habitacional alternativa aplicando las ayudas del «Programa de ayuda a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables» o cualesquiera otras ayudas del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021; sin perjuicio de las que puedan establecer para el mismo fin las administraciones públicas autonómicas y locales. 2. Para conocer y evaluar la eficacia de las medidas propuestas los servicios sociales para atender las situaciones de vulnerabilidad a que se refieren los referidos artículos 1 y 1 bis del RD-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, las comunidades autónomas deberán informar, con carácter mensual, al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, sobre las comunicaciones recibidas, los informes emitidos, el plazo de emisión de estos y las medidas sociales adoptadas. Para ello, antes del 31 de enero de 2021, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda

Muy poco después, sin embargo, la disposición final 1ª del RD-ley 1/2021 amplió esta facultad de suspensión por parte del Juez también a «[...] aquellos otros procesos penales en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello».

Dicho RD-ley también modificó las letras b) y c) del apartado 7 de la norma, en donde el legislador enumera distintos casos en los que no cabe la posibilidad de que el Juez decrete la suspensión del desahucio o del lanzamiento.

Así, en la letra b) se señala ahora que no cabe que el Juez decrete la suspensión cuando la entrada se haya producido «[...] en un inmueble de [sic] propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada».

Por su parte, en la letra c) del art. 1 bis.7 se sustituyó la redacción de diciembre de 2020 —«Cuando la entrada o permanencia en el inmueble sea consecuencia de delito»— por un nuevo tenor literal donde únicamente se excluye la posibilidad de suspender el lanzamiento «cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando *intimidación o violencia sobre las personas*».

Ello significa, en la práctica, que cuando se produce una «ocupación pacífica»¹³ de viviendas, en donde únicamente se ha empleado fuerza en las cosas —típicamente,

2030 aprobará por Orden Ministerial un modelo para transmitir esa información, asegurando en todo caso el acceso por parte de todas las administraciones públicas afectada». La Orden Ministerial a la que se refiere la norma es la Orden DSA/353/2021, de 9 de abril, por la que se aprueba el modelo para transmitir información por parte de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla al objeto de conocer y evaluar la eficacia de las medidas propuestas por sus servicios sociales para atender las situaciones de vulnerabilidad (BOE de 14 de abril).

¹³ A raíz de la reforma de los arts. 13 y 33 CP mediante la Ley Orgánica 1/2015, la modalidad comisiva del art. 245.2 CP pasó de considerarse de «menos grave» (art. 3.3 a CP) a «leve» (art. 3.4.g CP) aunque las penas de multa previstas en la norma no se modificaron. De acuerdo con la STS (Sala 2ª) núm. 800/2014, de 12 de noviembre de 2014 (ES:TS:2014:5169), dictada en un supuesto de «ocupación» de una finca rústica militar, para que proceda la aplicación de este apartado son necesarios los siguientes elementos (FJ 3):

«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:

- a) 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.
- b) 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

mediante la rotura de la cerradura o candado instalado por el propietario— cabe decretar la suspensión del desalojo decretado en el fallo de la sentencia condenatoria.

En la redacción original del RD-ley 37/2020 (que entró en vigor el 23 de diciembre) la vigencia de esta suspensión temporal sólo se extendía hasta la finalización del estado de alarma. Sin embargo, los posteriores Reales Decreto-leyes 8/2021, de 4 de mayo¹⁴, 16/2021, de 3 de agosto¹⁵ y 21/2021¹⁶, de 26 de octubre, prorrogaron dicha vigencia primero hasta el 9 de agosto de 2021¹⁷, posteriormente, hasta el 31 de octubre de 2021¹⁸ y, finalmente, hasta el 28 de febrero de 2022.

Dado que los supuestos de «ocupación pacífica» sólo se contemplan desde el momento de entrada en vigor de la modificación introducida por el RD-ley 1/2021 (esto es, el 21 de enero de 2021) en nuestro caso cabe que el juicio sumario del art. 250.1-4º LEC (tanto ordinario como «exprés») o la ejecución del desalojo en vía penal quede en suspenso, por hipótesis, durante más de un año, si no hay ulteriores prórrogas.

II.2. Requisitos para decretar la suspensión

ocasionales o esporádicas, sin vocación de permanencia o de escasa intensidad, son ajenas al ámbito de aplicación del tipo.

c) 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.

d) 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.

e) 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».

¹⁴ RD-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE de 5 de mayo). Su convalidación se contiene en la Resolución de 20 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE de 27 de mayo).

¹⁵ RD-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 4 de agosto). Su convalidación se contiene en la Resolución de 13 de septiembre de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RD-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 17 de septiembre).

¹⁶ RD-ley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE de 27 de octubre).

¹⁷ Vid. el art. 7.2.

¹⁸ Vid. el art. 2.2.

El art. 1 *bis*.2.I señala una serie de circunstancias personales y materiales que deben estar presentes para que el Juez pueda decretar la suspensión del procedimiento de desahucio o del acto del lanzamiento.

Así, se señala en primer lugar que esta suspensión sólo procede en el caso de *viviendas*. Debemos estar, por tanto, ante un inmueble que se destina a satisfacer las necesidades habitacionales permanentes de personas físicas. De ahí que si lo que se ha «ocupado pacíficamente» es un inmueble que no puede satisfacer dicha necesidad no procederá la suspensión del procedimiento (pensemos en fincas rústicas o incluso en anejos de fincas urbanas, como trasteros o garajes).

En la práctica puede resultar dudoso el caso de locales comerciales o edificios públicos abandonados. Estamos ante una norma de ámbito temporal y, además, excepcional, que tiene que ser por tanto objeto de interpretación estricta (art. 4.2 CC). Pero entiendo que el concepto de «vivienda» que se maneja en el precepto puede ser funcional, no administrativo, de manera que quepa suspender el procedimiento en el caso de inmuebles que han sido objeto de «ocupación pacífica» al objeto de satisfacer la necesidad de vivienda permanente de sus ocupantes. Y ello, incluso, aunque no cuenten con cédula de habitabilidad o el resto de requisitos necesarios para que el inmueble pueda ser considerado como una «vivienda» a efectos administrativos o a otros efectos civiles (como los del art. 2.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

En segundo lugar, es necesario que las viviendas ilícitamente usurpadas pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas que sean grandes tenedoras de viviendas —es decir, que sean titulares de más de 10 viviendas—. Cuando la vivienda es propiedad de una persona física que no es «gran tenedora» no cabe, por tanto, suspender el procedimiento con arreglo al art. 1 bis del Real Decreto 11/2020, ni siquiera cuando quienes la han usurpado ilícitamente son personas vulnerables, aunque habrá que respetar las reglas generales previstas en la LEC, en especial las del art. 441.5 si el perjudicado opta por la vía del art. 250.1.1º LEC.

En tercer lugar, el apartado tercero del art. 1 bis exige para que el Juez pueda decretar la suspensión que «quien habite la vivienda» sea una persona *dependiente*¹⁹ o víctima de

¹⁹ Para definir dicho término se estará a la definición contenida en el art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Señala dicha norma que la «dependencia» es «*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a*

violencia sobre la mujer, o bien *tenga a su cargo* conviviendo en la misma vivienda a alguna persona dependiente o menor de edad. Lógicamente, la suspensión también puede proceder si los habitantes son uno o varios menores, que, por cualquier circunstancia, no conviven con un mayor de edad que los tenga a su cargo.

Dado que la norma no discrimina, es discutible si *todos* los ocupantes de la vivienda tienen que estar en alguna de estas situaciones. La *ratio* de la norma es proteger temporalmente del desahucio o del lanzamiento únicamente a las personas vulnerables, y, como se ha dicho, estamos ante una norma que debe ser objeto de interpretación estricta. Cabe concluir, por tanto, que si hay una de estas personas vulnerables en la vivienda el Juez está habilitado para decretar la suspensión respecto de estas, pudiendo, sin embargo, continuar el procedimiento contra las demás.

En cuarto lugar, *y en todo caso, además*, debe acreditarse (párrafo segundo del art. 1 bis.3) que la persona o personas que han «okupado» la vivienda se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, de acuerdo con la definición que se aporta en la letra a) del artículo 5.1²⁰ del RD-ley 11/2020²¹. No basta, por tanto, con una situación de

la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

²⁰ Dicha norma señala lo siguiente:

«Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, Expediente Temporal de Regulación de Empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:

i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).

ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.

iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.

iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.

v. En el caso de que la persona obligada a pagar la renta arrendaticia 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 reconocida 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 previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM».

²¹ De acuerdo con lo provisto en dicha norma, se encuentran en esta situación de vulnerabilidad las personas que estén en situación de desempleo o ERTE, que hayan reducido su jornada o sufran circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los

vulnerabilidad social, hace falta también que estemos ante una situación de vulnerabilidad desde el punto de vista económico (que, en todo caso, se dará muy frecuentemente en los casos de «okupación»).

A este respecto es claro que la situación de vulnerabilidad económica que la norma trata de amparar no existe a los efectos de decretar la suspensión cuando el ocupante dependiente, menor, víctima de violencia de la mujer o con personas a su cargo menores o dependientes tiene una alternativa habitacional en el sentido descrito en el art. 5.3 del RD-ley 11/2020. Dicha norma está prevista en principio para los casos de impago de la renta o prórroga extraordinaria del arrendamiento del art. 1 de dicho RD-ley, pero es aplicable también a este caso por analogía. A estos efectos la propia rúbrica del art. 1 bis refiere a los casos de «personas económicamente vulnerables *sin alternativa habitacional*».

Hay que tener en cuenta, además, que en el art. 5.1 a) del RD-ley 11/2020 se hace referencia en todos los supuestos que contempla al nivel de renta de la «unidad familiar». A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá por «unidad familiar» la compuesta por cualquier persona que ha ocupado la vivienda, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, *que residan en la vivienda*, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, *que residan en la vivienda* (art. 5.2 del RD-ley 11/2021, por analogía).

En cuanto a la duración de la suspensión, y como antes señalamos, en la redacción original del art. 1 bis otorgada por el RD-ley 37/2020 (que se mantuvo tras el RD-ley 1/2021) se decía que las medidas previstas en el art. 1 bis «*dejarán de surtir efecto en todo caso en cuanto finalice el estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020 [...] prorrogado por Real Decreto 956/2020 [...]*». Ello significaba que la suspensión debía finalizar, a más tardar, a las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021.

Sin embargo, el artículo 7 del RD-ley 8/2021 dio una nueva redacción al precepto para prolongar la suspensión «*hasta la fecha en que hayan transcurrido tres meses desde la finalización del estado de alarma*». En la redacción dada al párrafo segundo del

ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria (en este caso, a la solicitud de detener el lanzamiento), un determinado nivel de renta que será, con carácter general, de un máximo de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). Este factor de renta se incrementa ligeramente por cada hijo a cargo, personas mayores de 65 años en la unidad familiar o personas con discapacidad superior al 33%.

apartado 1 se añadió, además, que las medidas de suspensión «*dejarán de surtir efecto en todo caso el 9 de agosto de 2021*». Se trata, en todo caso, de plazos coincidentes, en la medida en el estado de alarma prorrogado finalizó el 9 de mayo de 2021.

Posteriormente, mediante el artículo segundo, apartado dos, del RD-ley 16/2021 la posibilidad de prolongar la suspensión de los procedimientos de desahucio o los lanzamientos en vía penal se volvió a prorrogar hasta el 31 de octubre de 2021. Y, finalmente, el RD-ley 21/2021 prorrogó de nuevo la vigencia del precepto (art. segundo, apartado tercero) hasta el 28 de febrero de 2022.

De ahí que, en su redacción actual, el art. 1 *bis*.5 del RD-ley 11/2020 señale que, una vez acreditada la situación de vulnerabilidad de la persona que habite en la vivienda, y ponderadas por el Juez todas las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto, este dictará auto acordando, en su caso, la suspensión *por el tiempo que reste hasta el 28 de febrero de 2022*.

II.3. Supuestos en los que no cabe que el Juez decrete la suspensión del procedimiento

El apartado séptimo del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 describe un nutrido grupo de circunstancias en las que se produjo la *entrada o permanencia* en la vivienda que enervan la posibilidad de solicitar la suspensión.

Se trata, en primer lugar (art. 1 *bis*.7 a)) de los supuestos en los que la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar en un inmueble que es propiedad de una persona física y en la que dicha persona tiene su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada, sin perjuicio del número de viviendas de las que sea propietario. En este caso la vivienda está habitada (aunque sea temporalmente, a modo de segunda residencia) por lo que el legislador entiende que el derecho del propietario no debe ser sacrificado.

Una *ratio* similar anima lo dispuesto en el art. 1 *bis*.7 b), que señala que no cabe que el Juez decrete la suspensión cuando la entrada o permanencia en la vivienda se haya producido en un inmueble propiedad de una persona física o jurídica que lo tenga cedido por cualquier título válido en derecho *a una persona física que tuviere en él su domicilio habitual o segunda residencia debidamente acreditada*. Se trata de un supuesto en el que el ocupante sin título de la vivienda está privando de ella al arrendatario, comodatario o cualquier otra persona física que disfruta de ella con justo título, bien como vivienda habitual, bien como segunda residencia.

Los apartados a) y b) de este art. 1 *bis* 7 son coherentes con el hecho de que, desde el punto de vista penal, cuando se «okupa» un inmueble que se utiliza como vivienda de manera habitual u ocasional (es decir, como segunda vivienda, de forma acreditada²²) estamos ante un delito de allanamiento de morada tipificado en el art. 202.1 del Código Penal, donde no resulta concebible suspender el lanzamiento decretado en el proceso penal.

La suspensión de la condena en la vía penal sólo procede, por tanto, en el caso de delitos de «ocupación pacífica» de una *vivienda* que no constituya morada (normalmente se tratará de viviendas vacías o deshabitadas). Con todo, creo que, como ha apuntado, a los efectos de permitir la suspensión de la condena penal conforme al art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 se asimila al concepto de vivienda el de cualquier «inmueble» o «edificio ajeno» (en la terminología del art. 245.2 CP) que esté abandonado (como puede ocurrir en el caso de locales comerciales o edificios públicos).

En tercer lugar (art. 1 *bis*.7 c)), tampoco se puede suspender el desahucio o el lanzamiento cuando la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas. En este caso estamos ante la modalidad comisiva de «usurpación violenta» de inmuebles del art. 245.1 CP²³, en donde el plus de antijuricidad que existe en el acto de usurpación impide proteger a quienes cometieron el delito, incluso cuando sean personas vulnerables.

Pero debe tenerse en cuenta que el concepto de violencia o intimidación sobre las personas al que se refiere esta letra c) del art. 1 *bis*.7 no tiene que coincidir necesariamente con el referido en el art. 245.1 CP. Se trata de un concepto civil, al que habrá que aplicar las reglas civiles que permiten apreciar la existencia de dicha violencia o intimidación. Podrá recurrirse para ello a lo dispuesto en los arts. 1265 y 1267 CC y a la doctrina y jurisprudencia que los interpreta.

²² Debe tenerse en cuenta a estos efectos que en la STS (Sala 2ª) de 6 de noviembre de 2020 (ES:TS:2020:362) nuestro Alto Tribunal consagró definitivamente la ampliación del concepto de «morada» a las segundas residencias, siempre que se cumplan ciertos requisitos, como ya se había venido defendiendo en casos anteriores. Se sigue con ello la línea de la ya citada Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles (pp. 6 y siguientes).

²³ En el art. 245.1 del Código penal, dentro de los delitos de usurpación, se señala que: «*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.*»

En cuarto lugar, de acuerdo con el art. 1 *bis.7 d*), queda vetada la suspensión cuando existan indicios racionales de que la vivienda se esté utilizando para la realización de actividades ilícitas. Habrá que entender que la norma se refiere a *otras* actividades ilícitas, distintas de la propia ocupación ilegal de la vivienda, como pudiera ser, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes. La suspensión del procedimiento en este caso sólo serviría para prolongar el uso del inmueble con finalidad delictiva.

En quinto lugar [art. 1 *bis.7 e*)], no cabe la suspensión del procedimiento cuando la entrada o permanencia se haya producido en inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social, cuando *ya se hubiera asignado la vivienda a un solicitante por parte de la administración o entidad que gestione dicha vivienda*. En este caso, aunque puede que la vivienda esté todavía vacía (porque se ha asignado su uso a un solicitante que todavía no la ha ocupado por no haberse completado los trámites administrativos) se está privando de una alternativa habitacional a un tercero especialmente necesitado de ella.

Por último —letra f) del art. 1 *bis.7*—, la posibilidad de que el Juez decrete la suspensión del desahucio o del lanzamiento sólo resulta de aplicación a las ocupaciones ilícitas que se produjeron antes de la entrada en vigor del RD-ley 37/2020 (es decir, antes del 23 de diciembre de 2020). Con ello se pretende garantizar la tutela de las personas especialmente vulnerables durante la pandemia, pero sin incentivar las ocupaciones sin título («efecto llamada»).

Debe tenerse en cuenta que a estos efectos que en el RD-ley 37/2020 se contiene un régimen transitorio para los procedimientos verbales regulados en los arts. 250.1-2º, 4º y 7º que se encontraban en curso en el momento de su entrada en vigor²⁴, régimen que debe entenderse aplicable también ahora *mutatis mutandis* al supuesto en el que el desalojo traiga causa de un procedimiento penal derivado de la «ocupación pacífica» del inmueble.

²⁴ De acuerdo con su disposición transitoria primera «Las modificaciones introducidas en el artículo 1 del presente RD-ley [entre la que se incluye la adición del art. 1 bis al RD-ley 11/2020] afectarán a los procedimientos de desahucio que puedan iniciarse desde la entrada en vigor del mismo, así como a aquellos procedimientos que se encuentren en curso en los órganos judiciales, aun cuando ya se hubiera decretado la suspensión conforme a las redacciones anteriores del RD-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». No obstante lo anterior, no se aplicará la suspensión prevista en el artículo 1 del referido RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, a aquellos procedimientos de desahucio que se hubieran suspendido conforme a lo previsto en dicho artículo [y] en los que [posteriormente] se hubiera acordado la reanudación por [no] quedar acreditada la vulnerabilidad económica del arrendador conforme a lo previsto en el apartado 4 del citado artículo. Se trata con evitar con este segundo inciso que se presenten peticiones de suspensión recurrentes sin fundamento que sólo pretenden entorpecer el proceso.

II.4. Procedimiento para decretar la suspensión del lanzamiento de la vivienda «okupada» de las personas vulnerables

II.4.1. *La vía civil*

Las reglas procedimentales que se prevén en el art. 1 bis del RD-ley 11/2020 están pensadas para el caso de que la solicitud de suspensión se plantee en el seno de un procedimiento civil (normalmente, como se ha avanzado, por la vía del «desahucio exprés» del art. 250.1-4º.II LEC si estamos ante una persona física o por el cauce general del juicio de tutela sumaria del primer párrafo del art. 250-1-4º si estamos ante una empresa u otra persona jurídica que no puede beneficiarse de la vía «exprés²⁵«).

En estos supuestos, una vez que el procedimiento es iniciado por el propietario (que debe dirigirse frente a los «desconocidos ocupantes de la vivienda» *ex* art. 437.3 *bis* de la LEC) cabe plantearse la suspensión del procedimiento, que puede decretarse en cualquier momento procesal durante el juicio verbal, y, en especial, en el momento previo al lanzamiento.

El tenor literal del art. 1 *bis*.1 señala que la suspensión es una «facultad» del Juez, pero en la vía civil es claro que dicha facultad no puede ser ejercitada de oficio: es la persona que ocupa ilícitamente la vivienda la que debe acreditar su situación de vulnerabilidad, de modo que la suspensión debe instarse por la parte a la que interesa²⁶.

La solicitud puede ser planteada, por tanto, por la persona dependiente o víctima de violencia contra la mujer, o por el progenitor, tutor o guardador de hecho del menor (o incluso por éste mismo, si se trata de un menor no acompañado). También por el guardador de hecho de la persona dependiente con la que se convive en la vivienda, si esta padece una discapacidad que le impide presentar dicha solicitud por sí misma.

No hay un plazo preclusivo para solicitar la suspensión por parte de los ilícitos ocupantes de la vivienda, que pueden por tanto pedirla en la vía civil²⁷ en cualquier

²⁵ Con todo, cabría también pensar que la suspensión pudiera decretarse en relación con un procedimiento iniciado por una comunidad de vecinos por la vía del art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, que puede acabar con el lanzamiento de quien está llevando a cabo actividades prohibidas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, cuando quien las lleva a cabo, como es nuestro caso, no es el propietario.

²⁶ Ello se hará mediante un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o del lanzamiento (art. 1.1 párrafo primero del RD-ley 11/2020, por analogía).

²⁷ *Vid.* (Carrasco y Cordón, 2021:3 del documento en formato PDF). Señalan estos autores que cuando se solicita en la vía civil estamos ante un incidente de suspensión promovido dentro del juicio de desahucio tramitado por el cauce del juicio verbal, de modo que no resulta preceptiva la intervención de abogado y procurador, lo que resultará en la práctica importante en estos supuestos de «ocupación» ilícita de viviendas.

momento anterior al lanzamiento²⁸. Se puede solicitar, por tanto, incluso para paralizar el «desahucio exprés» previsto en el art. 444.1 *bis* LEC. El art. 1 *bis*.6 añade que a los efectos del traslado del expediente a los servicios sociales previsto en el artículo 150.4 LEC se entenderá que concurre el consentimiento de la persona demandada por la mera presentación de su solicitud de suspensión.

El solicitante deberá además aportar la documentación pertinente (*en todo caso*, dice el precepto) que demuestre que se dan todas las circunstancias de vulnerabilidad previstas en la norma para que proceda dicha suspensión. Una vez que el Letrado de la Administración de Justicia reciba la documentación aportada debe dar traslado de ella de forma inmediata a los servicios sociales competentes para que estos emitan un informe en el que se valore la situación de vulnerabilidad de la persona o personas que hayan fijado ilícitamente en el inmueble su vivienda, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente²⁹.

De ello se desprende que, en principio, quienes valoran la suficiencia de la documentación para definir si la situación de vulnerabilidad alegada encaja con lo previsto en la norma son los servicios sociales, que deberán emitir su informe en el plazo máximo de quince días (art. 1 *bis*.4). Pero es claro que dicho informe, aunque resulta necesario, no es vinculante para el Juez, que puede, por tanto, considerar acreditada la situación de vulnerabilidad atendiendo a cualquier otra documentación que obre en el expediente³⁰ incluso en contra del criterio de los servicios sociales³¹. El Juez también puede a mi juicio decretar la situación de vulnerabilidad cuando el informe de los

²⁸ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ese plazo será breve en el caso del desahucio exprés del segundo párrafo del art. 250.1-4º, en donde el párrafo segundo del art. 441.1 *bis* prevé que, 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.

²⁹ Señalan, con acierto, Carrasco Perera y Córdón Moreno que el Letrado de la Administración de Justicia tiene la facultad de inadmitir la solicitud (dando previamente un plazo de subsanación para que se aporte, en su caso, la documentación necesaria) si de los documentos presentados por el solicitante se desprende «con claridad» que no concurre una de las situaciones de vulnerabilidad que la Ley pretende amparar (Carrasco y Córdón, 2021:3 del documento en formato PDF).

³⁰ *Vid.*, en este mismo sentido, Carrasco y Córdón, 2021:5 del documento en formato PDF.

³¹ El informe de los servicios sociales no es por tanto una prueba ni un documento administrativo de los previstos en el art. 319.2 LEC, como señalan Carrasco y Córdón, 2021:5 del documento en formato PDF.

servicios sociales no se ha emitido en el plazo de quince días legalmente previsto³² o cuando resulte claramente incompleto o no presente datos concluyentes³³.

El segundo inciso del art. 1 *bis*.5 señala tres supuestos en los que juez debe ordenar la continuación³⁴ del procedimiento, rechazando así la petición de suspensión mediante el correspondiente auto motivado, que sólo puede ser objeto de recurso de reposición³⁵.

Se trata, en primer lugar, de aquellos casos en los que el solicitante de la suspensión no haya acreditado su situación de vulnerabilidad social y/o la carencia de alternativa habitacional para sí mismo o para alguna de las personas vulnerables que tiene a su cargo, supuesto en el que el lanzamiento no supone un especial peligro frente a la COVID-19, que es la necesidad que justifica el régimen excepcional del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020.

En segundo lugar, tampoco procederá decretar la suspensión del procedimiento cuando el solicitante no tuviera legitimación activa para instarla *conforme a lo señalado en el apartado 2 de este artículo* (es decir, porque no reúne las circunstancias económicas señaladas en el art. 5.1 a) del RD-ley 11/2020). En realidad, no se trata de un supuesto de falta de legitimación activa, sino de falta de acreditación de la vulnerabilidad económica del solicitante, que debe estar presente en todo caso junto a su vulnerabilidad social.

Por último, se debe denegar la suspensión cuando el Juez observe que concurre alguna de las causas absolutas de exclusión conforme a lo dispuesto en el art. 1 *bis*.6. (por ejemplo, porque la vivienda «okupada» pertenece a una persona física que no es titular de más de 10 viviendas)³⁶.

En todos estos casos el propietario podrá hacer valer su derecho a través de un incidente de suspensión extraordinario y contradictorio, puesto que no parece posible en el marco de un proceso civil que se acuerde una suspensión inicial *inaudita parte* sometida a una ulterior ratificación o alzamiento por parte del juzgador que la decretó³⁷.

³² En cualquier caso, es claro que dicho plazo no es preclusivo, el juez deberá tener en cuenta el informe siempre que llegue antes del día límite para su valoración, hasta el momento inmediatamente anterior a dictar el auto donde se acuerde la suspensión o la continuación del procedimiento. Así lo señalan Carrasco y Córdón Moreno, 2021:6 del documento en formato PDF.

³³ En este último sentido, *vid.* Carrasco y Córdón, 2021:5 del documento en formato PDF.

³⁴ El procedimiento no se debe en rigor «reanudar», porque no se ha suspendido, de ahí que se emplee el término «continuación».

³⁵ Así lo señalan Carrasco y Córdón, 2021:4 del documento en formato PDF.

³⁶ En la práctica no será posible que el Juez decrete la continuación del procedimiento si aprecia que existe también una especial situación de vulnerabilidad en el propietario de la vivienda «okupada». El art. 1.4 del RD-ley 11/2020 contempla esta posibilidad para el caso de arrendamiento, pero en este caso la suspensión sólo cabe si el propietario es una persona jurídica o una persona física que es titular de más viviendas.

³⁷ Así lo señalan Carrasco y Córdón, 2021:4 del documento en formato PDF.

El párrafo segundo del art. 1 *bis*.2 reitera que el Juez deberá tomar su decisión «*previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto*». La norma señala dos criterios de valoración a los que el Juez debe atender de manera preferente para determinar la proporcionalidad de la medida de suspender el procedimiento.

Se trata, en primer lugar, de revisar si la entrada o permanencia en el inmueble está motivada por una situación de *extrema necesidad*, para lo que el Juez deberá tener especialmente en cuenta el informe de los servicios sociales. Será a estos efectos requisito ineludible para apreciar la extrema necesidad la falta de una alternativa habitacional viable, como ya se ha señalado, pero el Juez podrá recurrir a otros indicios que acrediten dicha situación, como puede ser la existencia de enfermedad física o mental, adicciones o cualquier otra característica de las personas vulnerables que han «okupado» la vivienda que incremente de manera objetiva la necesidad de contar con una residencia permanente, hasta poder ser considerada como «extrema».

En segundo lugar, se debe atender *al grado de cooperación* de los habitantes de la vivienda con las autoridades competentes en la búsqueda de soluciones para una alternativa habitacional, de modo que se podrá continuar el procedimiento frente a quienes estén tratando de prolongar la ocupación ilícita con su pasividad o falta de interés frente a los requerimientos de los servicios sociales que están procurando encontrar una alternativa habitacional para ellos.

Ello es coherente con que, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1 *bis*.5, durante la vigencia de la suspensión las administraciones públicas deben intentar satisfacer la necesidad habitacional de la persona en situación de vulnerabilidad de acuerdo con lo indicado en el informe de los servicios sociales, o buscando otras alternativas que consideren adecuadas. Si consiguen satisfacer dicha necesidad deberán comunicarlo *inmediatamente* al Tribunal competente, de manera que el Juez dicte auto en el plazo máximo de tres días acordando el levantamiento de la suspensión del procedimiento y el correspondiente lanzamiento.

II.4.2. La vía penal

Como ya se ha señalado, las previsiones procedimentales del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 estaban únicamente pensadas para procedimientos civiles, puesto que proceden de la redacción del RD-ley 37/2020, y el caso de la «ocupación pacífica» perseguible en vía penal se añadió posteriormente a través del RD-ley 1/2021.

Con todo, la práctica totalidad de estas reglas procedimentales pueden aplicarse a mi juicio *mutatis mutandis* a la posible suspensión del desalojo decretado en una condena penal por «ocupación pacífica» de inmuebles del art. 245.2 CP. Así, ocurre, en especial, con la falta de un plazo preclusivo para solicitar la suspensión; con la necesidad de acreditar ante al Juez la condición de persona vulnerable a los efectos del art. 1 bis del RD-ley 11/2020; con la necesidad de que exista un informe de los servicios sociales y su falta de carácter vinculante para el Juez; con los casos en los que el Juez debe rechazar la petición de suspensión del art. 1 bis.5 y con los criterios que deben informar la decisión del Juez de acuerdo con el párrafos segundo del art. 1.bis.2.

Resulta posible, además, plantearse si cabe solicitar la suspensión cuando se haya decretado el desalojo como medida cautelar en el seno de un procedimiento penal del art. 245.2 CP³⁸. Dicha vía es un instrumento especialmente útil para recuperar la posesión de la vivienda ilícitamente usurpada, en la medida en que el Fiscal puede solicitar el desalojo incluso a partir del atestado judicial que entra en el juzgado de guardia o de una denuncia presentada en la propia Fiscalía, siempre que cuente con datos suficientes y se den los requisitos generales exigidos en la legislación procesal penal para tomar esta medida cautelar (es decir, *fomus boni iuris*³⁹, *periculum in mora* y proporcionalidad de la medida)⁴⁰.

En la Instrucción núm. 1/2020 de la Fiscalía General del Estado⁴¹ se precisa que la medida resultará en principio adecuada con carácter general cuando el titular del inmueble sea una persona *física* (aunque en nuestro caso será titular de más de diez viviendas), una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad pública sin ánimo de lucro, en claro paralelismo con lo dispuesto en el art. 250.1-4º, párrafo segundo LEC.

³⁸ La provisión de la medida cautelar es posible en este caso porque aunque las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que establecen el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves no prevé expresamente esta posibilidad, se admite por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales como diligencia del art. 13 LECrim que resulta necesaria para tutelar el bien jurídico protegido por el tipo penal (que en este caso es el disfrute pacífico y sin perturbaciones del *ius possidendi* sobre la vivienda vacía). Cabe por tanto que en el delito de ocupación pacífica del art. 245.2 CP el Juez adopte como medida cautelar el desalojo y la restitución de la vivienda objeto del delito a su legítimo titular. Vid la Instrucción núm. 1/2020, de la Fiscalía General del Estado, p. 14-15.

³⁹ Aquí el *fumus* concurrirá prácticamente siempre, en la medida en que sólo será necesario verificar que existen indicios sólidos de la ejecución del delito, lo que será fácil de comprobar en la práctica.

⁴⁰ Vid. la Instrucción núm. 1/2020, de la Fiscalía General del Estado, p. 13-14. La Instrucción aclara que la medida cautelar puede ser solicitada por el Fiscal también en cualquier momento del procedimiento penal, incluyendo el de la celebración del juicio oral.

⁴¹ BOE de 25 de septiembre.

Pero en esta misma Instrucción también se señala que si (como es nuestro caso) la vivienda está deshabitada o no se encuentra en proceso de comercialización o reforma para permitir su futuro uso la medida cautelar no debe solicitarse por la fiscalía de forma automática, siendo necesario que concurran «otras circunstancias» que aconsejen su adopción (como podría ser, por ejemplo, un riesgo grave de deterioro de la vivienda).

Con todo, en la Instrucción no se descarta que el Fiscal pueda solicitar cautelarmente el desalojo incluso en el caso en el que la víctima de la usurpación sea una persona *jurídica* de derecho privado y estemos ante una vivienda vacía, siempre que se constate por las circunstancias del caso un «efectivo riesgo de quebranto relevante de los bienes jurídicos» de dicha persona jurídica⁴². Lo que sin duda será el caso si hay evidente riesgo de devastación del inmueble.

Debe tenerse en cuenta, además, que en el juicio de proporcionalidad que el Juez penal debe llevar a cabo cuando decide ordenar la medida cautelar no sólo deben contraponerse los derechos del propietario víctima del delito con los de los ocupantes, sino también los de los vecinos y/o colindantes a los que la ocupación ilícita les pueda suponer un perjuicio directo en el disfrute de sus derechos. Cabe, por tanto, que la medida cautelar se considere proporcionada incluso cuando hay personas especialmente vulnerables, como ocurre en nuestro caso.

Con todo, no parece que la suspensión que se prevé en el art. 1 *bis* del RD-Ley 11/2020 tenga un sentido práctico en relación con esta medida cautelar en los procesos de «ocupación pacífica». Y ello porque en la Instrucción núm. 1/2020 expresamente se prevé que cuando el Fiscal solicite como medida cautelar el desalojo de quienes han «usurpado pacíficamente» la vivienda deshabitada debe dar a la vez traslado a los servicios sociales si entiende que existe una situación de especial vulnerabilidad en los ocupantes (se citan situaciones de «claro desamparo, menores, personas con discapacidad, etc.). Y el Fiscal no puede solicitar la ejecución de la medida cautelar que, en su caso, conceda el Juez hasta que los Servicios Sociales adopten «*con carácter*

⁴² Se señala en la Instrucción 1/2020 que (p. 17) que: «*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*».

necesariamente previo al desalojo»⁴³ las medidas oportunas para la protección de estas personas, «proveyendo en su caso las soluciones residenciales que procedan».

III. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE LOS DESAHUCIOS O LANZAMIENTOS EN CASO DE «OCUPACIÓN PACÍFICA» DE INMUEBLES

Es evidente que la redacción del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 que surge de la disposición final primera del RD-ley 1/2021 resulta llamativa, en la medida en que permite al Juez detener el juicio de desahucio o el lanzamiento en la vía penal en un caso en el que quienes se benefician de forma directa de la suspensión no sólo han cometido un ilícito penal al acceder a la vivienda «okupada», sino que lo siguen cometiendo en el momento en el que solicitan la suspensión, al mantenerse ilegalmente en la posesión del inmueble. Resulta, asimismo, llamativo que ello se haga por parte del Gobierno a través del instrumento del RD-ley.

De ahí que esta extensión de la posibilidad de suspender el lanzamiento a los casos de «ocupación pacífica» de viviendas plantee diversas cuestiones desde el punto de vista constitucional. Ello explica que diversos incisos del preámbulo del RD-ley 1/2021, así como su disposición final primera (que es la que introduce este supuesto en el art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020) fueran objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 998-2021, promovido por el Grupo Popular en el Congreso⁴⁴. Además, esta misma disposición final primera ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad n.º 2222-2021, promovido por el Grupo Parlamentario VOX en el Congreso⁴⁵.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el contenido la disposición impugnada en ambos recursos se integra en el régimen general del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020, redactado por el RD-ley 37/2027, y ha sido objeto de tres prórrogas ulteriores mediante los Reales Decretos-leyes 8/2021, 16/2021 y 21/2021. Creo que es conveniente, por tanto, hacer un análisis más amplio de la cuestión que incluya las cinco normas para dar una respuesta lo más completa posible.

A estos efectos debe partirse del hecho de que, de acuerdo con el art. 86.1 CE, la potestad legislativa del Gobierno (que se ejercita a través del instrumento del RD-ley) tiene un carácter eminentemente excepcional y provisional.

⁴³ *Vid.* la Instrucción núm. 1/2020, de la Fiscalía General del Estado, p. 18.

⁴⁴ BOE de 23 de marzo.

⁴⁵ BOE de 27 de mayo.

De ahí que el TC haya establecido de manera constante la doctrina —así, entre las más recientes, las SSTC 134/2021⁴⁶, 111/2021⁴⁷, 110/2021⁴⁸, 16/2021⁴⁹, 14/2020,⁵⁰ y 105/2018⁵¹— que es necesario verificar que existe un «caso de extraordinaria y urgente necesidad» que justifica el recurso al RD-ley, considerado en su integridad o como acto unitario de legislación. Si no existe legitimidad constitucional para utilizar este instrumento normativo por parte del Gobierno debe concluirse que la totalidad de la norma resulta inconstitucional y, por tanto, nula, de manera que no procede el análisis de la constitucionalidad de algunas de sus disposiciones en concreto.

Si lo que se impugna ante el TC es el RD-ley considerado en su integridad el Tribunal Constitucional comprueba la existencia de dos elementos. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la explicación explícita y razonada por parte del Gobierno de los motivos que justifican la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad que precisa el recurso al RD-ley⁵².

Además, en segundo lugar, debe comprobarse la existencia de una conexión lógica («conexión de sentido», en la terminología constitucional) entre la situación de urgencia definida por el Gobierno y las medidas concretas adoptadas para afrontar dicha situación.

Sin embargo, cuando el recurso de inconstitucionalidad se proyecta sobre una o varias de las disposiciones concretas de un RD-ley, según la doctrina del TC lo que hay que verificar es si la situación de urgencia y necesidad concurre tanto en relación con el RD-ley como acto unitario de legislación como específicamente en el precepto o preceptos impugnados⁵³ (SSTC 110/2021, FJ 4, 111/2021, FJ 5, 150/2017⁵⁴, FJ 6; 170/2012⁵⁵, FJ 3;

⁴⁶ ES:TC:2021:134, FJ 3.

⁴⁷ ES:TC:2021:111, FFJJ 4 y 5.

⁴⁸ ES:TC:2021:110, FFJJ 4 y 5.

⁴⁹ ES:TC:2021:16, FFJJ 3 y 4.

⁵⁰ ES:TC:2020:14, FFJJ 2 y 4.

⁵¹ ES:TC:2018:105, FJ 3.

⁵² La argumentación y motivos que, a juicio del Gobierno, justifican la necesidad de actuar por la vía de la legislación urgente puede contenerse en la exposición de motivos o preámbulo del RD-ley, en el debate parlamentario de convalidación o incluso en el expediente de elaboración de la norma (SSTC 134/2021; 111/2020, 110/2021, entre otras). Si dicha motivación no existe, es notoriamente insuficiente por consistir en una mera apelación a fórmulas genéricas, estereotipadas o rituales o es claramente abusiva o arbitraria el TC puede rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante para el uso del Real Decreto Ley (*vid.* entre otras, las SSTC 134/2021, FJ 3; 110/2021, FJ 6; 156/2015, FJ 5, 242/2021, FJ 3 y 18/2016, FJ 3).

⁵³ Con todo, resulta posible que una disposición en concreto cuente con una causa habilitante específica y distinta a la que se apreció por el Gobierno para la aprobación, como acto unitario de un RD-ley concreto (SSTC 111/2021, FJ 6 y 110/2020, FJ 8).

⁵⁴ ES:TC:2017:150.

⁵⁵ ES:TC:2012:170.

31/2011⁵⁶, FJ 4; 137/2011⁵⁷, FJ 5 y 29/2015⁵⁸, FJ 3). Resulta necesario, además, verificar que existe una «conexión de sentido» (es decir, una vinculación específica) entre la situación que se ha definido como extraordinaria y urgente y la medida adoptada en la disposición o disposiciones impugnadas para afrontar dicha situación.

III.1. El RD-ley 37/2020

El análisis de constitucionalidad al que nos enfrentamos exige, en primer lugar, afrontar la redacción originaria del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020, que proviene del art. 1, apartado dos, del RD-ley 37/2020.

Dicho RD-ley establece la estructura normativa en la que se integró la modificación introducida apenas unos días después por el RD-ley 1/2021 en relación con la posibilidad de suspender el procedimiento también en los casos de «ocupación pacífica» de viviendas, de modo que si concluimos que la introducción de este art. 1 *bis* en nuestro Ordenamiento jurídico se llevó a cabo sin respetar lo dispuesto en el art. 86.1 CE, siendo por tanto inconstitucional y nula, no resulta necesario pronunciarse sobre las modificaciones que se introdujeron en su redacción a través del RD-ley 1/2021 ni por las sucesivas prórrogas del régimen de suspensión previstas en los reales decretos leyes 8/2021 y 16/2021.

De acuerdo con la doctrina antes expuesta, para valorar la compatibilidad de un RD-ley —considerando en su integridad o como acto unitario de legislación— con el art. 86.1 CE es necesario, en primer lugar, valorar la existencia de una «extraordinaria y urgente necesidad» para promulgar el RD-ley 37/2020.

Pues bien, en mi opinión la motivación que se contiene en la exposición de motivos de esta norma es suficiente para acreditar la existencia del presupuesto que habilita al Gobierno para el uso del instrumento del RD-ley conforme al art. 86.1 CE. En dicha exposición de motivos el Gobierno argumenta que su contenido trata de dar respuesta a una situación de extraordinaria y urgente necesidad en materia de vivienda y transportes planteada por la pandemia de la COVID-19⁵⁹, pandemia que provocó una crisis sanitaria, social y económica sin precedentes en España.

⁵⁶ ES:TC:2011:31.

⁵⁷ ES:TC:2011:137.

⁵⁸ ES:TC:2015:29.

⁵⁹ Se señalaba que «*En este contexto, es preciso seguir avanzando a través de soluciones efectivas, ponderadas y equilibradas para asegurar la protección social de las personas y hogares en el ámbito de la vivienda y utilizar para ello el instrumento jurídico del RD-ley ya que el requisito de extraordinaria necesidad y la urgencia de las medidas se apoyan y justifican en sólidos motivos. El primer motivo de urgencia y necesidad de las medidas deriva de la combinación de una situación sociosanitaria sin*

Confirma dicha apreciación el análisis de la doctrina del TC en la materia. A estos efectos resulta especialmente relevante acudir a las SSTC 110/2021⁶⁰ y 111/2021⁶¹, ambas de 13 de mayo de 2021, que son las primeras que resuelven los recursos planteados ante el TC en relación con el largo rosario de reales decretos-leyes promulgados para atajar las consecuencias de la pandemia durante el último año y medio.

En la STC 110/2021, y aunque el objeto principal del recurso se refería a la disposición final segunda del RD-ley 8/2020, que modificó la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia para incluir en ella al entonces Vicepresidente del Gobierno, lo relevante a mi juicio es que el TC acepta sin oponer objeción alguna los argumentos aportados por el Gobierno en relación con la situación de extraordinaria y urgente necesidad del RD-ley considerado en su totalidad⁶² (aunque ni la necesidad urgente provocada por la pandemia ni la conexión de sentido estuvieran presentes a juicio del Tribunal en relación con la concreta disposición impugnada⁶³). Así, el TC señala en su sentencia (FJ 5) que:

«Son patentes, en primer lugar, las razones en general aportadas por el Gobierno para justificar la adopción de este RD-ley, intitulado de «medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19» y dictado tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por esa misma

precedentes en nuestro país, que ha llevado a declarar el estado de alarma, y que ocasiona las más graves consecuencias en la salud de las personas, con la difícil situación económica y social por la que atraviesan un gran número de hogares, que pueden verse abocados a perder la vivienda en la que residen en el contexto de la pandemia, tratándose de una situación ante las que los poderes públicos deben actuar, activando todos los instrumentos de política social y de vivienda a su disposición. Y, el tercer elemento que da fundamento a la urgencia y necesidad de las medidas es el mantenimiento en los últimos años, según los datos del Consejo General del Poder Judicial, de un número de desahucios y lanzamientos ante el que es preciso adoptar medidas inmediatas con objeto de reforzar la coordinación entre los órganos judiciales y los servicios sociales competentes, de modo que se asegure la protección de las personas más vulnerables desde el punto de vista social y económico, a las que deben ofrecerse medidas de apoyo para superar su situación».

⁶⁰ La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinadas disposiciones del RD-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁶¹ En ella se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversas disposiciones del RD-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo

⁶² De ahí que el TC concluya el FJ 5 de la sentencia que: *«Es suficiente con lo anterior para dejar constancia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que el Gobierno apreció y justificó, con alcance general, al dictar este RD-ley; situación que este tribunal no puede sino reconocer y compartir».*

⁶³ Se señala a este respecto en la sentencia (FJ 7) que *«No resulta posible determinar qué razonable conexión de sentido pudiera existir entre, de una parte, las circunstancias y necesidades de emergencia desencadenadas a raíz de la pandemia y, de otra, la parcial reordenación de la composición de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia; cuyas funciones propias (apartados 1 y 4 del artículo 6 de la Ley 11/2002) no guardan relación alguna con los motivos y finalidades que llevaron al dictado del RD-ley 8/2020, ni resultan afectadas por la disposición impugnada».*

pandemia; disposición; esta última, a la que el RD-ley hace de continuo referencia. *Ni los recurrentes ponen en entredicho tal justificación de conjunto, ni la misma ha sido de otro modo controvertida en el presente proceso; ni este tribunal puede dejar de reconocer la situación de emergencia (sanitaria, social y económica) que estuvo en el origen de este RD-ley*, sin que constatarlo así suponga, claro es, anticipar cosa alguna, en términos jurídico-constitucionales, sobre la validez de las medidas incorporadas a su texto.

El preámbulo del RD-ley se extiende sobre tales circunstancias de emergencia, y pormenoriza los objetivos a los que en general se orientan las medidas que establece, objetivos cifrados (apartado I), en «reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables», en «apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo» y en «reforzar la lucha contra la enfermedad»; todo ello en el contexto de la pandemia que se sufre y de sus consecuencias inmediatas. [el énfasis es propio]

Un razonamiento casi idéntico a éste se contiene en la STC 111/2021, en donde el TC afirma con toda claridad en cuanto a la motivación que justifica el uso del RD-ley (considerado de manera unitaria) que:

«Ni los senadores recurrentes ponen en cuestión esa justificación de conjunto del RD-ley 15/2020 (antes bien, la comparten de modo expreso), ni este tribunal puede dejar de constatar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que el Gobierno apreció y explicitó, con carácter general, al aprobar ese decreto-ley, en los términos indicados».

Se trata de una doctrina que es directamente trasladable a nuestro caso, de modo que se puede constatar la existencia una explicación suficiente por parte del Gobierno sobre la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad provocada por la pandemia que hacía la necesaria la adopción de medidas en materia de transporte y de vivienda ante situaciones de especial vulnerabilidad (como se señala en el mismo título de la norma).

Como ya hemos señalado, cuando lo que nos planteamos es si la existencia de una situación de «*extraordinaria y urgente necesidad*» se proyecta sobre una disposición en concreto es necesario verificar si la situación de urgente necesidad *también* se justifica en el caso concreto del precepto impugnado (esto es, en relación con el art. 1, apartado dos, del RD-ley 37/2020).

En mi opinión ello es así, puesto que, en la exposición de motivos de la norma, aunque de forma muy concisa, se aporta una explicación suficientemente *explícita y razonada* del motivo que, *a juicio del Gobierno*, aconsejan el uso del RD-ley en este caso específico.

Así, se señala en dicha exposición de motivos que:

«En segundo lugar, se introduce un nuevo artículo 1 bis en el referido RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, con objeto de dar respuesta a las situaciones en las que los procedimientos de desahucio y lanzamiento afectan a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, en los que se atribuye al Juez la facultad de suspender el lanzamiento, previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto y las circunstancias, *hasta que los servicios sociales competentes puedan ofrecer las soluciones más adecuadas que hagan frente a la carencia de una vivienda digna, en el contexto de la excepcionalidad del estado de alarma*». [el énfasis es propio].

También creo que, a la luz de la doctrina del TC, las medidas que se incorporan en la redacción del art. 1 bis del RD-ley 11/2020 a través de este art. 1., apartado 2 del RD-ley 37/2020 tienen una «conexión de sentido» (es decir, una conexión lógica) con la situación de urgente necesidad en materia de vivienda provocada por la pandemia de la COVID-19.

Es especialmente relevante a nuestros efectos el precedente de la STC 14/2020⁶⁴, que resolvió un caso similar a este, el del Real-Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. En dicha sentencia, e incluso en un momento previo a la pandemia, el TC entendió que la excepcional situación económica y social entonces existente permitía las modificaciones que dicho RD-ley introdujo en el régimen de desahucios de la LEC.

Y debe recordarse que una de las medidas tomadas por el legislador en aquel momento se refería precisamente a la suspensión obligatoria del procedimiento de desahucio por falta de pago de la renta por tiempo de uno o tres meses (según el arrendador fuera persona física o jurídica) hasta que los servicios sociales tomaran una decisión sobre la posible situación de vulnerabilidad del arrendatario⁶⁵.

Sobre la adecuación de dicha medida al art. 86.1 de la Constitución el TC se limitó a señalar que:

«No es misión de este Tribunal comprobar o enjuiciar la utilidad o eficacia práctica de la reforma, o la suficiencia del régimen anterior. Solamente se nos plantea su «conexión de sentido» con la situación de extraordinaria y urgente necesidad previamente descrita (situación económica apurada, desprotección de arrendatarios y reducción de los desahucios practicados por este motivo). Y como esa conexión existe, el recurso debe ser desestimado en este punto».

En nuestro caso se prevé una suspensión temporal de los desahucios o lanzamientos para proteger a colectivos vulnerables frente a la pandemia de la COVID-19, de modo

⁶⁴ ES:TC:2020:14.

⁶⁵ A tal efecto se añadió de un nuevo apartado 5 al art. 441 LEC.

que existe una clara conexión o relación de congruencia entre la situación de urgente necesidad definida y la medida adoptada⁶⁶.

III.2. El RD-ley 1/2021

De acuerdo con la doctrina consolidada del TC (*vid.*, por todas, las STC 134/2021, FJ 4, con cita de otras) en los supuestos en que se plantean de manera simultánea cuestiones relativas al respeto de los límites materiales en relación con una disposición de un RD-ley y la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad se debe comenzar el análisis por la cuestión de si de la norma impugnada respecta los requisitos materiales constitucionalmente previstos en el art. 86.1 CE. Y ello porque solo en el caso de que se entienda que dichos límites han sido respetados tendría sentido examinar la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad». Ese será también, por tanto, el orden de mi análisis en relación con el RD-ley 1/2021.

III.2.1. *Inexistencia de vulneración de los límites materiales del RD-ley en la disposición final primera del RD-ley 1/2021*

Resulta ciertamente discutible si la extensión de la posibilidad de suspender el procedimiento de desahucio o el lanzamiento también a los casos de «ocupación pacífica» de viviendas que se prevé en la disposición adicional final primera del RD-ley 1/2021 «afecta» al contenido esencial del art. 33 CE, lo que iría en contra de lo dispuesto en el art. 86.1 CE.

Y ello porque es evidente que quien realiza un acto de estas características está privando al propietario del uso de la vivienda con una conducta que es expresamente

⁶⁶ La posterior declaración de nulidad de algunos artículos (7, 9, 10 y 11) del real decreto que decretó el «primer estado de alarma» (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) y de algunas de sus prórrogas (en concreto, las de los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril mediante la STC148/2021, de 14 de julio de 2021 (ES:TC:2021:148) no altera a mi juicio dicha conclusión. El estado de alarma no es sino un mecanismo más (aunque sea de importancia trascendental, al incidir sobre derechos fundamentales) para hacer frente a la pandemia. Lo que justifica el uso del instrumento normativo del RD-ley no es la vigencia del estado de alarma, sino la existencia de una situación fáctica extraordinaria, la necesidad de dar respuesta a dicha necesidad de modo urgente y el requisito de que exista una conexión lógica entre la situación que se pretende afrontar y la medida tomada con urgencia por la vía del RD-ley, circunstancias todas ellas que se dan a mi juicio en nuestro caso. Por este mismo motivo, no creo que debe alterar el juicio sobre la constitucionalidad del texto la sentencia de 27 de octubre de 2021 (sin número asignado en el momento de redactar estas líneas) en el recurso de inconstitucionalidad sobre la nulidad de algunos preceptos de las «prórrogas del estado de alarma». La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 5342-2020 contra distintos preceptos del Decreto 926/2020, de 25 de octubre y contra varios apartados de la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por dicho Real Decreto. También se recurren distintos preceptos del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.

tipificada como delito en nuestro Ordenamiento jurídico, conducta que frecuentemente se lleva a cabo, además, a través de grupos organizados o «mafias» que se sirven de menores u otras personas vulnerables para perpetrar el delito.

Ello implica no sólo un vaciamiento temporal del contenido del derecho del propietario, sino también que este tenga que seguir haciendo frente a las cargas y gastos derivados de la titularidad. Es además frecuente en la práctica que el propietario sufra las consecuencias del deterioro acelerado de la vivienda que se suele producir en estos casos. En este sentido, la suspensión del procedimiento civil o penal no hace sino prorrogar (por hipótesis, hasta casi 10 meses) esta situación perjudicial para su derecho.

Se trata de una cuestión compleja, pero ya adelanto que, en mi opinión, la medida de suspender el juicio verbal de tutela sumaria de la posesión (en sus modalidades «ordinaria» o «exprés») o el lanzamiento decretado en el marco de un proceso penal derivado de la «ocupación pacífica» de una vivienda deshabitada es compatible con la doctrina que ha establecido el Tribunal Constitucional en casos similares.

Estamos ante un supuesto en el que el Gobierno ha estimado que el lanzamiento de la vivienda «okupada» en las circunstancias sociales y sanitarias vigentes en aquel momento perjudicaría de forma muy importante a personas especialmente vulnerables, estableciendo un equilibrio de derechos en los que se sacrifican temporalmente los del propietario para proteger otros intereses, en especial el derecho a la salud de personas que no tienen una alternativa habitacional⁶⁷.

Para ello resulta esencial resaltar que, como hemos explicado ya en el presente trabajo, el legislador ha tratado de modular el impacto que la suspensión provoca en los propietarios estableciendo un elenco de restricciones muy detalladas para que dicha suspensión pueda ser decretada por el Juez, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el ángulo temporal y procedimental. Son estas cautelas las que garantizan que la suspensión del procedimiento sólo pueda producirse en el caso de personas realmente vulnerables y en circunstancias muy concretas de *extrema necesidad*.

También debe recordarse que la paralización temporal del desahucio o del lanzamiento es independiente de las consecuencias penales que correspondan en su caso

⁶⁷ Otra cosa es si el derecho a una indemnización o compensación pecuniaria para dichos propietarios en los casos en los que se efectivamente se decretó la suspensión es suficiente y adecuado, cuestión que, sin embargo, merece un análisis separado al haberse establecido un sistema de compensación en cierta medida común para los arts. 1 y 1 *bis* del RD 11/2020 a través de lo dispuesto, como se hace en el siguiente apartado del presente trabajo.

por la usurpación ilícita del inmueble, que no se ven afectadas. No se trata, por tanto, de «legalizar la ocupación», ni de mitigar la pena que corresponde a quien ilícitamente usurpa el inmueble, sino de tener en cuenta de manera transitoria el especial estado de necesidad y vulnerabilidad que puede concurrir en quien lleva a cabo dicha usurpación mientras existe una situación de emergencia sanitaria.

La conclusión que acabo de avanzar se confirma si realizamos un rápido recorrido por la doctrina del TC en supuestos similares al nuestro, en donde se discute la posible existencia de una intromisión excesiva en el derecho de propiedad en relación con medidas en materia de vivienda dictadas a través del instrumento del RD-ley.

Dicha doctrina ha establecido un umbral muy elevado para determinar en qué supuestos existe una verdadera «afectación» al derecho del art. 33 CE que hace inconstitucional el uso del RD-ley por parte del Gobierno.

En esta materia las sentencias más relevantes son las SSTC 134/2021, 93/2015⁶⁸ y 16/2021, y aunque estas dos últimas se refieren a decretos-leyes de ámbito autonómico, establecen una doctrina que es aplicable también a nuestro caso.

En la STC 134/2021 [FJ 4 b)] se recapitula la doctrina del TC sobre el término «afectar» del art. 86.1 CE, resaltando que la restricción que se introduce en el texto constitucional tiene que ser objeto de interpretación estricta. El Tribunal añade, además (con cita de las SSTC relevantes) que lo que le está vedado al decreto-ley es la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE, o que se vaya en contra del *contenido o elementos esenciales* de alguno de tales derechos. Ello implica que el decreto-ley no puede alterar ni *el régimen general* ni los *elementos esenciales* de los derechos, deberes y libertades del título I CE, lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate.

Dado que en nuestro caso no se plantea una alteración del régimen general de lo dispuesto en el título I CE, nuestro análisis debe ceñirse a si existe una afectación a los elementos esenciales o al contenido esencial del derecho de propiedad previsto en el art. 33 CE, teniendo en cuenta la configuración constitucional de este derecho y el alcance concreto de las restricciones que impone al propietario la disposición final primera del

⁶⁸ ES:TC:2015:93.

RD-ley 1/2021. Y para dicho análisis las SSTC 93/2015 y 16/2021 resultan de la máxima utilidad.

En la STC 93/2015 se impugnaron tres preceptos del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, que establecían que «*forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*» (art. 1.3); que contenían una definición de «vivienda deshabitada» ligada a esta obligación legal de destinarla a habitación (art. 25) y que tipificaban como infracción administrativa muy grave la conducta de «*no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos del art. 25*» [art. 53.1 a)].

El TC decreta la existencia de una intromisión excesiva de la normativa andaluza recurrida en el derecho de propiedad por la intensidad con la que dicha normativa incidía en el contenido esencial del art. 33 CE, lo que resulta incompatible con lo dispuesto en el art. 86.1 CE.

El TC señaló, en especial (FJ 13) que el art. 1.3 del Decreto-ley controvertido:

« [...] más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad», de donde se concluye que «*el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar «afectación» del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley*». [el énfasis es propio]

En la reciente STC 16/2021, por su parte, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra dos Decretos-leyes del Gobierno de la Generalidad catalana (el Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda y el Decreto-ley 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior).

La sentencia declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos por entender que se está afectando al contenido esencial del Derecho de propiedad. Así, se establecía que mantener vacía una vivienda suponía un incumplimiento de la función social de la propiedad que habilitaba a la administración catalana para requerir al propietario para su ocupación efectiva, imponerle multas coercitivas con un importe total máximo de hasta el 50% del valor estimado de la vivienda, sancionarle con multas de entre 90.001 y 900.000 € o incluso expropiarle la vivienda.

Se establecía además la obligación para los «grandes tenedores» (personas físicas y jurídicas titulares de más de quince viviendas), de ofrecer un alquiler social con precio limitado a los ocupantes de una vivienda antes de emprender contra ellos acciones judiciales de desahucio, ejecución hipotecaria y otras análogas⁶⁹.

Consideradas en su conjunto, el TC entiende (FJ 5 f) que estamos ante normas que *«regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad»*, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino *que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos* –obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social– que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la administración y *cuyo incumplimiento habilita a esta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda»* [el énfasis es propio].

Es claro, por tanto, que el TC ha realizado una interpretación muy estricta de los casos en los que hay auténtica «afectación» al derecho de propiedad del art. 33 CE por parte de un decreto-ley. Se trata de supuestos en los que la norma incide en el mismo núcleo del derecho de propiedad, vaciándolo total o parcialmente de su contenido al restringirlo a un uso puramente habitacional (STC 93/2015) o imponiendo restricciones de la máxima intensidad en las facultades del *dominus*, que pueden llegar incluso a la privación de la titularidad por vía de expropiación (STC 16/2021).

Por el contrario, la normativa que ahora examinamos se limita a suspender temporalmente el procedimiento civil o penal, retrasando así el momento en el que el propietario puede recuperar el goce de su vivienda, pero estableciendo también una serie de cautelas y requisitos materiales y procedimentales que restringen esta posibilidad a casos muy concretos⁷⁰.

⁶⁹ Vid. STC 16/2021, FJ 1.

⁷⁰ Estoy de acuerdo por tanto en esto con el legislador del RD-ley 8/2021, que señala a este respecto que *«La práctica totalidad de sus preceptos, plantean extensiones temporales, puntuales y excepcionales de medidas excepcionales ya adoptadas con anterioridad, bien al amparo o en íntima conexión con la declaración del estado de alarma, bien en íntima conexión con la grave situación crisis ocasionada por las consecuencias de la pandemia del SARS-CoV-2. En particular, en cuanto a la afectación del derecho de propiedad, las medidas prorrogadas encajan en la función social que aquel debe cumplir «entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo» (STC 37/1987, FJ 2.º), por lo que la regulación por medio de real decreto ley no puede entenderse como una afectación que haga desaparecer el derecho, que lo convierta en otra cosa, o que lo haga irreconocible*

La inconstitucionalidad en este caso sólo puede venir, por tanto, del hecho de que realmente no se compense desde el punto de vista económico al propietario afectado, cuestión que, sin embargo, no se regula en esta disposición final primera del RD-ley 1/2021 sino en la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020, como se explica más adelante en el presente trabajo.

De ahí que, en conclusión, no quepa entender que la redacción del art. 1 bis del RD-ley 11/2020 otorgada por la disposición final primera del RD-ley 1/2021 suponga una «afectación» al contenido esencial del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 CE.

III.2.2. La concurrencia del presupuesto habilitante de urgencia y necesidad en relación con la disposición final primera del RD-ley 1/2021

La existencia de una «*extraordinaria y urgente necesidad*» que habilita al Gobierno para utilizar el instrumento del RD-ley se encuentra presente a mi juicio en relación con el RD-ley 1/2021, considerado en su integridad.

La cuestión puede ser discutible, en la medida en que la justificación que utiliza el Gobierno en la exposición de motivos se refiere más bien a la introducción del concepto de «consumidor vulnerable» en el TRLGDCU que se hace a través del art. 1 (que es, en realidad, el objeto principal de la norma⁷¹), y no al caso específico de las modificaciones que se introducen en el art. 1 bis del RD-ley 11/2020 a través de la disposición final primera, que son sin más anunciadas⁷².

Algo similar ocurre si analizamos el debate parlamentario de la resolución de 4 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación de este RD-ley 1/2021⁷³. También en este caso las referencias

(STC 89/1994 de 17 marzo, FJ 5). Se respetan, además, los demás límites materiales del artículo 86.1 de la Constitución, en cuanto que no se regula el régimen general del derecho a la propiedad privada, sino que se modifican temporalmente elementos puntuales del mismo, relativos a la posibilidad de suspensión de procedimientos de desahucios y lanzamientos de vivienda en situaciones de vulnerabilidad, a la prórroga extraordinaria de contratos de arrendamiento vencidos en determinadas circunstancias y a la posibilidad de solicitar, en determinados supuestos, la moratoria o condonación parcial del pago de la renta al arrendatario que se encuentre en situación de vulnerabilidad».

⁷¹ En efecto, existe una explicación breve, pero suficientemente razonada en el apartado I de la exposición de motivos sobre la urgencia que existía para introducir el concepto de «consumidor vulnerable» en el TRLGDCU, citando, entre otros motivos, las graves consecuencias que la pandemia de la COVID-19 podía tener para estos consumidores.

⁷² En efecto, en el apartado II el legislador se limita a afirmar lacónicamente que «Además, el RD-ley incorpora determinadas modificaciones urgentes mediante sus disposiciones finales primera a cuarta. La disposición final primera procede a modificar el RD-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».

⁷³ BOE de 11 de febrero.

se hacen en todo momento a la introducción en el TRLGDCU de la figura de la «*persona consumidora vulnerable*»⁷⁴.

Con todo, creo la exposición de motivos de la norma, que incluye once referencias explícitas a la situación de emergencia que la pandemia ha creado para determinados colectivos vulnerables, es suficiente para dar por probada la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad en el caso concreto del RD-ley 1/2021 (considerado en su integridad o totalidad), en especial si tenemos en cuenta el precedente de las SSTC 110/2021 y 111/2021 y el del propio RD-ley 37/2020, dictado apenas unos días antes que este.

En el caso concreto de la disposición final primera del RD-ley 1/2021 cabe legítimamente cuestionar si se ha justificado adecuadamente la existencia de una «*extraordinaria y urgente necesidad*» de suspender los desahucios y lanzamientos en supuestos de «*ocupación pacífica*» de viviendas a través del instrumento del RD-ley.

Y ello porque la motivación de esta cuestión es ciertamente escasa. En la intervención del ministro de Consumo durante el trámite de convalidación en el Congreso ni siquiera se menciona el porqué de la necesidad urgente de añadir los casos de «*ocupación pacífica*» a los supuestos de suspensión del art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020.

Y en la exposición de motivos del RD-ley 1/2021 las explicaciones son ciertamente escasas. El legislador se limita a señalar que « [...] la modificación del artículo 1 *bis* del Real Decreto 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, que fue introducido mediante el RD-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes deriva de la necesidad de dar cobertura inmediata a las situaciones en las que los procedimientos de desahucio y lanzamiento *afecten a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, incluso en las causas penales en las que el lanzamiento afecte a personas que carezcan de título para habitar una vivienda*». [el énfasis es propio].

⁷⁴ Así, en su intervención en defensa del RD-ley 1/2021, el Ministro de Consumo (señor Garzón Espinosa), se limitó a hacer consideraciones generales vinculadas a la necesidad establecer con carácter urgente una protección para los consumidores más vulnerables con ocasión de la pandemia, lo que el Real Decreto regula en sus arts. 1 y 2 (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 77, de 4 de febrero de 2021, p. 8).

Con todo, me parece que se trata de una motivación suficiente. Se menciona explícitamente la urgencia de la situación («dar cobertura inmediata»), urgencia que sin duda deriva de la pandemia de la COVID-19, lo que se puede deducir del contexto de esta disposición específica. Y el contexto en el que se dicta la norma debe tenerse también en cuenta en el análisis del ajuste de una disposición concreta con el art. 86.1 CE, de acuerdo con la doctrina del TC (STC 134/2021, FJ 5).

También se explicita en el párrafo antes transcrito la «necesidad» de la medida, que es impedir que el desahucio y lanzamiento deje expuestas a la pandemia a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional «incluso en causa penales», derivadas de «ocupación pacífica» de viviendas.

No estamos, por tanto, ante una explicación que quepa calificar de abusiva o arbitraria, o de una «descripción mediante fórmulas rituales o genéricas aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable» (STC 134/2021, FJ 5), sino ante una referencia a una situación concreta

Una vez afirmado que, a mi juicio, el Gobierno ha argumentado de forma suficiente la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad que justifica tanto el RD-ley 1/2021 en su conjunto como el caso específico de su disposición final primera, más clara resulta la existencia de una «conexión de sentido» entre la suspensión del lanzamiento en los casos de «ocupación pacífica» del inmueble y la situación de extraordinaria y urgente necesidad que el Gobierno desea subvertir.

En un contexto de grave emergencia sanitaria como la que existía en el momento en el que se aprobó el RD-ley 1/2021 (en plena «tercera ola» de la pandemia) el lanzamiento suponía someter a personas especialmente vulnerables en un grave riesgo sanitario y social que el legislador desea atajar de manera urgente con la suspensión temporal del procedimiento. La situación de necesidad urgente y la medida tomada mediante la disposición final primera del RD-ley 1/2021 guardan, por tanto, la necesaria relación de congruencia⁷⁵.

III.3. Las prórrogas de la vigencia temporal de las medidas del art. 1 bis del RD-ley 11/2020

⁷⁵ Cabe dudar sin duda del acierto de dicha decisión desde un punto de vista de oportunidad, pero en este ámbito se debe respetar el margen de discrecionalidad política que tiene el Gobierno, que debe tenerse en cuenta al apreciar la concurrencia de resquicio (STC 134/2021, FJ 5).

En mi opinión, las tres prórrogas del régimen que se estableció en el art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 (que afectan también al caso de la «ocupación pacífica» de viviendas deshabitadas) se ajustan a la doctrina del TC en cuanto a los presupuestos habilitantes para el uso del RD-ley (considerado en su totalidad o integridad). Y ello porque en las exposiciones de motivos del RD-ley 8/2021⁷⁶, del RD-ley 16/2021⁷⁷ y del RD-ley 21/2021⁷⁸ se incluyen motivaciones suficientemente razonadas acerca de la conveniencia

⁷⁶ En concreto, en su apartado I se incluye una mención general a que las medidas de emergencia «anticovid» incluidas en los distintos RD-leyes que forman el llamado «escudo social» (y entre otras, las disposiciones incluidas en los reales decretos-leyes 11/2021 y 37/2020 que ahora son objeto de prórroga *«fueron específicamente adoptadas para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica derivadas de las graves consecuencias que en todos los ámbitos, además del sanitario, ha acarreado la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2. Ante esta circunstancia se hace necesario y urgente prorrogar la eficacia temporal de algunas de estas medidas mientras subsistan los efectos negativos de la pandemia, con independencia del fin de la vigencia del estado de alarma, así como adaptar determinadas situaciones jurídicas que se verán afectadas por la finalización de la vigencia del estado de alarma»*).

⁷⁷ En el RD-ley 16/2021 se argumenta que deben prorrogarse las medidas para proteger a las personas especialmente vulnerables hasta el 31 de octubre de 2021 porque *«Estando próxima la fecha de finalización de la vigencia extendida de tales medidas, los indicadores económicos señalan que, conforme a las previsiones, la recuperación económica es una realidad incipiente avalada por los datos, pero aún se encuentra vinculada –en cuanto al ritmo de evolución– a la persistente incertidumbre sobre la evolución de la pandemia a nivel global, con una situación que requerirá combinar vacunación y prevención y que exige una gran dosis de cautela. En particular, esa cautela se ha visto confirmada por el empeoramiento de la situación epidemiológica –la denominada «quinta ola»– que, si bien no alcanza los niveles de emergencia sanitaria de olas anteriores, está ocasionando efectos negativos en sectores clave para la economía española como el turístico o el hostelero que tienen una notable incidencia en el mercado de trabajo, tanto en empleos directos como indirectos»*. Posteriormente se añade que: *«Ante la previsión de que algunas de las medidas contenidas en el RD-ley 8/2021, de 4 de mayo, dejen de surtir efecto el 9 de agosto de 2021, es necesario prorrogar la vigencia de algunas de las iniciativas adoptadas por el Gobierno de España para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica hasta el 31 de octubre de 2021 ante la persistencia de las consecuencias sociales en esta nueva fase de recuperación económica, que determinan que continúe siendo preciso, durante un tiempo limitado, la adopción de acciones paliativas que refuercen la estructura de bienestar social. En consecuencia, se dispone la prórroga del plazo de vigencia de algunas medidas para garantizar el suministro a los consumidores vulnerables de agua, electricidad y gas natural, así como para permitir el acceso al bono social por parte de determinados colectivos en situación de vulnerabilidad económica y para hacer frente en el ámbito de la vivienda a determinadas situaciones de vulnerabilidad»*.

⁷⁸ En el apartado I de la exposición de motivos de este RD-ley se señala que *«Estando próxima la fecha de finalización de la vigencia extendida de tales medidas, los indicadores económicos señalan que, conforme a las previsiones, la recuperación económica es una realidad incipiente avalada por los datos, pero aún se encuentra vinculada –en cuanto al ritmo de evolución– a la persistente incertidumbre sobre la evolución de la pandemia a nivel global, con una situación que requerirá combinar vacunación y prevención y que exige una gran dosis de cautela [...]. En este sentido, diversos indicadores sociales muestran que aún continúa el riesgo de afectación a los sectores más vulnerables de la población, que son los destinatarios principales de las medidas objeto de este real decreto-ley. Además, hay que tener en cuenta que una retirada prematura de la protección otorgada durante la crisis podría sumir a estos colectivos vulnerables en una situación peor incluso que la que han tenido durante la crisis del COVID-19»*. Posteriormente se añaden dos párrafos casi idénticos a los incluidos en la exposición de motivos del RD-ley 16/2021 en relación con la necesidad de prorrogar la vigencia de las medidas adoptadas, aunque actualizando lógicamente las fechas de referencia.

de recurrir a este instrumento normativo para prorrogar la vigencia de las medidas adoptadas en esta materia.

Y entiendo que lo mismo ocurre en relación con las disposiciones concretas que, en cada uno de los respectivos reales decretos-leyes, prolongan la vigencia de la suspensión prevista en el art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020.

En la primera de ellas, la operada mediante el art. 7.2 del RD-ley 8/2021, el legislador argumenta que:

«La grave situación en el ámbito económico y social que están afrontando los hogares en España, y las especiales consecuencias que ello puede tener, de un modo particular, en el ámbito de la vivienda, justifica la extraordinaria y urgente necesidad de la adopción de las medidas propuestas, *teniendo en cuenta el impacto de la crisis sanitaria y de las medidas adoptadas en el contexto del estado de alarma, y la necesidad de salvaguardar la protección de los hogares más vulnerables por un periodo de tres meses más, una vez finalizado el referido estado de alarma*». [el énfasis es propio].

[...]

Además, dada la urgencia requerida en la aplicación de estas medidas, *ante la inminente expiración de la vigencia del estado de alarma el 9 de mayo próximo, resulta claro que, de seguirse el procedimiento legislativo ordinario, aun utilizándose el trámite de urgencia, no se lograría adoptar a tiempo estas **medidas** destinadas a dar la necesaria cobertura jurídica y social a distintas situaciones derivadas de la situación de crisis sanitaria, económica y social ocasionadas por la pandemia del COVID-19, que no cabe vincular exclusivamente a la vigencia del estado de alarma, mientras tales situaciones de crisis, y en ocasiones de especial vulnerabilidad subsistan, al menos durante un periodo de tiempo*». [el énfasis es propio].

En mi opinión, se trata de una motivación suficiente. La existencia de vulnerabilidad frente a la COVID-19 de personas con discapacidad, menores, víctimas de violencia contra la mujer y de quienes tienen a su cargo personas dependientes o menores que no cuentan con una alternativa habitacional existe mientras subsista la pandemia. Y, dado que la posibilidad de suspensión prevista en la redacción del RD-ley 37/2020 tenía un plazo preclusivo que finalizaba el 9 de mayo de 2021, resultaba de «*extraordinaria y urgente necesidad*» su prórroga a través del art. 7.2 del RD-ley 8/2021.

La conexión de sentido o congruencia entre la prórroga y la situación de urgente necesidad resulta, asimismo, clara a mi juicio. Las medidas de protección de las personas vulnerables frente al desahucio o desalojo se prorrogan en la medida en que el Gobierno estima que la pandemia de la COVID-19 va a seguir siendo una amenaza grave para personas vulnerables que no tengan una alternativa residencial.

También resulta suficiente la motivación incluida en el RD-ley 16/2021 sobre la prórroga de la suspensión del procedimiento de desahucio o del acto del lanzamiento que se lleva a cabo a través del art. 2, apartado segundo, del mencionado RD-ley.

Así, en el apartado II de la exposición de motivos se señala de forma específica sobre esta cuestión que:

«En otro orden de cosas, y con objeto de atender a la realidad social y económica de los hogares, el capítulo II extiende hasta el 31 de octubre de 2021 las medidas de protección en situaciones de vulnerabilidad en materia de vivienda establecidas en el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo.

De esta manera, en primer lugar, mediante el artículo segundo se amplía hasta el 31 de octubre de 2021 la suspensión de los procedimientos y lanzamientos de vivienda en situaciones de vulnerabilidad, en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos».

De nuevo estamos ante una motivación escasa, pero, a mi juicio, suficiente para justificar la prórroga de la suspensión. Y existe también una conexión lógica entre dicha necesidad y la medida decretada, que es la prórroga de la vigencia del art. 1 bis del RD-ley 11/2020 hasta el 30 de octubre de 2021.

Por último, en la exposición de motivos del RD-ley 21/2021 se incluye una justificación (apartado II) prácticamente idéntica a la ya empleada por el RD-ley 16/2016⁷⁹. Debe aplicarse aquí también, por tanto, lo que se acaba de señalar en relación con la escasa, pero suficiente, motivación incluida en la norma y con la existencia de una conexión lógica entre la necesidad urgente detectada por el Gobierno y la prórroga decretada.

IV. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA AL PROPIETARIO: INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA DEL RD-LEY 37/2020

Como se acaba de señalar, la extensión mediante RD-ley de la posibilidad de suspender el desahucio o el lanzamiento de personas vulnerables al caso de la «ocupación pacífica» de viviendas no infringe a mi juicio los límites marcados por el art. 86.1 CE.

Sin embargo, para dar validez desde el punto de vista constitucional al esquema legal previsto por el legislador resulta imprescindible que la compensación pecuniaria que se prevé en favor del propietario para los casos contemplados en el art. 1 bis del RD-ley

⁷⁹ Se señala, en concreto, que «en otro orden de cosas, y con objeto de atender a la realidad social y económica de los hogares, el capítulo II extiende hasta el 28 de febrero de 2022 las medidas de protección en situaciones de vulnerabilidad en materia de vivienda establecidas en el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo. De esta manera, se amplía hasta esa fecha la suspensión de los procedimientos de desahucio y lanzamientos en los supuestos y de acuerdo con los trámites ya establecidos (...)».

11/2020 (incluyendo, por tanto, los de «ocupación pacífica») sea real y efectiva. Para ello debería resarcir el daño sufrido por el propietario como consecuencia del auto que decreta la suspensión del procedimiento civil o del lanzamiento en sede penal, auto que prolonga aún más una situación en la que el propietario se ve injustamente privado de su vivienda y que, por tanto, no tiene el deber jurídico de soportar. Ello, sin embargo, no es así en la regulación que se hace de esta cuestión en la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020, como se explica a continuación.

IV.1. La compensación al propietario de la vivienda

El legislador ha previsto que cuando el Juez decrete la suspensión del procedimiento conforme al art. 1 *bis* del RD-ley 11/2020 el propietario pueda reclamar una compensación pecuniaria para resarcir los daños que sufra. Dicha compensación se regula en los apartados 4 a 6 de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020⁸⁰. Se trata de una regulación paralela a la que corresponde en el caso de la suspensión del desahucio en los arrendamientos de vivienda, que se contiene en los apartados 1 a 3 de esta misma disposición adicional.

Así, el apartado 4 prevé que los propietarios de las viviendas afectadas por las medidas adoptadas conforme al artículo 1 *bis* del RD-ley 11/2020 tendrán derecho a solicitar una compensación si se dan dos condiciones de manera simultánea.

La primera de ellas es que durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales no se hubieran adoptado por la Administración competente las «medidas adecuadas» para atender la situación de vulnerabilidad de los ocupantes de la vivienda (lo que incluye, se entiende, la provisión de una alternativa habitacional). Existe, por tanto, una suerte de «periodo de carencia», en donde el legislador entiende que es el particular el que debe soportar el perjuicio patrimonial que se deriva de la suspensión del juicio de desahucio o del acto del lanzamiento.

En segundo lugar, es necesario también que los propietarios acrediten que la suspensión les ha ocasionado un perjuicio económico *al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble* (apartado 4, *in fine*). Con ello se pretende que se supedite la indemnización a la prueba del lucro cesante del propietario, que demostraría dicho lucro cesante probando que, aunque la vivienda

⁸⁰ Dicha norma ha sido posteriormente modificada por en sus apartados 3 y 6 por el art. 8 del RD-ley 8/2021, de 4 de mayo, y en sus apartados 2, 3, 5 y 6 por el art. 3 del RD-ley 16/2021, de 3 de agosto y por el RD-ley 21/2021, de 26 de octubre, para adecuar su redacción a las prórrogas en la posibilidad de suspender el procedimiento que se establecen los citados reales decretos-leyes.

estaba deshabitada, se estaba intentando poner en el mercado para su alquiler o venta en el momento en el que fue «okupada».

En cuanto a la cuantía de la compensación, el apartado quinto de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020 establece que si se acreditara por el propietario de la vivienda la concurrencia de perjuicio económico la compensación consistirá en el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento, más los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido su propietario, por el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por auto o hasta el 28 de febrero de 2022.

Se está pensando así en una especie de «renta hipotética» que hubiera percibido el propietario al recuperar la posesión de la vivienda de no haber mediado la suspensión del procedimiento de desahucio o del lanzamiento, más los gastos corrientes que haya asumido mientras la vivienda está ocupada (suministros, impuestos, etc.).

De acuerdo con el apartado sexto de la precitada disposición adicional segunda, la solicitud de compensación podrá presentarse hasta el 31 de marzo de 2022⁸¹, debiendo realizar el titular de la vivienda una exposición *razonada y justificada* de la compensación que considere procedente sobre la base de los criterios indicados anteriormente.

Dicho apartado sexto no dice ante qué órgano de la Administración ha de presentarse la solicitud de compensación, ni quién debe afrontar el pago. Pero es claro que quien debe abonar la compensación es la Comunidad Autónoma donde esté ubicada la vivienda, como se desprende de la regulación de la disposición transitoria tercera de este mismo RD-ley 37/2020, que ordena que se tomen las medidas reglamentarias necesarias para que las Comunidades Autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 *a fin de hacer frente a las compensaciones que puedan proceder en su ámbito territorial según lo establecido en los artículos 1 y 1 bis de este RD-ley*⁸². Esta misma

⁸¹ De acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria primera del RD-ley 37/2020, la compensación establecida en la disposición adicional tercera del mencionado RD-ley (referencia que hay que entender hecha a la disposición adicional segunda, que es la que «establece» en realidad la compensación) será aplicable, en los términos y condiciones establecidos, a todos los procedimientos en los que se dicte la suspensión desde la entrada en vigor de este RD-ley (esto es, el 23 de diciembre de 2020).

⁸² Dicha disposición transitoria, bajo la rúbrica de «Utilización de los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021», dispone que «*En el plazo máximo de un mes a partir de la entrada en vigor de este RD-ley, el Gobierno aprobará por real decreto las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan*

disposición adicional tercera señala que el Gobierno aprobará por real decreto las medidas necesarias para que las CC.AA. utilicen dichos recursos, así como el procedimiento que se seguirá para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes

Al tal efecto el Gobierno aprobó el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio⁸³, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las comunidades autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a los que se refieren los artículos 1 y 1 *bis* del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo.

El procedimiento para reclamar la compensación se recoge en el art. 3 de dicho Real Decreto, que fue objeto de ulteriores modificaciones por la disposición final primera del RD-ley 16-2021⁸⁴ y de la disposición final segunda del RD-ley 21/2021 para adaptar su contenido a la segunda y tercera prórroga del sistema, respectivamente⁸⁵.

El plazo máximo para prestar la solicitud a instancia del propietario de la vivienda es el 31 de marzo de 2022 (art. 3.1 del Real Decreto 401/2021). El propietario dirigirá su solicitud al órgano competente en materia de vivienda de la comunidad autónoma donde ésta esté ubicada, precisando qué compensación entiende que le debe corresponder por el período que haya transcurrido entre que se dicta la suspensión del procedimiento (el Real Decreto menciona el «lanzamiento», pero es claro que el proceso puede detenerse en un momento previo al del lanzamiento) y el momento en el que dicha suspensión se levante por el tribunal o finalice por haber alcanzado el límite temporal de 28 de febrero de 2020.

Para presentar la solicitud de compensación pecuniaria es un requisito previo que el propietario acredite que la vivienda se encontraba en oferta para su arrendamiento o venta con anterioridad a la «entrada» ([ilícita] en el inmueble (art. 3.2 c) del real decreto). Se da así cumplimiento a lo previsto en el apartado 4, *in fine*, de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020.

utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, regulado por Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, a fin de hacer frente a las compensaciones que puedan proceder en su ámbito territorial según lo establecido en los artículos 1 y 1 bis de este RD-ley. En el mismo real decreto se establecerá el procedimiento que se seguirá para la presentación, tramitación y resolución de solicitudes».

⁸³ BOE de 9 de junio

⁸⁴ El art. 3 del Real Decreto 201/2021, mantiene, sin embargo, su rango reglamentario (disposición final segunda del RD-ley 16/2021).

⁸⁵ De nuevo se deja a salvo el rango reglamentario del art. 3 del Real Decreto a través de la disposición final cuarta del RD-ley 21/2021.

La norma menciona a continuación los criterios para fijar la compensación, siguiendo lo dispuesto en el apartado quinto de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020. Estos criterios deben informar la solicitud del propietario y son los que deben aplicar los órganos competentes en materia de vivienda para determinar, en su caso, el importe de la compensación.

El criterio que conforma el «principal» de la compensación pecuniaria es el expresado en el art. 3.2.a) del RD, que reitera lo previsto en el RD-ley 37/2020 en cuanto a la «renta hipotética». El propietario puede reclamar, por tanto, el valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble, determinado a partir de los índices de referencia del precio del alquiler de vivienda u otras referencias objetivas representativas del mercado de arrendamiento⁸⁶. Aunque la norma no lo dice expresamente, debe utilizarse como referencia el precio de alquiler de una vivienda que resulte en la medida de lo posible equiparable a la «okupada» (en cuanto a tamaño, antigüedad, conservación, servicios de la finca, etc.).

Junto a la renta hipotética, el art. 3.2 b) del real decreto, reiterando lo previsto en la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020, señala que el propietario podrá reclamar los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido durante el período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por auto o finalice *ex lege* por haberse alcanzado el límite temporal del 28 de febrero de 2021.

El plazo máximo para resolver y notificar al interesado es de tres meses, prorrogables otros tres más de manera excepcional y por resolución motivada del órgano competente, que se debe notificar expresamente al propietario. Pero debe destacarse que la petición se considerará desestimada por silencio administrativo si la comunidad autónoma no resuelve en el plazo originario, o, en su caso, prorrogado, estimando la petición y fijando la cuantía correspondiente (art. 3.4). Se incentiva así de forma indirecta a las CC.AA. para no resolver, poniendo en el propietario la carga de recurrir la desestimación realizada por silencio administrativo, lo que resulta sin duda criticable. Aunque estemos ante

⁸⁶ El último inciso del art. 3.2.a) del Real Decreto 401/2021 añade sin embargo una ulterior restricción al criterio legal (a mi juicio, sin tener rango normativo suficiente) cuando señala que si dicho valor fuera superior a la renta que viniera percibiendo [efectivamente] el arrendador, la compensación consistirá en [dicha] renta dejada de percibir. Se trata de una restricción prevista para los casos de alquiler de vivienda regulados en el art. 1 del RD-ley 8/2020, que lógicamente no es aplicable en nuestro caso, en la medida que de acuerdo con el 1 *bis.7 b)* no cabe suspender el procedimiento cuando la vivienda está arrendada a una persona física que tiene en ella su residencia habitual o su segunda residencia.

personas jurídicas o personas físicas que titulan más de 10 viviendas, no parece de recibo que el sistema elegido por el legislador permita evitar el pago, en principio, simplemente mediante el expediente de no contestar a la solicitud de compensación.

IV.2. Inconstitucionalidad parcial de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020

En mi opinión, el sistema elegido por el legislador español para compensar al propietario afectado por la suspensión de los procedimientos de desahucio civiles o de los lanzamientos decretados en la vía penal en los apartados cuarto a sexto de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020⁸⁷ (que incluye el supuesto que estamos analizando) resulta inconstitucional en alguno de sus aspectos⁸⁸.

Así ocurre, en primer lugar, en relación con el «periodo de carencia» establecido en el apartado 4, segundo inciso, de dicha disposición adicional, que priva *de facto* al propietario de su derecho constitucionalmente reconocido por el art. 33 CE sin compensación alguna durante ese plazo, lo que no resulta a mi juicio compatible con el contenido esencial del derecho de propiedad, ni siquiera si tenemos en cuenta su función social.

Se trata de un caso en el que el Gobierno ha utilizado (utilizando los términos de la STC 16/2021) «(...) *medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad*» que requieren que el propietario sea compensado por todo el tiempo durante el que se ve privado de su derecho por la suspensión del procedimiento. Limitar esta compensación mediante el expediente de que sólo pueda ser reclamada cuando los servicios sociales hayan procedido al realojo de los ocupantes, y hasta un máximo de tres meses, supone un vaciamiento del contenido esencial del derecho que nuestro sistema constitucional sólo admite si hay una compensación o justiprecio en favor del propietario. El art. 33.3 CE expresamente lo prevé así cuando señala que «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».

⁸⁷ Dicha inconstitucionalidad también resulta predicable de este mismo inciso en el apartado primero de la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 37-2020, en relación con la compensación que corresponde al arrendador que se ha visto privado del cobro de la renta en virtud de la suspensión extraordinaria prevista en el art. 1 del RD-ley 11/2020. *Vid.* en este sentido Carrasco y Cordon, 2021:8 del documento en formato PDF).

⁸⁸ Dicha inconstitucionalidad se proyecta también lógicamente sobre los incisos concordantes del RD 401/2021.

En el caso concreto que estamos analizando dicha privación de uso tiene como trasfondo el interés social que implica no proceder al lanzamiento de personas vulnerables en el medio de una pandemia. Pero no debe olvidarse que tanto la «ocupación pacífica» del inmueble como la permanencia en el mismo implican la comisión de un acto delictivo que el legislador permite prolongar en determinadas circunstancias, del todo excepcionales. Resulta evidente, por tanto, que cualquier restricción a la facultad del propietario de recuperar la posesión de su vivienda de quienes ilícitamente la han usurpado no puede adoptarse sin compensar al propietario *por todo el tiempo* durante el cual se ve privado de la posibilidad de recuperar el uso de la vivienda.

A estos efectos resulta perfectamente irrelevante desde la perspectiva constitucional que el legislador haya limitado la posibilidad de suspender el procedimiento a los casos de viviendas que sean propiedad de personas jurídicas o de personas físicas que sean titulares de más de diez viviendas. El derecho del propietario constitucionalmente protegido por el art. 33 CE es el mismo en todos los casos, y el daño patrimonial que se causa al propietario por la suspensión también. Lo importante será determinar si dicho daño patrimonial ha sido adecuadamente compensado mediante la indemnización que otorga la Administración en este supuesto.

De ahí que, en conclusión, el apartado cuarto de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020 resulta inconstitucional en cuanto al inciso *«si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la Administración competente»* por suponer una afectación del derecho constitucional de propiedad del art. 33 CE que está vetada al RD-ley por imperativo del art. 86.1 CE.

Esta misma conclusión es aplicable, a mi juicio, al requisito según el cual los propietarios deben acreditar que la suspensión del procedimiento les ha ocasionado un perjuicio económico *«al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble»*.

En la práctica lo normal será que las personas jurídicas y los «grandes tenedores» de viviendas cumplan esta condición, pero si por cualquier motivo coyuntural ello no fuera así (pensemos, por ejemplo, que la vivienda se está reformando para sacarla al mercado en mejores condiciones) debemos tener en cuenta que la suspensión puede provocar daños

o perjuicios al propietario que van más allá de impedir su eventual venta o arrendamiento mientras dure la «ocupación».

Así, es posible que la suspensión genere gastos adicionales (y no sólo «corrientes») en los que deba incurrir el propietario al prolongarse la situación de ocupación del inmueble, gastos que pueden ser en algún caso importantes (por ejemplo, para reparar posibles desperfectos, como sucede habitualmente en la práctica). Es evidente, por tanto, que el perjuicio económico que la suspensión del procedimiento causa al propietario puede existir, aunque la vivienda no se encontrara en venta o arrendamiento, con anterioridad a la ocupación ilícita del inmueble.

De ahí que entienda que privar al propietario todo tipo de compensación pecuniaria por no tener la vivienda en el mercado para su venta o arrendamiento en el momento en el que se produjo la «ocupación pacífica» de la misma supone una «afectación» del derecho constitucional del art. 33 CE que no puede llevarse a cabo a través del instrumento del RD-ley, por imperativo del art. 86.3 CE. Creo, por tanto, que el apartado cuarto de la disposición adicional segunda del RD-ley 37/2020 resulta también inconstitucional en cuanto al inciso «*al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble*».

Cabe señalar, para concluir, que resulta perfectamente razonable que el Gobierno quiera crear un «escudo social» frente a la pandemia de la COVID-19 para las personas especialmente vulnerables que incluya la suspensión de los desahucios en vía civil o los lanzamientos en sede penal, incluyendo los casos en los que dichas personas han «ocupado pacíficamente» una vivienda deshabitada. Pero, para ser compatible con la Constitución, el coste económico de dicho «escudo social» debe ser soportado íntegramente por los poderes públicos (en concreto, por las Comunidades Autónomas, que reciben financiación para ello del Estado a través del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021), y no por los propietarios de las viviendas «okupadas».

Bibliografía

CARRASCO PERERA, A., y CORDÓN MORENO, F. (2021), «XXII tesis sobre la suspensión del juicio de desahucio en el RD-ley 37/2020», *Diario La Ley*, núm. 9789, 11 de febrero de 2021, disponible en <<https://www.ga-p.com/publicaciones/xxii-tesis-sobre-la-suspension-del-juicio-de-desahucio-en-el-real-decreto-ley-37-2020/>> (08.09.2021).

MIRAPEIX LACASA, M. (2021), *La ocupación pacífica de inmuebles* (Tesis Doctoral no publicada) disponible en <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/385917/tnml.pdf?sequence=1>)> (8.09.2021).

Relación jurisprudencial

Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2011, de 17 de marzo (ES:TC:2011:31)
Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2011, de 14 de septiembre (ES:TC:2011:137)
Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2012, de 4 de octubre (ES:TC:2012:170)
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 800/2014, de 12 de noviembre (ES:TS:2014:5169).
Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2015, de 19 de febrero (ES:TC:2015:29)
Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo (ES:TC:2015:93)
Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2017, de 21 de diciembre (ES:TC:2017:150)
Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2018, de 18 de octubre (ES:TC:2018:105)
Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2020, de 28 de enero (ES:TC:2021:14)
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 587/2020, de 6 de noviembre (ES:TS:2020:362)
Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2021, de 28 de enero (ES:TC:2021:16)
Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2021, de 13 de mayo (ES:TC:2021:111)
Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2021, de 13 de mayo (ES:TC:2021:110)
Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2021, de 24 de junio (ES:TC:2021:134)

ALGUNOS PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS PERSONALES PRODUCIDOS POR LA EXPOSICIÓN A LAS FIBRAS DE AMIANTO

Some problems in relation to civil liability for personal injury caused by exposure to asbestos fibres

FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ
fmorillo@bervovitz-carvajal.com
Doctor en Derecho Civil
Abogado, Bercovitz-Carvajal

Cómo citar / Citation

Morillo González, F. (2021).

Algunos problemas en relación con la responsabilidad civil por daños personales producidos por la exposición a las fibras de amianto.

Cuadernos de Derecho Privado, 1, 123-159

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.11>

(Recepción: 22/11/2021; aceptación tras revisión: 9/12/2021; publicación: 27/12/2021)

Resumen

El objeto de este estudio es analizar dos, de los no pocos, problemas jurídicos que plantea la responsabilidad civil por daños personales derivados de la exposición a las fibras de amianto. En concreto, la legitimación activa grupal y el fallecimiento prematuro de la víctima, con especial referencia en este último caso a los problemas derivados del cálculo de la indemnización. Este trabajo es fruto de la experiencia de su autor, que, en los últimos 15 años, viene actuando como abogado de la Asociación de Víctimas del Amianto (A.V.I.D.A.).

Palabras claves

Enfermedades causadas por el amianto; acciones de clase; acumulación de acciones; sucesión procesal; responsabilidad extracontractual; fallecimiento de la víctima; resarcimiento del daño.

Abstract

The purpose of this study is to analyze two, of the many, legal problems posed by civil liability for personal injury arising from exposure to asbestos fibers. Specifically, the group's legitimacy and the premature death of the victim, with special reference in the latter case to the problems arising from the calculation of compensation. This work is the result of the experience of its author, who in the last 15 years, has been acting as a lawyer for the Association of Victims of Asbestos (A.V.I.D.A.).

Keywords

Diseases caused by asbestos; class actions; accumulation of actions; procedural succession; tort liability; death of the victim; compensation for damage.

SUMARIO

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. I.1. El amianto. I.2. Las enfermedades provocadas por la exposición al polvo del amianto. I.3. Las víctimas. II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA COLECTIVA. II.1. La (im)posible legitimación activa de las asociaciones de víctimas (las acciones de clase o grupo). II.2. La acumulación subjetiva de acciones. III. EL FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO CONSECUENCIA DE LA ENFERMEDAD PADECIDA. III.1. Origen del problema. III.2. La transmisión del derecho de resarcimiento en los casos de fallecimiento previo al cobro de la indemnización. III.3. Alcance de la indemnización por las lesiones en los casos de fallecimiento prematuro de la víctima como consecuencia de los daños derivados de la exposición al amianto. III.3.1. La jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre la cuestión. III.3.2. El fallecimiento de la víctima por su enfermedad en el baremo de accidentes de tráfico. III.3.3. El ejercicio de la acción por los perjudicados por el fallecimiento de la víctima en el supuesto en el que ésta fue indemnizada en vida por las lesiones provocadas por la exposición al amianto. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

I.1. El amianto

El amianto, también conocido como asbesto¹, es la denominación común que recibe un grupo de minerales dentro de los silicatos hidratados² de carácter friable³, que tiene unas cualidades que lo hacen único: (1) magnífico aislante; (2) altamente resistente al calor y al frío; (3) fácil de manipular; y, (4) lo más importante, barato de fabricar y distribuir⁴.

Estas características trajeron consigo que durante años fuese utilizado para fabricar miles de productos. De entre estos destaca el fibrocemento⁵, que se utilizó para la fabricación de placas, por lo general de forma ondulada, usadas fundamentalmente para

¹ Nosotros utilizaremos en este trabajo la denominación “amianto” por ser la que se utiliza de manera mayoritaria en la actualidad. El término “asbesto” fue el más utilizado en el pasado siglo, llegando incluso a dar denominación a una de las principales patologías que provoca: la asbestosis.

² Con arreglo a su estructura cristalina podemos distinguir entre el crisolito o amianto blanco, la amosita o amianto marrón y la crocidolita o amianto azul. Para una mayor información *vid.* Azagra Malo (2007: 22); o Cárcoba Alonso (2000: 17).

³ Un material friable es el que puede ser reducido a polvo con facilidad, sin necesidad ni tan siquiera de herramientas.

⁴ De “mineral mágico” lo califica la Sala Primera del TS en su Sentencia 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641), haciéndose eco de la calificación coloquial del mismo.

⁵ El fibrocemento es un material de construcción compuesto de cemento, amianto y agua. En España se conoce popularmente como uralita, por ser la empresa URALITA S.A. la que históricamente lo implantó aquí.

recubrimiento de paredes y tejados, así como para la fabricación de tuberías. El amianto se utilizó también como material de aislamiento térmico, acústico y eléctrico en todo tipo de industrias, principalmente, en el sector ferroviario y el naval. Fue usado también en el sector textil, para la confección de ropa de trabajo como guantes, delantales e, incluso, monos de trabajo; o en sector de la automoción, en zapatas de freno, embragues o cordones⁶. Son miles por lo demás los productos de uso cotidiano que durante años tuvieron entre sus componentes amianto, como, por ejemplo, secadores, planchas o, incluso, polvos de talco.

A partir de los años ochenta del pasado siglo el consumo de amianto comenzó a disminuir en el mundo occidental⁷, fundamentalmente por la toma de conciencia de los riesgos que su uso implica para la salud, aunque no fue hasta el año 2002 cuando su utilización fue definitivamente prohibida en España⁸. Pese a la prohibición, existen cientos de miles de toneladas de amianto distribuidas por toda nuestra geografía que aún no han sido retiradas en lugares como estaciones de tren, colegios, viviendas, fábricas, etc., sin que exista además normativa alguna que se ocupe del amianto ya instalado, más allá de la que establece las cautelas que hay que tomar a la hora de su retirada⁹.

⁶ Para una mayor información *vid.* Cárcoba Alonso, 2000, pp. 32 y ss.

⁷ A día de hoy se sigue extrayendo y/o utilizando en muchísimos países, donde no está aún prohibido como China, India o Rusia.

⁸ El origen de la prohibición está en el anexo de la Directiva 1999/77/CE, de 26 de julio (B.O.E. núm. 207, de 6 de agosto), en el que se prohibió a los países miembros de la Unión Europea con carácter general el uso de las fibras de amianto (aunque con dos excepciones en relación con la utilización del crisolito que quedaba a criterio de los países de la Unión). La Directiva, que entró en vigor a los veinte días de su publicación, fijó como fecha límite para su trasposición el 1 de enero de 2005. La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva tuvo lugar a través de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 7 de diciembre de 2001 (B.O.E. núm. 299, de 14 de diciembre), que entró en vigor el 14 de junio de 2002, y modificó el Anexo I del Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos (B.O.E. núm. 278, de 20 de noviembre), prohibiendo expresamente la utilización, producción y comercialización de las fibras de amianto y de los productos que las contengan (artículo único).

⁹ El Anexo I del Real Decreto 1406/1989, de 10 de noviembre (*vid.* nota anterior) permite el uso de productos que contengan fibras de amianto que ya estaban instalados o en servicio antes de la fecha de entrada en vigor de la Orden, que seguirá estando permitido hasta su eliminación o el fin de su vida útil. Esto último, en la práctica, es lo que permite que, a día de hoy, existan cientos de toneladas de productos que contienen fibras de amianto distribuidos por toda nuestra geografía en forma de cubiertas de fibrocemento, tuberías, depósitos de agua, etc. No existe además una norma, cuya aprobación consideramos muy aconsejable, donde se establezca con carácter general cuál es el fin de su vida útil, que determinaría la obligación de su eliminación o retirada definitiva. Desde un punto de vista científico la vida útil de los productos de amianto se fija entre 30 y 50 años. Sobre esta cuestión *vid.* Pucho (2021).

I.2. Las enfermedades provocadas por la exposición al polvo de amianto

El amianto, como decíamos, es un mineral friable, sus fibras, en forma de polvo, se desprenden con facilidad al ser extraído, transportado, manipulado o usado, retirado, almacenado o como consecuencia simplemente de su erosión. Las fibras de amianto, que pueden ser inhaladas con facilidad por el ser humano por su carácter microscópico, son altamente nocivas para la salud. Como afirmó el neumólogo Tarrés (2006) de forma sumamente gráfica: «*El polvo de amianto son auténticas lanzas microscópicas que penetran al respirar hasta lo más profundo de los pulmones y se te quedan para siempre*»¹⁰.

Las fibras de amianto constituyen la principal causa de un cáncer muy agresivo conocido como mesotelioma¹¹; de un tipo de fibrosis pulmonar, la asbestosis¹²; aumentan notablemente el riesgo de padecer cáncer de pulmón y de laringe¹³ y de patologías pleurales de carácter benigno (esencialmente placas pleurales)¹⁴.

Todas las patologías asociadas a la exposición a las fibras de amianto tienen como característica común un periodo más o menos largo de latencia, desde que tiene lugar la exposición hasta que la enfermedad se manifiesta. Este periodo de latencia varía de unos casos a otros y también de una patología a otra, aunque, por nuestra experiencia, podemos

¹⁰Opinión vertida en el programa Línea 900, emitido el domingo 24 de octubre de 2006, a las 20:30h, en La 2 de TVE.

¹¹ El mesotelioma es un tumor de origen mesodérmico, que se localiza sobre todo en la pleura (entre el 70% y el 90% de los casos), con menor frecuencia en el peritoneo y, muy raramente, en el pericardio y la túnica vaginal testicular” (Agudo, 2008: 11). El mesotelioma es maligno en la mayoría de los casos. La supervivencia desde el diagnóstico al fallecimiento no suele superar un año. La inhalación de fibras de amianto es responsable de casi el 90% de las muertes debidas a mesotelioma (Agudo 2008: 52). El mesotelioma es una enfermedad mortal en más de un 95% de los casos. Entre el diagnóstico y el fatal desenlace no suele transcurrir más de un año. No es necesaria una exposición ni prolongada ni especialmente intensa para que una persona expuesta al amianto pueda sufrir esta patología. En algunos casos es suficiente con unos meses de exposición, si es lo suficientemente intensa.

¹² La asbestosis es una neumoconiosis o fibrosis pulmonar de aparición tardía y evolución lenta (Agudo 2008: 17). Es una enfermedad progresiva crónica que provoca fallos respiratorios, porque los pulmones se cicatrizan y no pueden obtener el oxígeno que necesita la sangre. Su diagnóstico precoz es difícil. Se asocia a una exposición intensa y prolongada a fibras de amianto. No existen tratamientos curativos específicos para esta enfermedad.

¹³ Vid. Directiva 76/769/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (D.O.C.E. núm. 262, de 26 de septiembre), que establece que la exposición al amianto está asociada con la asbestosis, mesotelioma y cáncer de pulmón, cuestión en la que toda la comunidad médica coincide.

¹⁴ Las placas pleurales constituyen un marcador de exposición al amianto. En principio son asintomáticas, pero implican un factor de riesgo de poder desarrollar patologías más graves, lo cual ha provocado que nuestros tribunales hayan reconocido a quien las sufre un daño moral que debe ser indemnizado. Vid. FD 7º de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641).

decir sin temor a equivocarnos que oscila entre un mínimo de 10-15 años y un máximo de 50-55 años¹⁵. Lo cual, como veremos, plantea no pocos problemas jurídicos.

I.3. Las víctimas

Los afectados por las fibras de amianto podemos dividirlos en tres grupos:

El grupo mayoritario de afectados está formado por personas que estuvieron expuestos durante años a las fibras de amianto con ocasión de su trabajo. Los afectados de este grupo se pueden contar por miles. Se habla de que, en España, donde existieron unas 800 empresas que trabajaron con amianto, en los próximos 50 años se producirán más de 130.000 muertes directamente ocasionadas por algún tipo de patología relacionada con aquél¹⁶.

El segundo grupo por número de afectados son las personas que convivían en su domicilio con los trabajadores, que inhalaban durante años las fibras de amianto que se adherían a las ropas de trabajo que se lavaban y planchaban en aquél. Este grupo de afectados, esencialmente compuesto por mujeres, dado que eran ellas las que mayoritariamente realizaban las labores del hogar como lavar o planchar, se conocen como afectados domésticos o paralaborales. Aunque pudiera sorprender, pese a que la exposición que sufrieron fue menos intensa que la de los propios trabajadores, los casos que se presentan suelen ser especialmente graves, dado que el mesotelioma -que es la patología más grave asociada al amianto- como hemos indicado antes¹⁷, no precisa una exposición ni prolongada, ni especialmente intensa a las fibras de amianto¹⁸.

El tercer grupo de afectados son personas que viven o vivieron en zonas donde existe contaminación atmosférica, bien por habitar en las inmediaciones de fábricas que utilizaban el amianto como materia prima; de vertederos en los que se acumula de forma

¹⁵ Quien suscribe estas líneas tiene conocimiento de algún caso donde el periodo de latencia llegó a los 55 años en un mesotelioma y de 10 en una asbestosis, pero no es lo habitual. Lo normal es un periodo de latencia en torno a 30-40 años.

¹⁶ *Amianto: La necesidad de una ley integral en España ante un problema sanitario de gran impacto* en https://www.consalud.es/pacientes/amianto-necesidad-ley-integral-espana-problema-sanitario-impacto_83464_102.html (05.11.2021)

¹⁷ *Vid.* nota 11.

¹⁸ De hecho, de los cerca de 20 casos que quién suscribe estas líneas ha llevado de familiares de trabajadores, todos excepto uno, estaban diagnosticados de mesotelioma y fallecieron en el curso del proceso o antes de iniciarse el mismo.

incontrolada; o de las propias minas. En estos supuestos, las fibras de amianto pasan al medio ambiente, llegando a través del aire con relativa facilidad a los domicilios de las inmediaciones de las factorías, vertederos o minas. Los afectados son menores en número, dado que la exposición que sufrieron fue menos intensa, aunque, al igual que en el grupo anterior, abundan los casos de mesotelioma¹⁹.

Nosotros en el presente trabajo nos ocuparemos principalmente del análisis que plantean los daños personales producidos a los grupos de afectados dos y tres, que son los que originan responsabilidad civil extracontractual. Tan solo de manera residual nos ocuparemos de los daños provocados a trabajadores, que actualmente se resuelven en la jurisdicción social y con arreglo a los parámetros propios del Derecho del trabajo.

II. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA COLECTIVA

II.1. La (im)posible legitimación activa de las asociaciones de víctimas (las acciones de clase o grupo)

Uno de los principales problemas a que se enfrentan quienes pretenden iniciar un proceso para reclamar una indemnización por daños y perjuicios por los daños derivados de la exposición al amianto son los importantes costes que implica litigar en España: honorarios de letrado, procurador y pruebas periciales. A lo que debemos añadir el riesgo siempre presente de perder el procedimiento y ser condenado al abono de las costas procesales, dado el criterio de vencimiento que establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Los costes y riesgos para las víctimas se reducirían ostensiblemente en caso de que las reclamaciones se pudiesen articular a través de las asociaciones de víctimas del amianto²⁰. La LEC abrió la posibilidad de ejercitar las conocidas como acciones de clase o de grupo. En virtud de éstas se permite ejercitar en la jurisdicción civil demandas en las que se reclamen daños y perjuicios a favor de colectividades de personas individualizadas.

El problema reside en que la LEC restringe mucho el ámbito subjetivo de las acciones de clase. No permite la reclamación colectiva de daños personales de cualquier índole, limitando su viabilidad a casos muy concretos. El artículo 11 de la LEC no deja

¹⁹ Los cuatro casos de afectados ambientales en los que he participado como letrado estaban afectados por mesotelioma y fallecieron en el curso de proceso.

²⁰ En España existen cerca de veinte asociaciones de víctimas; al menos hay una por comunidad autónoma.

lugar a duda de ningún tipo. Su propio título: «*La legitimación para la defensa de derechos o intereses de consumidores y usuarios*» es determinante: los únicos daños que se pueden reclamar haciendo uso de acciones colectivas o de clase son los que afecten a los consumidores y usuarios. El contenido de la norma es además muy claro y no permite una reinterpretación para extenderla a colectivos que no puedan ser catalogados como consumidores y usuarios. Solo las asociaciones o entidades que agrupen colectivos que puedan ser calificados como consumidores y usuarios gozan de legitimación para instar acciones colectivas.

El concepto de «consumidor» o «usuario» en nuestro Ordenamiento jurídico está determinado de forma legal. Se contiene en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLDCU)²¹. De conformidad con este último: «*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*»²². La definición de consumidor reseñada, que es muy parca, debe completarse con lo que al respecto se dispone en la Exposición de Motivos de la misma, donde se indica: «*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*».

Teniendo en cuenta la definición legal de consumidor y usuario que se recoge en el TRLDCU parece claro que ninguno de los tres colectivos de personas afectados por la inhalación de fibras de amianto que hemos reseñado anteriormente tienen encaje en la indicada definición legal. Ni los trabajadores, ni sus familiares, ni las personas que vivían en las inmediaciones de las fábricas, minas o vertederos son consumidores o usuarios, porque, en relación con las fibras de amianto, no llevan a cabo consumo de ningún tipo, ni contratan bienes o servicios. El primer colectivo de afectados, los trabajadores, entran en contacto con las fibras de amianto con ocasión de su trabajo, pero no reciben ningún

²¹ BOE núm. 287, de 30 de noviembre.

²² Sobre la definición de consumidor y usuario *vid.* Bercovitz y Rodríguez-Cano (2015:49 y ss.); o Marín López (2014: 9 y ss.)

tipo de prestación o servicio del producto que les provoca el daño, ni lo disfrutaban en su ámbito privado. Otro tanto ocurre con los otros dos colectivos de afectados: los familiares de trabajadores que entran en contacto con las fibras de amianto al llegar estas a sus domicilios adheridas a las ropas de trabajo aquéllos; y los afectados ambientales, que enferman por el hecho de tener su domicilio en una determinada localización; sin que en ninguno de los dos casos reciban prestación o servicio alguno.

De esta forma, conectando el artículo 11 de la LEC con la definición legal de consumidor y usuario que se recoge en el artículo 3.1 del TRLDCU, hemos de concluir que difícilmente, los daños producidos por la exposición a las fibras de amianto a día de hoy se pueden reclamar de forma colectiva haciendo uso de las acciones de clase, previstas en la LEC, al no tener encaje en el concepto de consumidor o usuario en el sentido legal del término ninguno de los tres colectivos afectados por la inhalación de fibras de amianto.

Sin embargo, consideramos que sí podrían tener encaje en el concepto de consumidor y usuario, de conformidad con la definición legal del mismo a la que venimos haciendo alusión, los colectivos de personas que sufran daños provocados por la inhalación de fibras de amianto como consecuencia de la adquisición de un determinado producto o disfrute de un determinado servicio, que, al hacer uso del mismo provoque el daño en cuestión. Pensemos por ejemplo en los aparatos de aire acondicionado que históricamente tenían entre sus componentes amianto para evitar su recalentamiento o en los secadores de pelo en los que se utilizaba con idéntico objeto; o en los usuarios de Metro o de Renfe, que en sus trenes e infraestructuras históricamente existían y existen componentes con amianto. En estos y otros muchos supuestos similares, quien adquirió un aparato de aire acondicionado o un secador, o, sin más, compró un billete de Metro o Renfe, entran claramente dentro del concepto de consumidor o usuario de un servicio, al actuar en el mercado con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión siendo, además, destinatarios finales del producto o servicio. Siendo así, en estos casos, sí consideramos que sería viable que los colectivos afectados pudiesen hacer uso de las acciones de clase del artículo 11 de la LEC y litigar a través de las asociaciones que los agrupen.

En todo caso, a día de hoy, nuestros tribunales, hasta donde nosotros sabemos, no han conocido de caso alguno de estas características²³; y, aunque no es descartable, creemos que es bastante improbable que ello pueda tener lugar dado que, como expusimos al inicio de este trabajo, lo que provoca el daño en el organismo humano es la inhalación de fibras que se liberan con ocasión de la manipulación del mineral o los productos que lo contengan, actuación que, en principio, no está asociada a ninguno de los supuestos en los que los afectados encajarían en el concepto de consumidor y usuario. Además, siempre sería complicado en estos casos determinar el producto en particular que, utilizado por el consumidor, ha sido el que ha originado el daño, dada la infinidad de productos que contienen amianto utilizados en la vida cotidiana, por lo que no sería fácil determinar la legitimación pasiva.

Así las cosas, las víctimas del amianto, mientras que se mantenga la redacción actual del artículo 11 de la LEC, más allá de los supuestos residuales a los que hemos hecho alusión, no pondrán litigar conjuntamente a través de las asociaciones que las agrupan, viéndose abocadas a litigar de forma individual; o, en su caso, haciendo uso de la acumulación de acciones a la que me referiré a continuación, figura jurídica mucho menos ventajosa para las víctimas a la hora de litigar, que la que resultaría de poder litigar a través de las acciones de clase del artículo 11 de la LEC. Dicho lo cual, en nuestra opinión debería valorarse por el legislador una futura reforma de la norma, para dar cabida en la misma a supuestos en los que el grupo no esté necesariamente formado por consumidores y usuarios, con el objeto garantizar un mejor acceso a la justicia de los perjudicados por daños producidos a gran escala, como son los derivados de la exposición al amianto.

II.2. La acumulación subjetiva de acciones

La única opción que en la práctica existe para que los afectados por las fibras del amianto puedan litigar de manera conjunta, con las ventajas que ello supone, sobre todo en cuanto a reducción de costes y tiempos, es acudir a la figura de la acumulación de acciones.

²³ De ahí que no los hayamos incluido entre los tres colectivos afectados que hemos reseñado en el apartado I.3 de este estudio.

El artículo 72 de la LEC regula lo que se conoce como acumulación subjetiva de acciones²⁴, que permite que un número indeterminado de litigantes pueda defender sus intereses en un solo procedimiento²⁵. El único requisito exigido es que entre las acciones acumuladas subjetivamente exista un nexo de unión por razón del título o la causa de pedir²⁶. En los supuestos que estamos estudiando -daños por amianto-, el punto de conexión de partida es muy claro: estar afectado por una patología derivada de la exposición a las fibras de amianto. Ahora bien, creemos que para que la acumulación subjetiva de acciones sea viable debe existir, al menos, un segundo punto de conexión: que el origen del daño sea el mismo por razón de su responsable. Dicho de otra forma, consideramos que la legitimación pasiva debe ser única o, de ser varios, exista entre los demandados un punto claro de conexión, como por ejemplo pertenecer al mismo grupo de empresas o tratarse de empresas filiales. Sin este segundo punto de conexión, es altamente probable que el juzgado, ante la alegación de la excepción de acumulación indebida de acciones, acuerde su desacumulación, puesto que, aunque la conexión existe -daños derivados de la exposición al amianto-, el origen del mismo es distinto, al ser su responsable diferente en cada supuesto.

Asimismo, para que la acumulación sea viable no debe concurrir ninguna de las circunstancias procesales que impiden la acumulación. Estas se recogen en el artículo 73 de la LEC. Debe tratarse de acciones compatibles entre sí, de forma que unas no excluyan a las otras, cuya jurisdicción y competencia corresponda al mismo Juzgado y que por, razón de la materia, se deban tramitar con arreglo al procedimiento ordinario.

La compatibilidad entre las acciones que esgriman las víctimas por exposición a los daños derivados de la exposición a las fibras de amianto no plantea problema alguno,

²⁴ Un estudio detallado sobre la cuestión desde un punto de vista general puede verse en Bellido Penadés (2017) o Garberí Llobregat (2009).

²⁵ La LEC no establece un número máximo de litigantes que puedan acumular subjetivamente sus acciones, pero, en la práctica, en nuestro país, dados los medios actuales de nuestra Administración de Justicia, en la vía civil vemos complicado que nuestros tribunales admitan demandas de reclamación por daños derivados de la exposición al amianto donde el número de casos agrupados sea superior a 100. A día de la fecha, hasta donde nosotros conocemos, en la vía civil, se han presentado tres demandas que podríamos calificar de colectivas donde el número de litigantes rondaba los 50. La primera de ellas dio lugar el procedimiento 1229/2007, que se tramitó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid, y que finalizó por Sentencia de la Sala Primera del TS núm. 639/2015, de 3 de diciembre (RJ 2016\135); la segunda dio lugar el procedimiento 1273/2008, tramitada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Madrid, finalizado por Sentencia de la Sala Primera del TS núm. 725/2014, de 18 de diciembre (RJ 2014\6361); y la tercera al procedimiento 1625/2012, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, que finalizó por Sentencia de la Sala Primera del TS núm. 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641).

²⁶ En idéntica línea el artículo 12 LEC establece que podrán comparecer en juicio varias personas como demandantes, cuanto las acciones provengan de un mismo título o causa de pedir.

toda vez que cada afectado reclamará por el daño sufrido individualmente considerado. Algún problema puede presentar cuando quienes reclaman no lo hagan en nombre propio sino como herederos de la víctima, que no pudo ejercitar su acción en vida²⁷. En estos casos, los demandantes deberán acreditar la condición de sucesores de la víctima y que cada uno reclama la parte proporcional de la indemnización que le corresponde conforme a la cuota que tiene en la herencia en cuestión. De no ser así, las acciones entre los distintos sucesores podrían ser excluyentes unas con otras.

No es viable acumular acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción civil (familiares de trabajadores y enfermos ambientales)²⁸, con aquéllas cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción social (trabajadores)^{29 30}, o contencioso-

²⁷ Sobre esta cuestión volveremos más adelante al analizar el problema del fallecimiento prematuro de las víctimas.

²⁸ La competencia para conocer de estos supuestos de la jurisdicción civil parece en principio clara, al no existir relación laboral entre los familiares de los trabajadores y los enfermos ambientales con los responsables a quienes se imputa el daño: estamos en sede de responsabilidad civil extracontractual cuya competencia corresponde a la jurisdicción civil (art. 22.2. de la LOPJ). Pese a ello, existe alguna Sentencia que ha declarado competente a la jurisdicción social en supuestos en los que la persona fallecida no era un trabajador, sino un familiar de éste, como las Sentencias de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña 3924/2015, de 15 de junio (JUR 2015\190929) y 3440/2018, de 17 de julio (AS 2019\191). En ambas sentencias se llega a esta conclusión sobre la base de que quien reclamó fue un trabajador, aunque el daño lo sufriese un tercero, en este caso su esposa, no quedando -a juicio del Tribunal- limitada la acción de responsabilidad contractual que puede ejercitar el trabajador contra su empresa a los casos en los que el daño se le causa directamente a su persona, pudiéndose extender a cualquier actuación de la empresa en el ámbito del contrato de trabajo aunque ese perjuicio tenga su origen en el daño producido a una tercera persona ajena a la relación laboral.

²⁹ Hasta la Sentencia de la Sala Primera del TS 1395/2008, de 15 de enero (RJ 2008,1394), las acciones de reclamación de daños producidos a trabajadores por enfermedades profesionales o accidentes laborales, se podían ejercitar en la práctica tanto en la vía social como en la vía civil. Tanto la Sala de lo Social del TS como la Sala de lo Civil se consideraban competentes para conocer de las mismas, lo que en la práctica permitía que en la vía civil se acumulasen casos de trabajadores con casos de personas afectadas por enfermedades derivadas de la exposición al amianto que no reunían esta condición. Con la indicada Sentencia se puso fin a la cuestión, considerándose competente la jurisdicción social cuando el accidente o enfermedad profesional es consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo por vulneración de las normas que lo regulan, en particular del deber de seguridad. Esto último, en la práctica, se tradujo en que, a partir de la indicada Sentencia, las reclamaciones de daños por accidentes laborales y enfermedades profesionales se resuelven en la Jurisdicción social. Esta doctrina se plasmó posteriormente en el artículo 2 apartado b de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* (B.O.E. núm. 245, de 11 de octubre), que ya sin ningún género de duda atribuye a esta última la competencia para conocer de las reclamaciones por daños derivados de accidentes laborales o enfermedades profesionales. Sobre este tema en la doctrina *v.gr.* Pérez de los Cobos y Orihuel (2008) o Pardo Gato (2008).

³⁰ En el caso resuelto por la Sentencia de la Sala Primera del TS núm. 639/2015, de 3 de diciembre (RJ 2016\135), se acumularon inicialmente las acciones correspondientes a un grupo de trabajadores, con la de las esposas de algunos de ellos también afectadas. En la indicada Sentencia se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción en relación con las acciones esgrimidas por los trabajadores, aplicándose de forma retroactiva -algo en mi opinión sumamente discutible- la jurisprudencia emanada de la STS 1395/2008, a la que nos hemos referido en la nota anterior, manteniéndose empero la acción esgrimida por las esposas, sobre la que sí se mantuvo la competencia de la jurisdicción civil (FD 3º). Sobre la cuestión *vid.* Asúa González (2015).

administrativo por ser responsable una Administración Pública³¹; o penal (conurrencia de delito)³², porque su conocimiento corresponde a órdenes jurisdiccionales distintos.

En lo que respecta a la competencia, no plantea especiales problemas. En cuanto a la territorial, corresponde con el domicilio del demandado (art. 50.1 LEC); y, en el caso de que existiesen varios demandados con domicilios distintos, la elección corresponde al demandante (art. 53.2 de la LEC), por lo que es relativamente sencillo para los demandantes no incurrir en incompetencia alguna en este sentido. Otro tanto ocurre con la competencia objetiva, que vendrá determinada por la cuantía reclamada que, por la entidad de los daños producidos por la inhalación de las fibras de amianto, siempre es superior a 6.000 €, por lo que se tramitan por los cauces del juicio ordinario (art. 249.2 de la LEC).

En los supuestos en los que se han acumulado subjetivamente acciones para reclamar daños derivados de la exposición al amianto, las empresas demandadas, que, como es lógico prefieren litigar de forma individualizada, esgrimen la excepción de acumulación indebida de acciones. Dicha excepción la sustentan en que cada caso es distinto, cada afectado sufre una patología diferente y sus características y circunstancias son dispares también. Lo cual es cierto, pero, consideramos que semejante argumento no debe llevar en ningún caso a que se estime la excepción en cuestión. Dicho argumento, de ser acogido, supondría, sin más, la eliminación de la acumulación subjetiva de acciones que permite la LEC. Desde el mismo momento en que las acciones son ejercitadas por sujetos distintos, estamos ante acciones que no pueden ser nunca idénticas. Si el objeto de la acumulación subjetiva es impedir que existan sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos, es evidente que, en supuestos como los que estamos analizando, donde, quienes litigan conjuntamente lo hacen por un mismo tipo de daño, que tiene el mismo origen tanto objetivo como subjetivo, de no permitirse la acumulación, se podrían dictar sentencias contradictorias.

En efecto, con independencia de que, al tratarse de distintos demandantes pudiera darse el caso de que determinadas acciones se desestimasen por las circunstancias particulares de cada demandante, lo cierto es que, una vez que los distintos juzgados

³¹ Vid. art. 9.4 de la LOPJ y 2 c) de la *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

³² Salvo que el perjudicado se reserve la posibilidad de exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil (art. 109 CP).

conociesen sobre el fondo del asunto, se podría dar la circunstancia de que existiesen sentencias contradictorias³³. Esto es, sentencias que sostengan que la demandada no es responsable por los daños que se le reclaman por la exposición a fibra de amianto y otras que sí la consideren responsable, y ello con independencia de las particularidades de cada caso concreto³⁴.

La cuestión que estamos revisando ha sido analizada por la Sentencia de la Sección 9ª de la AP de Madrid 361/2012, de 29 de junio (AC 2012\537) y por la Sentencia de la Sección 11ª de la AP de Madrid 584/2013, de 21 de octubre (AC 2013\2391). En ambas se analiza si es procedente o no la acumulación de las reclamaciones presentadas frente a la mercantil URALITA, agrupadas en una sola demanda³⁵, ante la excepción alegada por esta última de acumulación indebida de acciones; ambas Sentencias confirman la procedencia de la acumulación, sobre la base de que las acciones se fundan en unos mismos hechos -daños derivados de la exposición al amianto- y el origen del daño es el mismo -la actividad industrial desarrollada por la demandada-, no considerando relevante el que cada caso acumulado sea distinto, en cuanto a sus circunstancias particulares.

III. EL FALLECIMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO CONSECUENCIA DE LA ENFERMEDAD PADECIDA

III.1. Origen del problema

Como hemos expuesto al inicio de este trabajo, la inhalación de fibras de amianto provoca enfermedades ciertamente graves, principalmente el cáncer denominado

³³ *Vid.* Sentencia de la Sala Primera del TS 227/2006, de 9 de marzo (RJ 2006\1072), que con cita de muchas otras, señala que es reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial que establece la flexibilidad que debe presidir la aplicación de la acumulación subjetiva de acciones, entendiéndose que procede la misma, a pesar de que el supuesto no se halle comprendido en la literalidad de la norma, si existe entre las acciones cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta, de forma que el tratamiento separado de una y otra acción entrañaría el riesgo de resoluciones contradictorias. Jurisprudencia que, aunque dictada bajo la vigencia de la LEC de 1881, es perfectamente trasladable a la actual LEC, que no modifica sustancialmente la regulación de esta materia (FD 2º).

³⁴ Pensemos por ejemplo en el caso resuelto por la Sentencia de la Sala Primera del TS 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641), en el que se acumularon hasta 43 reclamaciones, todas ellas dirigidas contra la mercantil URALITA por personas afectadas por la inhalación de fibras de amianto que sostenían que su origen estaba en la actividad desarrollada durante años por la fábrica que esta última tenía en Cerdanyola de Vallés (Barcelona), de no aceptarse la acumulación sin lugar a duda sobre la cuestión esencial del proceso, si en la mercantil en cuestión estaba el origen de los daños y era responsable de los mismos, se podrían producir sentencias contradictorias, dependiendo del criterio que el juez de turno tenga sobre la misma.

³⁵ En ambos casos, rondaba las 50 acciones subjetivamente acumuladas.

mesotelioma. Este tipo de tumor es verdaderamente agresivo³⁶. El tiempo transcurrido desde el diagnóstico de la enfermedad, al fallecimiento del enfermo, desgraciadamente, suele ser muy corto. En la mayoría de los casos tan solo unos meses³⁷.

La rápida evolución de la enfermedad provoca que en la mayoría de los casos la víctima fallezca sin haber logrado el resarcimiento de su daño percibiendo la correspondiente indemnización, lo cual da lugar esencialmente a dos problemas jurídicos: (1) si ese derecho de resarcimiento, no concretado en una indemnización de daños y perjuicios, se transmite a los herederos de la víctima; (2) si el fallecimiento como consecuencia de las lesiones debe tener una incidencia en la indemnización reclamada. A su vez, cuando la víctima fallece, tras haber percibido la indemnización por las secuelas sufridas en vida, si esto último condiciona en alguna medida la reclamación por el daño que provoca su fallecimiento.

III.2. La transmisión del derecho de resarcimiento en los casos de fallecimiento previo al cobro de la indemnización

De conformidad con el artículo 659 del CC *«la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte»*, sucediendo al difunto sus herederos *«(..) por el solo hecho de la muerte en todos sus derechos y obligaciones»* (art. 661 del CC). La regla no admite duda: todo aquello que pertenecía al causante que no se extinga con su muerte se traspa a sus herederos. Con la muerte se extinguen los derechos personalísimos del causante³⁸, así como los derechos de carácter vitalicio porque están asociados a la supervivencia de su titular³⁹.

A nuestro juicio, el derecho a reclamar por el daño sufrido en vida por la víctima, como consecuencia de sus lesiones, es un derecho de contenido económico. No puede entenderse de otra forma el derecho a ser compensado por el daño sufrido, que, de prosperar la reclamación que se presente, se traducirá en un montante pecuniario. El

³⁶ *Vid.* nota 11 de este estudio.

³⁷ Por nuestra experiencia profesional podemos decir sin temor a equivocarnos que la mortalidad de este tipo de tumor es del 99%. De los más de 100 casos de esta patología que hemos defendido ante los tribunales, tan solo en un supuesto, nos consta que la persona afectada ha logrado superar el tumor en cuestión. El resto han fallecido, la mayoría pocos meses después del diagnóstico o, como mucho, un año o, a lo sumo dos, después del fatal diagnóstico.

³⁸ Entre estos se encuentran por ejemplo el derecho al sufragio, los relativos a la nacionalidad, las situaciones, relaciones o cargos jurídico-familiares, algunos derechos de la personalidad., etc. *Vid.* sobre la cuestión Álvarez Lata (2009:822).

³⁹ Usufructo vitalicio, uso y habitación, contrato de trabajo, contrato de obra, mandato, sociedad, comodato, renta vitalicia.

derecho nace desde el mismo momento en que tiene lugar el daño⁴⁰, aunque se concrete más adelante, cuando la indemnización es finalmente satisfecha, dicho de otra forma, el reconocimiento del derecho tiene carácter declarativo, no constitutivo⁴¹. Siendo un derecho de contenido económico, forma parte del caudal relicto de la persona fallecida y se transmite a sus herederos, que podrán ejercitar como sucesores del causante la acción que este no ejercitó en vida⁴².

Frente a la tesis que aquí se sostiene, hay quienes consideran que el derecho a reclamar por el daño sufrido en vida por las lesiones y secuelas derivadas de un accidente o enfermedad se extingue con la muerte del sujeto, porque estamos ante un daño de carácter personalísimo y, en consecuencia, intrasmisible, causando su transmisión un enriquecimiento injusto⁴³. De esta forma solo la persona que lo sufrió puede reclamar por el mismo, extinguiéndose con su fallecimiento si no lo reclamó en vida⁴⁴. Quienes son partidarios de esta tesis suelen defender también que la indemnización es única, de forma que, si el demandado reclamó en vida por sus lesiones, no pueden luego sus familiares reclamar por su fallecimiento; y, a la inversa, estos últimos solo pueden reclamar por el fallecimiento, cuando el afectado no haya percibido en vida indemnización por sus lesiones⁴⁵.

La tesis indicada, en nuestra opinión, incurre en un doble error. De una parte, el derecho al resarcimiento por los daños personales, como hemos indicado antes, no es de carácter personalísimo⁴⁶; y, de otra, el daño que sufre la víctima por sus lesiones es un daño completamente distinto al que sufren sus familiares como consecuencia del fallecimiento. Este último derecho corresponde por derecho propio a aquellos que sobreviven al causante y que resultan afectados por el fallecimiento en cuestión. No hay un daño único. Cuando el afectado fallece como consecuencia de la enfermedad que sufre

⁴⁰ A partir de dicho momento, por lo general, puede ejercitarse la acción y, en consecuencia, empieza a contar el plazo de prescripción de la acción (art. 1969 CC).

⁴¹ *Vid.* en esta línea Cano Campos, 2013, 139.

⁴² *Vid.* en el mismo sentido Parra Lucán, 2021, 551.

⁴³ *Vid. v.gr.* Lambert-Faivre, 1990, 174.

⁴⁴ Un análisis pormenorizado de la cuestión puede verse en Orozo Gadea (2014: 30).

⁴⁵ La tesis en cuestión es la que se suele esgrimir en la práctica por la defensa de la parte demandada en los supuestos en los que los herederos de la persona lesionada reclaman el daño producido por las lesiones, tras el fallecimiento de la víctima sin reclamar por las mismas.

⁴⁶ No se puede confundir el bien jurídico sobre el que recae el daño (la vida o la integridad física) que tiene carácter personalísimo y, que, lógicamente no se transmite por vía hereditaria, con el derecho a ser resarcido por el daño, que es de claro contenido económico y, en consecuencia, transmisible por vía hereditaria.

se produce un doble daño: el que sufrió la persona en vida y el que sufren sus familiares y allegados por la pérdida de su ser querido. Sobre esta cuestión volveremos más adelante⁴⁷.

La transmisión del derecho de resarcimiento no genera además un enriquecimiento sin causa, pues el título de heredero justifica su adquisición, como la de cualquier otro derecho de contenido patrimonial del causante. Otra solución beneficiaría sin lugar a duda al causante del daño de forma injusta⁴⁸.

La cuestión que estamos analizando ha sido objeto de estudio por nuestros tribunales a lo largo de los años, con algunos pronunciamientos contradictorios⁴⁹, aunque a día de hoy, la cuestión ha sido resuelta -esperemos que con carácter definitivo- por la STS, Pleno Sala Primera, 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641)⁵⁰. La Sentencia, que hemos citado anteriormente, se dictó precisamente en un procedimiento en el que un grupo de afectados por exposición doméstica y ambiental a las fibras de amianto reclamaron una indemnización de daños y perjuicios frente a la empresa que entendían responsable. En la demanda, los sucesores de varias personas fallecidas con carácter previo al inicio del proceso reclamaron por el daño que aquellas sufrieron en vida. La Sala Primera, tras un pormenorizado análisis del estado de la cuestión, concluye con

⁴⁷ La cuestión es objeto de un pormenorizado análisis, desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración por Cano Campos (2013).

⁴⁸ *Vid.* Parra Lucán, 2021, 552.

⁴⁹ En la línea que aquí se defiende pueden citarse *v.gr.* la Sentencia de la Sala Primera del TS 249/2015, de 20 de mayo (RJ 2015, 2456); o Sentencia de la Sala Primera del TS 535/2012, de 13 de septiembre (RJ 2021, 11071). En sentido contrario se puede citar *v.gr.* la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 16 de julio de 2004, recurso de casación núm. 7002/2000 (RJ 2004\6638), que, considera que el derecho a la reparación en los casos que estamos analizando es intransmisible por ser de carácter personalísimo, razonándolo del siguiente modo: “ (...) *No se solicita por quienes ejercen esta acción que se repare el perjuicio que derivó para ellos del fallecimiento del ser querido, sino que lo que se pretende que se repare es el pretium doloris que aquél experimentó durante el tiempo que transcurrió entre que se le diagnosticó la enfermedad y su muerte. No es posible aceptar esa pretensión y ello porque fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica y, por tanto, no puede nacer en su favor una pretensión al resarcimiento del daño, es decir, de ningún daño material por su muerte o moral por los padecimientos experimentados como consecuencia de sufrir la enfermedad que le fue transmitida. Esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño moral, e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella in iure proprio, que no como herencia, puesto que la indemnización no habría alcanzado a integrarse en el caudal hereditario, y, aun si así fuese, quienes tuvieran derecho a ella lo tendrían por el título de convivencia y afectividad más que por el de herederos propiamente dicho*» (FJ 7.º). En la misma línea *vid.* Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del TSJ de Valencia 875/2011, de 27 de octubre (JUR 2012\22767); o la Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid 205/2011, de 15 de marzo (JUR 2011\261345), aunque en esta última, sí se considera que procedente la transmisión en los casos en que la víctima reclamó en vida y falleció en el curso del procedimiento.

⁵⁰ La Sentencia ha sido comentada por García Aburuza (2021), Parra Lucán (2021), Martínez Moya (2021), Arcos Vieira (2021) y Vela Torres (2021).

rotundidad que: *«el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento, el derecho a ser resarcido por los daños personales se transmite por vía hereditaria»* (FD 6º).

Como decíamos, los sucesores de la persona fallecida pueden ejercitar la acción que correspondía a su causante para reclamar por los daños y perjuicios sufridos en vida, esto es, el daño producido por sus lesiones y secuelas. Para acreditar su legitimación, les bastará con probar su condición de herederos de la víctima. Tanto la reclamación como, en su caso, el montante de la indemnización que reciban, deberá ser proporcional a la cuota que cada heredero tenga sobre el caudal relicto, salvo que la herencia haya sido ya dividida y el derecho en cuestión haya sido adjudicado, en cuyo caso habrá que estar a lo que resulte de dicha adjudicación⁵¹. El montante económico que los herederos del causante reciban finalmente por este concepto deberá incluirse como un activo más en la correspondiente declaración del impuesto de sucesiones⁵², que deberán presentar aquéllos⁵³.

⁵¹ Aunque el derecho de resarcimiento como tal podría ser adjudicado a los herederos en la división de la herencia, en la práctica, por nuestra experiencia, nos consta que casi siempre se reclama por parte de los herederos sin que dicha división se haya efectuado o sin que en la misma se haya incluido el derecho en cuestión. Lo cual tiene lógica, porque, por lo general, nadie quiere adjudicarse como parte de su cuota hereditaria derechos condicionados al resultado favorable de un procedimiento.

⁵² La indemnización que obtenga en vida la víctima de los daños está exenta del impuesto de la Renta de las Personas Físicas (art. 7 letra d, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, *del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas*, B.O.E. núm. 285, de 29 de noviembre) que es el impuesto que podría devengarse en estos casos; pero, una vez que fallece sin haberla obtenido, el derecho de resarcimiento pasa a formar parte del caudal relicto y, en consecuencia, objeto del impuesto de sucesiones (art. 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, B.O.E. núm. 303, de 19 de diciembre).

⁵³ El problema es que la indemnización en cuestión se recibe por lo general mucho tiempo después de transcurrido el plazo máximo para presentar el impuesto de sucesiones, que es de seis meses desde el óbito, prorrogable por otros seis (arts. 67 y 68 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre *por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, B.O.E. núm. 275, de 16 de noviembre). La cuestión que se plantea en la práctica en estos casos es si el derecho de resarcimiento que, al tiempo en el que se debe liquidar el impuesto de sucesiones, en la mayoría de los supuestos no es más que una expectativa, debe incluirse o no dentro del activo del impuesto de sucesiones a declarar; o bien, lo procedente, es hacer una declaración complementaria, una vez que se obtenga la indemnización en cuestión. La cuestión es objeto de análisis por la Resolución vinculante de la Dirección General de los Tributos V0240-17, de 31 de julio de 2017, que considera que la adquisición por el heredero, a efectos de la determinación de la deuda tributaria correspondiente, debe entenderse producida con la firmeza del pronunciamiento judicial. Pese a ello, si se quiere ser prudente, lo aconsejable es incluir el derecho de resarcimiento dentro del activo declarado por el montante que se prevea obtener, para evitar declaraciones complementarias, con las correspondientes sanciones y/o intereses por declaraciones fuera de plazo; y, en el caso, en el que finalmente se desestime la demanda o la indemnización sea inferior a la declarada, solicitar la correspondiente reclamación por ingresos indebidos. En todo caso, en la práctica nos consta que lo habitual es no incluirlo como derecho, ni hacer una declaración complementaria cuando se obtiene la indemnización correspondiente, con el riesgo que ello implica.

En el caso en el que la víctima inicia en vida el procedimiento para reclamar por los daños derivados de su exposición a las fibras de amianto y fallece antes de su finalización (supuesto bastante habitual), la continuación en el proceso de sus sucesores no plantea problema procesal alguno. El artículo 16 de la LEC lo permite expresamente a través de un procedimiento sencillo y que no se suele demorar mucho.

Una vez acaecido el fallecimiento, los sucesores deben comunicarlo al Juzgado. A tales efectos, deberán presentar un escrito personándose en el proceso, al que deben acompañar el correspondiente poder de representación. A dicho escrito deberá unirse la documentación que acredite el fallecimiento, para lo cual se debe aportar el correspondiente certificado de defunción; así como el título sucesorio. En cuanto a este último, deberán presentar copia autorizada del testamento y certificado de últimas voluntades que acredite que el testamento presentado es el último otorgado; o, a falta de éste, declaración de herederos, donde se determine quiénes son los herederos de la persona fallecida. Comunicada la defunción, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al resto de las partes personadas de la documentación presentada. Verificado el fallecimiento y el título sucesorio, se alzarán la suspensión y se tendrá a los sucesores por personados en el procedimiento, que ocuparán idéntica posición procesal que tenía su causante. Puede ocurrir que no decidan personarse todos los herederos. Esta situación no está recogida en la LEC, pero entiendo que no sería un obstáculo para la continuación de la acción, toda vez que cualquiera de los herederos en beneficio de la comunidad hereditaria puede ejercitar las acciones en defensa de los derechos de la masa hereditaria como viene reiterando la Jurisprudencia en base a lo dispuesto en el artículo 394 CC⁵⁴. No nos parece dudoso que la continuación de la acción de resarcimiento implica un beneficio para la comunidad hereditaria, por lo que consideramos que cualquiera de los herederos podría personarse en el proceso y continuar la acción siempre, claro está, que lo haga en beneficio de la comunidad hereditaria y no en el suyo propio. En el caso de que ningún heredero se personara, la consecuencia es que se tenga al demandante fallecido por desistido de la acción, salvo que la parte demandada se oponga, en cuyo caso resolverá el Juez (art. 16.3 de la LEC).

Tampoco plantea problemas procesales la posibilidad de que, una vez fallecida la víctima, sus herederos reclamen de manera acumulada la reclamación por los daños

⁵⁴ *Vid.*, v.gr., STS de 16 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4265) y las que en esta se citan.

sufridos por la víctima en vida, que ejercen como herederos, con la que les corresponde por derecho propio por el fallecimiento, al tratarse de acciones compatibles pues resarcan daños distintos, que no se excluyen mutuamente (art. 71.2 LEC)⁵⁵. Ni tampoco el supuesto, bastante habitual por lo demás, en el que, iniciada la acción en vida por la víctima, fallece en el curso del proceso, los afectados por el fallecimiento inician un procedimiento nuevo para reclamar por los daños que este último les ha causado, tramitándose finalmente de forma acumulada ambos procesos, para evitar sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes (art. 76.2 LEC)⁵⁶. Si genera algún problema adicional, aunque no procesal, la situación en que la persona perjudicada reclama por sus daños y percibe la indemnización en vida; fallece con posterioridad, como consecuencia de enfermedad sufrida, y los perjudicados por el óbito reclaman la indemnización por este último en un nuevo procedimiento. Esta cuestión será objeto de tratamiento separado en el último apartado de este trabajo⁵⁷.

Para concluir con este punto, debemos reseñar que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción que tienen los sucesores de la víctima para reclamar por las lesiones de su causante, consideramos que no es la fecha en que tuvo lugar el óbito de la víctima⁵⁸; sino la fecha en que este último estaba en condiciones de ejercitarla, que, en los casos en los que se reclaman por daños derivados de la exposición al amianto (que son daños crónicos), se fijan por nuestros tribunales en la fecha del diagnóstico definitivo⁵⁹ de la patología sufrida⁶⁰.

⁵⁵ Vid. Parra Lucán, 2021, 553.

⁵⁶ Situación que, sin lugar a duda podría tener lugar de tramitarse ambos procesos por separado. Pensemos *v.gr.* en el caso en el que en una de las sentencias se reconozca la relación de causa efecto entre la actuación u omisión del demandado y la enfermedad que sufre la víctima, mientras que en la otra se llegue a la conclusión contraria.

⁵⁷ Vid. *supra* III.3.2.

⁵⁸ Que sí sirve para fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción cuando se reclama por el daño causado por el fallecimiento.

⁵⁹ En la Jurisdicción social el *dies a quo* en estos casos, en que se reclaman daños por lesiones, se fija en la declaración de enfermedad profesional de la patología en cuestión *vid. v.gr.* Sentencia de la Sala de lo Social del TS 99/2020, de 4 de febrero (RJ 2020\687) y las que en esta se citan.

⁶⁰ En este sentido se puede citar la Sentencia de la Sala Primera del TS 725/2014, de 18 de diciembre (RJ 6311\2014), que confirma la Sentencia de la Sección 9ª de la AP de Madrid 361/2012, de 29 de junio (AC 2012\537); y la Sentencia de la Sección 11ª de la AP de Madrid 584/2013, de 21 de octubre (AC 2013\2391), confirmada por la Sentencia de la Sala Primera del TS 639/2015, de 3 de diciembre (RJ 2016\135), aunque no entra a analizar el problema, al estimar la excepción de acumulación indebida de acciones. En todo caso, creemos que esta interpretación es, tal vez, demasiado simplista, porque habrá que estar a cada caso concreto; y, en el supuesto en el que, tras el diagnóstico, se constaten clínicamente nuevos daños, parece

III.3. Alcance de la indemnización por las lesiones en los casos de fallecimiento prematuro de la víctima como consecuencia de los daños derivados de la exposición al amianto

III.3.1. La jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre la cuestión

Aceptando, como aceptamos, que los herederos de la víctima tienen acción para reclamar por las lesiones sufridas en vida por su causante o para sucederle procesalmente en el caso de que hubiese fallecido en el curso del procedimiento, la cuestión es si, por esta circunstancia, procede algún tipo de moderación en cuanto al importe de las mismas. La cuestión, de no poca trascendencia, ha sido objeto de análisis por dos Sentencias del TS en relación con los daños derivados de la exposición al amianto⁶¹.

En la primera de éstas, la Sentencia de la Sala Primera del TS 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641) se acumularon una serie de casos en los que los herederos reclamaban indemnización por los daños sufridos por la exposición a las fibras de amianto. Entre los casos acumulados, había dos en los que los herederos del perjudicado reclamaban por las lesiones de su causante que no llegó a reclamar en vida; y otro, en el que el perjudicado falleció en el curso del proceso. La Sala, sin distinguir un supuesto de otro, considera que en estos casos el derecho de resarcimiento adquirido por herencia y

lógico que la víctima disponga de un nuevo plazo de prescripción para reclamar por el daño en cuestión. Sobre esta cuestión *vid.* el completo trabajo de Marín López, 2016, 77 y ss.

⁶¹ La cuestión ha sido objeto de análisis también por la Sala Primera del TS con ocasión de reclamaciones por daños derivados de accidentes de circulación. En la STS 800/2009, de 10 de diciembre (RJ 2010\280) se concluye que no procede reducción alguna en cuanto a la indemnización por las secuelas en un caso en el que son los herederos de la víctima (que no falleció por el accidente) quienes inician el proceso, porque estas deben entenderse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. De forma que el fallecimiento prematuro no permite su modificación futura ni legitimaría una acción por enriquecimiento injusto. Sí considera sin embargo que procede moderar los daños asociados a la incapacidad permanente y daños morales a familiares (FD 3º). En la STS 535/2012, de 13 de septiembre (RJ 2012\11071), tras el fallecimiento de la víctima en un accidente de coche como consecuencia de las secuelas sufridas, sus familiares inician un procedimiento reclamando una indemnización por dichas secuelas. La Sala Primera considera que, en ese caso, al presentar la demanda ya se conoce el daño que la víctima ha sufrido por las secuelas e incapacidad y debe tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización. Ello sobre la base de que cuando se inició el procedimiento se conocían los perjuicios reales y ciertos que había sufrido la víctima desde la fecha del siniestro hasta su fallecimiento, no existiendo en el caso en cuestión incertidumbre alguna sobre la duración del sufrimiento de las lesiones y secuelas (FD 4º). A partir de esta premisa, reduce la indemnización solicitada de manera ostensible en la parte correspondiente a las secuelas, los perjuicios económicos y los daños morales complementarios (FD 5º). Considera, además, que el caso en cuestión, se distingue del resuelto en por la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 que acabamos de reseñar en que en este último el fallecimiento no se produjo por las lesiones y secuelas sufridas sino por un hecho ajeno a las mismas (FD 4º). Finalmente, en la STS 249/2015, de 20 de mayo (RJ 2015\2456), el fallecimiento de la víctima, a diferencia de los dos casos anteriores, tiene lugar una vez iniciado el proceso y después de haber sido calificadas y cuantificadas las lesiones y secuelas, tras ser dada de alta por el médico forense. La Sala concluye que, fallecida la víctima en el curso del procedimiento, se transmite a sus herederos la indemnización que correspondería a ésta, sin que se pueda reducir por el fallecimiento prematuro de la víctima (FD 3º).

no cuantificado no puede desligarse del fenómeno de la muerte, que se debe tener en cuenta porque, producida la muerte, el sufrimiento de la víctima se acaba. A partir de ahí, entiende que conocido el periodo temporal del perjuicio sufrido este debe tenerse en cuenta en el cálculo de la indemnización, aceptando las reducciones de las indemnizaciones por este motivo que se efectuaron en la Audiencia⁶², que redujo las indemnizaciones reclamadas en estos casos entre un 75% y un 25%, atendiendo al menor o mayor tiempo de supervivencia de la víctima desde el diagnóstico de la enfermedad y su fallecimiento (FD 7º).

Por su parte, en la Sentencia de la Sala Primera del TS 453/2021, de 28 de junio (RJ 2021\3034), la perjudicada por los daños derivados de la exposición al amianto inició el proceso en vida para reclamar por sus lesiones. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda. Unos meses antes de que se dictase Sentencia en segunda instancia, la víctima falleció como consecuencia de la evolución del mesotelioma que sufría. Sus herederos comunican el fallecimiento de la demandante y la suceden procesalmente. La Sección 21ª de la AP de Madrid en su Sentencia de 13 de marzo de 2018 (recurso de apelación 509/2017), revoca la Sentencia dictada en primera instancia, reduciendo la indemnización en atención al fallecimiento de la perjudicada en el curso del procedimiento, ajustándola al tiempo en el que la perjudicada padeció la enfermedad. Cita en apoyo de su tesis Sentencia de la Sala Primera del TS núm. 535/2012, de 13 de septiembre (RJ 2012, 11071), a la que nos hemos referido anteriormente y los artículos 45 y 47⁶³ del Real Decreto Ley 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante Real Decreto Ley 8/2004)⁶⁴, en su redacción posterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre⁶⁵ (que analizaremos más adelante), reduciendo la indemnización al 65% en cuanto a las secuelas y en un 80% la correspondiente a la incapacidad, sin justificar cómo se llega a los porcentajes en cuestión (FD 4º).

⁶² Sentencia de la Sección 21ª de la AP de Madrid 401/2017, de 7 de diciembre (JUR 2018\247826).

⁶³ Que no eran de aplicación al haberse iniciado el procedimiento con carácter previo a la introducción de los mismos en el Real Decreto Ley 8/2004.

⁶⁴ B.O.E. núm. 267, de 5 de noviembre.

⁶⁵ B.O.E. núm. 228, de 23 de septiembre.

La Sentencia fue objeto de recurso de extraordinario de infracción procesal y de casación, que fue desestimado por la citada Sentencia del TS. En ésta se desestima el recurso planteado sobre la base de que el carácter progresivo de la enfermedad no era una cuestión nueva, sino que formaba parte del proceso, habiéndose producido el fallecimiento como consecuencia del curso natural de la evolución de la enfermedad que inexorablemente conducía a la muerte, que se produjo por ésta y no por causas ajenas a la patología. A lo que se añade que la cuantificación de la indemnización se llevó a cabo apreciando las coordenadas temporal y pericialmente previsibles, corroboradas después por el fallecimiento de la víctima; para concluir que el derecho de resarcimiento adquirido por las hijas de la actora no se puede desligar del fallecimiento posterior de su madre, sin que se pueda prescindir para el cálculo de la indemnización de las coordenadas temporales fatales y a corto plazo que se convirtieron en dato cierto en el curso del proceso a la hora de fijar el quantum indemnizatorio (FD 4º).

La posibilidad de que la indemnización cuantificada y reclamada judicialmente en la demanda pueda ser reducida si la víctima de las lesiones fallece en el curso del procedimiento, aceptada por las dos Sentencias mencionadas, consideramos que es, al menos, cuestionable.

En el análisis del problema debemos partir de una premisa que, a nuestro juicio, es ciertamente relevante y que creemos que no tiene el realce debido en la jurisprudencia que estamos revisando. Cuando se presenta una reclamación por los daños producidos por la exposición a las fibras de amianto, el perjudicado reclama por los daños que sufre en el momento en el que se produce la cuantificación de los mismos, tras el correspondiente informe pericial médico donde se establecen las lesiones, secuelas y grado de incapacidad, derivado de su enfermedad. El derecho al resarcimiento por dichos daños entendemos que queda incorporado al patrimonio de la víctima con la producción del daño y concretado en el momento indicado. No se reclama por daños futuros o futuribles. Se reclama por un daño actual y real.

Siendo así, consideramos que, a partir de la fijación de dicho daño, a través de la correspondiente cuantificación del mismo, los acontecimientos posteriores a la reclamación no deberían tener incidencia en la misma. Ni para incrementar su importe, ni para disminuirlo, porque por lo que se reclama es por el daño real y efectivo causado al perjudicado hasta el momento de presentarse la demanda. De igual forma que la

agravación de las lesiones posterior a la demanda no permite que se incremente la cantidad inicialmente solicitada, ni tampoco es posible que el Juzgado entre a fijar la indemnización que corresponde a los perjudicados por el fallecimiento en este procedimiento⁶⁶, porque éste no ha sido objeto del mismo, tampoco es procedente su reducción por el fallecimiento del perjudicado en el curso del proceso. Otra solución, al margen de que, como veremos a continuación, podría conculcar el principio de *perpetuatio iurisdictionis*, supondría que el montante de la indemnización dependería de la mayor o menor agilidad de la justicia al resolver el procedimiento, lo cual, consideramos que no es procedente en ningún caso. Ni en el supuesto de que las lesiones se agraven en el curso del procedimiento, ni en el caso en el que la víctima fallezca durante éste, debe afectar al montante indemnizatorio que se debe fijar con arreglo a la situación existente al presentarse la demanda. Otra solución podría llevar a situaciones incomprensibles: si el demandante fallece un día antes de que se dicte Sentencia, la indemnización debe ser drásticamente reducida y si lo hace día un después no. Esto último consideramos que podría resultar contrario al principio de seguridad jurídica derivado del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Por otra parte, desde un punto de vista procesal, la jurisprudencia emanada de las dos Sentencias reseñadas, como hemos adelantado, podría resultar contraria al principio procesal de *perpetuatio iurisdictionis*, consagrado en los artículos 412 y 413 de la LEC. En virtud de este último, los litigios han de ser fallados teniendo en cuenta la situación fáctica existente en el momento de su inicio. La *perpetuatio iurisdictionis* es, por decirlo de una forma gráfica, «la fotografía» del estado del procedimiento en el instante en que se presenta la demanda, conforme al cual debe resolverse el mismo. La propia Sala Primera del TS tiene reiteradamente establecido que lo expuesto y solicitado en la demanda, su contestación, reconvencción y contestación a ésta, fija y concreta definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, cerrando así la posibilidad de introducir en el proceso otras pretensiones o medios de defensa, siendo inalterable su contenido en el trámite de conclusiones o en la vista de la apelación⁶⁷.

⁶⁶ Salvo claro está que se presente una demanda independiente por este concepto y se solicite y acuerde judicialmente la acumulación de ambos procedimientos, situación que, en la práctica como hemos dicho, es bastante habitual que se produzca en las reclamaciones de daños por exposición al amianto (*vid. infra*. III.2).

⁶⁷ En este sentido se pueden citar, entre muchas otras, las Sentencias de la Sala Primera del TS de 7 de julio 1989 (RJ 1989\5411) y 392/1998, de 5 de mayo (RJ 1998\3233)

En los casos que estamos analizando, la reducción de la indemnización por un acontecimiento que tiene lugar en el curso del proceso, no parece acorde con el reseñado principio de *perpetuatio iurisdictionis*. Si conforme al indicado principio, no es posible que por el agravamiento de las lesiones, secuelas e incapacidad que puede sufrir el perjudicado a lo largo del procedimiento se pueda solicitar un incremento de la indemnización inicialmente solicitada en la demanda; ni tampoco ampliar la demanda en curso para pedir una indemnización adicional a favor de los familiares por el fallecimiento de su ser querido en el curso de éste; no parece viable tampoco con arreglo al indicado principio que la indemnización inicialmente cuantificada y reclamada en la demanda, conforme a las circunstancias existentes al inicio del procedimiento, pueda reducirse por el hecho de que la demandante haya fallecido en el curso del mismo.

Asimismo, consideramos que la solución del TS al problema analizado choca con el principio de sucesión procesal del artículo 16 de la LEC. Según éste, como hemos indicado anteriormente, los sucesores del causante ocupan la misma situación procesal que tenía este último. Como reconoce la propia Sala en las sentencias reseñadas, la indemnización reclamada en vida por el perjudicado es un derecho patrimonial que forma parte del caudal relicto y como tal se transmite a sus herederos⁶⁸. Si se admite la reducción del montante indemnizatorio por el fallecimiento del perjudicado en el curso del proceso, es evidente que el derecho de resarcimiento que se transmite a los herederos no es ya el mismo que ostentaba su causante.

Para concluir, debemos reseñar que tampoco alcanzamos a ver las razones que llevan al TS a distinguir, a efectos de moderar la indemnización de las secuelas en los casos de fallecimiento, entre los casos en los que la víctima fallece a consecuencia de las mismas, de aquellos en los que fallece por causa ajena a éstas. Si la razón de ser de la moderación en cuestión es, en definitiva, el menor daño o sufrimiento del perjudicado por el menor tiempo de sufrimiento, creemos que debería ser indiferente a estos efectos la causa del fallecimiento.

III.3.2. El fallecimiento de la víctima por su enfermedad en el baremo de accidentes de tráfico

⁶⁸ *Vid.* apartado III.2 de este trabajo.

Aunque la aplicación a otros supuestos distintos del Baremo para la valoración de los daños ocasionados por los accidentes de tráfico recogido en el Anexo al Real Decreto Ley 8/2004 es solo opcional para nuestros tribunales, a falta de otro sistema de cuantificación su uso está muy generalizado, en la búsqueda del fin último que es la reparación íntegra del daño causado⁶⁹. Siendo así, nos parece oportuno analizar la regulación que sobre la cuestión que nos ocupa, se recoge en el indicado Baremo. Más si cabe, teniendo en cuenta que la Ley 35/2015 de reforma del Real Decreto Ley 8/2004 dio nueva redacción a los artículos 44 y 47 para regular, entre otras cosas, la cuestión que estamos analizando y moderar la indemnización por las lesiones en el caso de fallecimiento de la víctima, como consecuencia de las mismas⁷⁰. Resulta además que los casos resueltos en las dos Sentencias citadas anteriormente no lo fueron con arreglo a esta nueva regulación, pues no les resultaba aplicable, mencionándose solo de forma referencial⁷¹.

En los artículos 45 a 47 del Real Decreto 8/2004 se regula *ex novo* la situación que estamos revisando. Esto es, el fallecimiento del perjudicado como consecuencia de las lesiones que sufrió por el accidente (en nuestro caso enfermedad). En éstos, partiendo de la compatibilidad entre la reclamación por las lesiones y la correspondiente al fallecimiento (art. 47), se determina cómo debe incidir este último en la cuantificación de las lesiones.

La cuestión se regula expresamente en el artículo 45. En el mismo, se modera la indemnización por las lesiones en los casos de fallecimiento. Esta no queda condicionada por el hecho de que la víctima haya reclamado en vida o no, sino porque el fallecimiento

⁶⁹ Vid. *v.gr.* Sentencias de la Sala Primera del TS 837/2005, de 11 de noviembre (RJ 2005\9883); o 58/2006, de 10 de febrero (RJ 2006\674). La gran mayoría de las Sentencias dictadas por nuestros tribunales del orden jurisdiccional civil en relación con los daños derivados de la exposición al amianto calculan la indemnización con arreglo al baremo de tráfico; como excepción se puede citar la Sentencia de la Sección 21ª de la AP de Madrid (recurso de apelación 643/2013), de 12 de febrero de 2015 (AC 2015\535), FD 5º, que no aplica el baremo y fija una indemnización a tanto alzado de 180.000 € para cada uno de los dos casos acumulados.

⁷⁰ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45 del Real Decreto Ley 8/2004, la indemnización se modera en los casos de fallecimiento tras la estabilización de las lesiones y antes de la fijación de la indemnización, en un 15% en lo que respecta al perjuicio personal básico que corresponde al lesionado de acuerdo con las tablas 2.A.1 y 2.A.2. El resto del perjuicio personal básico y el lucro cesante se calculan en proporción inversa a la esperanza de vida de la víctima en el momento del fallecimiento.

⁷¹ Ambos procedimientos se iniciaron con carácter previo a la entrada en vigor de la norma que, según su disposición final quinta, entró en vigor el 1 de enero de 2016; y que, de conformidad, con su disposición transitoria, solo resulta aplicable a los accidentes que se produjeron con posterioridad a su entrada en vigor.

del lesionado haya tenido lugar después de su «*estabilización lesional*»⁷² y antes de «*fijarse la indemnización*». De forma que, la muerte de la víctima antes de iniciarse la reclamación no necesariamente implica que se modere la indemnización, lo cual solo tendrá lugar cuando la víctima fallezca después de estabilizarse sus lesiones, pero antes de fijarse la indemnización. Si la víctima fallece sin que sus lesiones estén estabilizadas, con arreglo al baremo, solo percibirá la indemnización que corresponda a sus lesiones temporales desde el accidente (en nuestro caso primeros síntomas de la enfermedad) hasta su fallecimiento (art. 44 del Real Decreto Ley 8/2004). Si la víctima fallece después de estabilizadas sus lesiones y fijada la indemnización, no procede moderación de ningún tipo, al no resultar entonces aplicable lo dispuesto en el artículo 45.

Pero ¿cuándo se debe entender fijada la indemnización? El Real Decreto Ley 4/2004 contiene una serie de definiciones (art. 50 a 60), entre las que no se encuentra el concepto que estamos examinando.

Son pocas las sentencias que se han ocupado de la cuestión, la mayoría de ellas en la jurisdicción social y de forma muy superficial. Entre éstas, existen dos corrientes doctrinales, una en la que se considera que, una vez reclamada la indemnización, no procede ya moderación de ningún tipo por el fallecimiento de la víctima en el curso del procedimiento, porque la indemnización queda fijada con la reclamación⁷³; otra que entiende que la indemnización no queda fijada hasta que se dicta Sentencia firme o se suscriba acuerdo por las partes, pudiéndose moderar en consecuencia la indemnización en caso de fallecimiento de la víctima a lo largo del procedimiento, en cualquier momento previo a dicha fijación, resultando indiferente que la víctima haya reclamado o no con carácter previo⁷⁴.

⁷² No existe un concepto unívoco de estabilización lesional, en todo caso, sí parece que, en enfermedades crónicas incurables, como son las derivadas de la exposición al amianto, la estabilización lesional se anuda médicamente al momento en que se consideran agotadas las posibilidades terapéuticas y rehabilitadoras tendentes a mejorar la situación del paciente. *Vid.* sobre la cuestión Vega y Bañón (2012).

⁷³ En este sentido se pueden citar la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña núm. 781/2018, de 6 de febrero o la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid núm. 1065/2019, de 31 de octubre (JUR 2020\48914). En ambas se acuerda que no procede reducción en la indemnización de las lesiones por el hecho de que quien las reclama falleciese en el curso del procedimiento, si la reclamación se presentó en vida por la víctima.

⁷⁴ En esta línea se puede citar la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco 2345\2018, de 27 de noviembre (JUR 2018\59566); o la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias 818/2020, de 20 de mayo (JUR 2020\203235), entre otras.

En el ámbito civil, debemos citar la Sentencia de la Sección 8ª de la AP de Madrid 127/2020, de 25 de mayo (JUR 2020\240759) ⁷⁵. En el caso en cuestión, se acumulan las reclamaciones de los familiares de una persona fallecida por exposición a las fibras de amianto; con la reclamación de otra persona que reclama en vida por el daño sufrido por idéntico motivo. Como es habitual en estos casos esta última falleció en el curso del proceso como consecuencia de la evolución del mesotelioma que sufría. El procedimiento se inició ya vigentes los artículos 45 a 47 del Real Decreto Ley 8/2004, habiéndose calculado la indemnización reclamada con arreglo al Baremo de tráfico. La Audiencia considera que no procede moderación de ningún tipo por el fallecimiento del perjudicado en el curso del proceso como consecuencia de la evolución de sus lesiones, por no resultar aplicable al caso lo dispuesto en el art. 45 de la indicada norma. A nuestro juicio, la Sentencia realiza el análisis más acertado, completo y exhaustivo de la problemática que estamos analizando. Por su interés para la resolución de la cuestión, pasamos a detallar los argumentos que llevan a la misma al resultado indicado que se recogen en su FD 5º.

En la Sentencia se parte en primer término de determinar cuál es realmente el supuesto de hecho que se regula por el art. 45 del Real Decreto Ley 8/2004: para, a partir de ahí, determinar si el caso enjuiciado tiene encaje en el mismo o no. En este sentido, apunta que la situación que se regula es el caso en el que la víctima fallece con posterioridad al accidente (en nuestro caso diagnóstico de la enfermedad), pero antes de fijarse la indemnización, regulando el *quantum* indemnizatorio en estos casos. Indica además que la razón de ser de la norma es garantizar el derecho de los perjudicados y herederos, de forma que el derecho ganado por la víctima por sus lesiones pueda ser reclamado por sus herederos, sin perjuicio del derecho de los perjudicados por el fallecimiento de reclamar por éste. Esta situación no es a juicio de la Sentencia la que concurre en el caso en cuestión. En él indica la Sentencia no se reclama indemnización alguna por el fallecimiento, al resultar posterior a la demanda; cuando ya las lesiones y secuelas estaban fijadas, al consolidarse y permitir la reclamación. Tras los indicados razonamientos concluye que las lesiones y secuelas no pueden reducirse por haber

⁷⁵ Con carácter previo a la misma, antes de entrar en vigor los artículos 45 y 47 del Real Decreto 8/2004, la AP de Madrid mantuvo las indemnizaciones solicitadas inicialmente por las víctimas, fallecidas en el curso del proceso, en la Sentencia de la Sección 11ª 149/2016, de 5 de abril de 2016 (JUR 2016\115860).

cambiado las circunstancias por el fallecimiento posterior de la perjudicada⁷⁶. A lo anterior añade que, desde un punto de vista procesal, está prohibido el cambio de demanda, salvo que se hubiera privado de interés legítimo a las pretensiones deducidas (arts. 412 y 413 de la LEC)⁷⁷, circunstancia que entiende que no concurre en los herederos personados, indicando finalmente que si resultaran de aplicación una vez iniciado el proceso de lo dispuesto en los artículos 44 y 55 del Real Decreto Ley 8/2004, también debería ser aplicable en el curso del mismo lo dispuesto en el art. 47 del mismo, que posibilita la compatibilidad de la indemnización de las secuelas con las propias del fallecimiento⁷⁸.

En nuestra opinión, la interpretación a la que se llega en la Sentencia indicada, al margen de ser coherente con los principios procesales de *perpetuatio jurisdictionis* (art. 413 LEC) y sucesión procesal (art. 16 LEC), es certera también en lo que respecta al modo en que, a los efectos que estamos analizando, debe interpretarse el concepto *fijación de la indemnización*, del artículo 45 del Real Decreto Ley 4/2004.

Como venimos diciendo, el derecho de resarcimiento nace cuando tiene lugar el daño, en nuestro caso cuando se diagnostica la enfermedad asociada a la exposición al amianto, no en el momento en el que se reclama ante los tribunales o se reconoce en

⁷⁶ Es importante reseñar que en la Sentencia que estamos analizando no se desconoce lo resuelto por la Sentencia de la Sección 21ª de la AP de Madrid de 13 de marzo de 2018 (recurso de apelación 509/2017) que resolvió la cuestión en sentido contrario, confirmada después de la STS 453/2021, de 28 de junio (RJ 2021\3034), a la que nos hemos referido anteriormente; si bien es cierto que en el caso enjuiciado por éstas no resultaban de aplicación los artículos 45 a 47 del Real Decreto Ley 8/2004.

⁷⁷ Un razonamiento similar se recoge en la SJPI núm. 55 de Madrid de 1 de junio de 2020 (procedimiento ordinario 1227/2016). En esta última, que es una Sentencia firme, en un caso de daños derivados de la exposición al amianto en el que la perjudicada falleció en el curso de las actuaciones, el Juzgado considera que no procede reducción alguna por este motivo. Para resolver la cuestión parte de lo dispuesto en el art. 413.1 de la LEC mencionado, que considera que impide tener en cuenta a la hora de resolver el procedimiento la situación acaecida del fallecimiento de la demandante durante la pendencia del mismo, justificando su razonamiento sobre la base de que la reclamación se desglosó y cuantificó en vida de la demandante y la regulación de los conceptos indemnizatorios aplicados para ello no establece ninguna salvedad para el caso de que después de que se aplicasen se produjera el fallecimiento del lesionado. A lo que se añade en la Sentencia que, es el derecho de crédito reclamado a la demandada antes del fallecimiento de su causante lo que se transmite a los sucesores y sobre el que éstos pueden mantener la acción inicialmente entablada; para concluir que ello es coherente con el art. 16.1 de la LEC, al regular la sucesión procesal, de los que sucedan al causante que “podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste, a todos los efectos” (FD 6º).

⁷⁸ En la Sentencia se cita en apoyo de la tesis defendida, la Sentencia de la Sala Primera del TS 800/2009, de 10 de diciembre (RJ 2010\280), que resuelve de forma similar; y, se sale al paso de la Sentencia núm. 535/2012, de 13 de septiembre (RJ 2012\11071), a la que nos hemos referido anteriormente (*vid.* nota núm. 61), indicando en este último caso que el supuesto enjuiciado era distinto al que ahora nos ocupa, al ser los herederos de la víctima los que inician el procedimiento. En todo caso ambas Sentencias son previas a los artículos 44 a 47 del Real Decreto Ley 8/2004.

sentencia, que no es constitutiva de dicho derecho, sino meramente declarativa⁷⁹. Como ya dijimos en su día⁸⁰, consideramos que la fijación de la indemnización, en la que se concreta ese derecho de resarcimiento, tiene lugar en el momento en que, tras la estabilización del cuadro médico de la víctima, se procede a la cuantificación de la misma, previa emisión del informe pericial médico que necesariamente debe emitirse a efectos de determinar las lesiones y secuelas de la víctima que establece el artículo 37 del Real Decreto Ley 4/2004. A partir de ese momento, el daño y, en consecuencia, la indemnización correspondiente está ya fijada, aunque el importe final de la indemnización pueda llegar a variar porque el Juez considere que no se ha calculado correctamente. En ese momento se conoce ya cuál es el alcance real del daño y, en consecuencia, la valoración del mismo con arreglo al baremo. De forma, que, si la víctima fallece después de dicha fijación, la indemnización no debería experimentar reducción alguna por esta circunstancia, pasando íntegramente a sus herederos la posibilidad de reclamar el importe de la misma, de conformidad con el artículo 658 del CC. En ese momento, además, es cuando comienza el *dies a quo* del plazo de prescripción, porque es el momento a partir del cual puede ejercitarse la acción al estar determinado y cuantificado el daño.

III.3.3. El ejercicio de la acción por los perjudicados por el fallecimiento de la víctima en el supuesto en el que ésta fue indemnizada en vida por las lesiones provocadas por la exposición al amianto

La tercera cuestión que se suscita en relación con el problema que estamos analizando es si es posible que los perjudicados por el fallecimiento puedan reclamar por los daños derivados de éste, en los casos en los que, con carácter previo aquél reclamó en vida y obtuvo la correspondiente compensación por las secuelas derivadas de la exposición al amianto. Esta situación se suele producir en los casos en los que la patología que sufre el perjudicado por la inhalación de fibras de amianto es la asbestosis, toda vez que la evolución de esta enfermedad pulmonar, afortunadamente para la víctima, es mucho más lenta que en los casos de mesotelioma; y, además, en muchas ocasiones, no es la que provoca su fallecimiento.

⁷⁹ Vid. Parra Lucán, 2021, 552.

⁸⁰ Morillo, 2019, 12.

Para dar una respuesta a esta cuestión debemos partir de una premisa que, aunque consideramos que es bastante clara, suele dar lugar a bastante confusión. Como hemos adelantado⁸¹, el daño provocado a la víctima por sus lesiones es un daño propio de ésta que es quién lo sufre, aunque puedan reclamarlo sus herederos, si este no llega a reclamarlo, o, reclamándolo, no llega a percibirlo por fallecer antes. El daño que provoca el fallecimiento no se causa a la víctima que está muerta, sino a los que le sobreviven⁸². Los perjudicados por el fallecimiento en cuestión tienen acción para reclamar por éste, no como herederos, sino por derecho propio, por el daño que la muerte de su familiar o su ser querido les ha producido. Aunque es habitual que estos últimos resulten también ser los herederos de la víctima, no reclaman por esta condición. Resultando además que los perjudicados por la víctima pueden no ser herederos de ésta. Pensemos en el caso típico, en el que los herederos de la persona fallecida son su mujer y sus hijos. Nada impide que puedan reclamar por el daño derivado del fallecimiento otros familiares como padres o hermanos; o, incluso, personas allegadas que no tengan ningún lazo familiar, como su pareja de hecho.

Siendo así, consideramos que no existe inconveniente alguno para que, en el caso que estamos analizando, los perjudicados por el fallecimiento puedan reclamar la indemnización por el daño que este último les ha producido, también en los supuestos en los que la víctima haya reclamado y percibido la indemnización por sus lesiones y secuelas. Aunque ambas indemnizaciones tengan un mismo origen, los perjudicados son distintos y distinto es el daño que se indemniza⁸³.

Como hemos visto, el Real Decreto Ley 8/2004 regula expresamente la compatibilidad de las indemnizaciones por lesiones y fallecimiento en los casos en los que éste se produce sin que la víctima haya percibido la indemnización por sus lesiones, precisando en qué supuestos procede la reducción de esta última por la muerte prematura

⁸¹ *Vid.* apartado III.2 de este trabajo

⁸² *Vid.* en la misma línea Parra Lucán, 2021, 551.

⁸³ *Vid.* en este sentido la Sentencia de la Sala de lo Social del TS 99/2020, de 4 de febrero (RJ 2020\687). En ésta se resuelve el caso de un trabajador que reclamó en vida por la enfermedad profesional (asbestosis) que la inhalación de fibras de amianto le había ocasionado, la demanda se desestimó al apreciar el tribunal que la acción había prescrito. Años después el trabajador fallece. Su viuda e hijos reclaman la indemnización por su fallecimiento derivado de la misma patología. La Sala de Social del TSJ de Madrid en su Sentencia 366/2017 (JUR 2017\209048) consideró que concurría en este caso la excepción de cosa juzgada, el TS estima el recurso para la unificación de doctrina interpuesto, sobre la base de que las acciones son distintas (FD 3º). En idéntica línea *vid.* Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 400/2013, de 27 de junio (AS 2013\2608) o Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid 213/2017, de 1 de marzo (JUR 2017\89957).

del perjudicado. Nada dice sin embargo en relación con la acción posterior que esgriman los perjudicados por la muerte en el caso en el que la víctima percibió en vida la indemnización por el daño personal sufrido. A su vez, el artículo 47 del Real Decreto Ley 8/2004 solo declara expresamente la compatibilidad de la acción de los herederos con la de los perjudicados por la muerte. Creemos que ello es así simplemente porque este supuesto es el que tradicionalmente era más cuestionado. En ningún caso porque esté vedando la posibilidad de que los familiares de la persona fallecida reclamen por su fallecimiento de la víctima en el caso que estamos examinando. Si el daño por el que se reclama es distinto no existe razón alguna para impedir que los perjudicados por el fallecimiento puedan reclamar por éste en todo caso, haya o no reclamado o percibido la víctima en vida la indemnización por sus lesiones. Otra solución consideramos que conculcaría el principio básico de nuestro derecho de daños que es la indemnidad de la víctima. Pues tan víctima es quien sufre las lesiones, como quien pierde a su ser querido⁸⁴.

Por lo demás, en los artículos 44 a 47 del Real Decreto Ley 8/2004, la moderación de la indemnización está referida exclusivamente al resarcimiento de los daños ocasionados en vida del perjudicado cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 45, en ningún caso a la indemnización por el fallecimiento, que se percibirá de forma íntegra por sus beneficiarios, con independencia de lo que el perjudicado haya percibido en vida.

En base a cuanto se ha expuesto, entendemos que lo dispuesto en los arts. 44 a 47 del Real Decreto Ley 8/2004, en modo alguno, impide que los perjudicados por el fallecimiento puedan reclamar el resarcimiento que el mismo les haya producido. Eso sí, en el caso de que, con carácter previo se haya seguido un procedimiento para el resarcimiento del perjudicado por las lesiones, la sentencia firme que en éste se haya dictado, aunque no goce del efecto positivo de la cosa juzgada del art. 222. 4 de la LEC,

⁸⁴ Adopta una solución distinta a la que aquí se defiende la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Málaga) 550/2020, de 13 de mayo, que, considera que cuando se ha obtenido una indemnización por las secuelas, no procede indemnización posterior por el fallecimiento, basándose para ello en una interpretación *a sensu contrario* del artículo 47 del Real Decreto Ley 8/2004, en que, quienes reclaman por el fallecimiento lo hacen como herederos de la víctima y en que el daño ya quedó reparado con la indemnización concedida en vida a la víctima por sus lesiones; razonamientos que consideramos manifiestamente erróneos, como hemos detallado en este trabajo. La Sentencia en todo caso no es firme, habiendo sido admitido a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto frente a la misma, que, a día de hoy, está pendiente de resolución.

al no concurrir la identidad subjetiva que el mismo exige, no se podrá obviar por el juez que resuelva el segundo proceso. Creemos que en estos casos resulta aplicable la doctrina del denominado efecto indirecto o reflejo, que un proceso previo puede tener sobre uno posterior, con el que esté vinculado, que se concreta en que, los hechos declarados probados por sentencia firme, que constituyan antecedente lógico de un proceso posterior, vincularán al Juez en el segundo proceso, en aras del principio de seguridad jurídica, conforme al cual nuestros tribunales no pueden declarar la existencia de un determinado hecho en un proceso y su inexistencia en otro⁸⁵. Aplicando esta jurisprudencia al supuesto que estamos estudiando, en el caso de que la reclamación por las lesiones se haya desestimado por razones de fondo, como por ejemplo por no considerar que exista relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado y la enfermedad sufrida por el perjudicado, se antoja difícil que se estime la demanda por el fallecimiento formulada frente al mismo demandado con origen en la misma enfermedad; y, viceversa, en el caso en el que se haya estimado la demanda de las lesiones, se antoja difícil que se desestime la correspondiente al fallecimiento por razones de fondo.

Bibliografía

AGUDO TRIGUEROS, A. (2003). *Mesotelioma Pleural y Exposición Ambiental al Amianto*, Institut Català d'Onconologia, Barcelona.

ÁLVAREZ LATA, N. (2012). «Comentario al artículo 659 del Código Civil», en BERCOVITZ y RODRIGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 822-825).

ARCOS SERRANO, M. L. (2021). «Responsabilidad por daños causados por amianto», *CCJC*, núm. 117 (BIB 2021\5100).

⁸⁵ *Vid.*, v.gr., Sentencias de la Sala Primera del TS 855/2010, de 30 de diciembre (RJ 2011\1797) y 491/2007, de 7 de mayo (RJ 2007\2817) y las que en esta última se citan. Esta jurisprudencia tiene su origen en la doctrina del Tribunal Constitucional, que establece que no puede haber pronunciamientos que determinen la existencia o inexistencia de unos mismos hechos, por resultar contradictorio con el principio de seguridad jurídica, que se concreta en el derecho del individuo a obtener una misma respuesta jurídica para la misma cuestión, que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (*vid.* por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero [RTC 2003\34]).

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2016). «Daños causados por amianto. Reclamación de trabajadores, de familiares y de amas de casa que manipularon la ropa. Cambio de doctrina jurisprudencial sobre la jurisdicción competente. Comentario a la Sentencia de 3 de diciembre de 2015», *CCJC*, núm. 101/2016 (BIB 2016\4045).

AZAGRA MALO, A. (2007), *La tragedia del amianto y el derecho español*, Atelier, Barcelona.

BELLIDO PENADÉS, R. (2017). «La acumulación objetivo-subjetiva de acciones como técnica de agilización de la justicia civil en tiempos de crisis», en ORTELLS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R., *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, Madrid (pp. 177-192).

BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). «Comentario al artículo 3», en BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R. (Cord.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (pp. 55-70).

CANO CAMPOS, T., (2013). «La transmisión mortis causa del derecho a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración», *Revista de Administración Pública*, núm. 191 (pp. 113-157).

CÁRCOBA ALONSO, A. (2000). *El amianto en España*, GPS, Madrid.

GARBERI LLOBREGAT, J. (2009). *La acumulación de acciones en el proceso civil*. Bosch, Barcelona.

GARCÍA ABURUZA, M.P. (2021). «Responsabilidad extracontractual: el supuesto de la inhalación de amianto derivada de actividad industrial», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2021, Aranzadi, Cizur Menor.

LAMBERT-FAIVRE, Y. (1990). «*Le droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*», Dalloz, París.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2014), «El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho y Consumo*, 2014, núm. 9 (pp. 9-16).

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2016). «El inicio del plazo de prescripción de la acción de indemnización de daños: daños continuados, daños permanentes y daños tardíos o

sobrevvenidos», en HERRADOR GUARDÍA M. J., (Dir.) *Daño, Responsabilidad y Seguro*, Lefebvre, Madrid, pp. 77-136.

MARTÍNEZ MOYA, J. (2021). «Responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados a pasivos domésticos y ambientales por empresa que utilizaba amianto: el riesgo como criterio de imputación subjetiva. Legitimación por la doble condición de heredero y perjudicado. Valoración y cuantificación del daño», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5 (pp. 1-13).

MORILLO GONZÁLEZ, F. (2019). «Algunas reflexiones sobre la valoración de los perjuicios derivados del daño corporal en nuestro sistema de responsabilidad civil. Especial consideración de los casos en los que se acumulan los daños sufridos en vida por la víctima con los derivados de su fallecimiento posterior», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3 (BIB 2019\1463).

OROZCO GADEA, G. (2014). «Transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral», *Revista de Derecho*, núm. 17 (pp. 27-74).

PARDO GATO, J.R. (2008). «A vueltas sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo. ¿El principio del fin en un desencuentro?», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 26, segundo trimestre 2008 (pp. 1049-1058).

PARRA LUCÁN, M. Á. (2021). «Derecho civil: responsabilidad civil extracontractual por enfermedades ocasionadas por el amianto», en GARCÍA ÁLVAREZ, G., JORDANO FRAGA, J., LOZANO CUTANDA, B., NOGUEIRA LÓPEZ, A. (Coords.) *Observatorio de políticas ambientales 2021* (pp. 535-557).

PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. (2008). «La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo», *Diario La Ley*, núm. 6895.

PUCHE, P. (2021). «Vida útil del amianto: datos definitivos», en <https://sinpermiso.info/textos/vida-util-del-amianto-datos-definitivos>.

VEGA VEGA, C. y BAÑÓN GONZÁLEZ, R. M. (2012). «Criterios sobre estabilidad lesional en la valoración del daño corporal», *Revista Española de Medicina Legal*, 38 (1) (pp. 36 y ss.).

VELA TORRES, P.J. (2021). «Responsabilidad extracontractual. Indemnización de daños por amianto a los familiares de trabajadores de Uralita y a quienes residían en las proximidades de la fábrica», *Diario La Ley*, núm. 9880.

Relación jurisprudencial

Tribunal Constitucional

STC 34/2003, de 25 de febrero (RTC 2003\34).

Tribunal Supremo

STS de 16 de septiembre de 1985 (RJ 1985\4265).

STS de 7 julio de 1989 (RJ 1989\5411).

STS 392/1998, de 5 de mayo (RJ 1998\3233).

STS, Sala Tercera, de 16 de julio de 2004 (RJ 2004\6638).

STS 837/2005, de 11 de noviembre (RJ 2005\9883).

STS 58/2006, de 10 de febrero (RJ 2006\674).

STS 227/2006, de 9 de marzo (RJ 2006\1072).

STS 491/2007, de 7 de mayo (RJ 2007\2817).

STS 800/2009, de 10 de diciembre (RJ 2010\280).

STS 855/2010, de 30 de diciembre (RJ 2011\1797).

STS 535/2012, de 13 de septiembre (RJ 2012\11071).

STS 725/2014, de 18 de diciembre (RJ 6311\2014).

STS 249/2015, de 20 de mayo (RJ 2015\2456).

STS 639/2015, de 3 de diciembre (RJ 2016\135).

STS, Sala de lo Social, 779/2018, de 18 de julio (RJ 2018\4081).

STS, Sala de lo Social, 99/2020, de 4 de febrero (RJ 2020\687).

STS 141/2021, de 15 de marzo (RJ 2021\1641).

STS 453/2021, de 28 de junio (RJ 2021\3034).

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Madrid, Sección 8ª Sala de lo Contencioso-Administrativo, 205/2011, de 15 de marzo (JUR 2011\261345).

STSJ Valencia, Sección 2ª Sala de lo Contencioso-Administrativo, 875/2011, de 27 de octubre (JUR 2012\22767).

STSJ Madrid, Sección 4ª Sala de lo Social, 400/2013, de 27 de junio (AS 2013\2608).

STSJ Cataluña, Sección 1ª de la Sala de lo Social, 3924/2015, de 15 de junio (JUR 2015\190929).

STSJ Madrid, Sección 2ª Sala de lo Social, 213/2017, de 1 de marzo (JUR 2017\89957).

STSJ Cataluña, Sección 1ª Sala de lo Social, 781/2018, de 6 de febrero de 2018.

STSJ Cataluña, Sección 1ª Sala de lo Social, 3440/2018, de 17 de julio (AS 2019\191).

STSJ País Vasco, Sección 1ª Sala de lo Social, 2345\2018, de 27 de noviembre (JUR 2018\59566).

STSJ Madrid, Sección 1ª Sala de lo Social, 1065/2019, de 31 de octubre de (JUR 2020\48914).

STSJ Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, 550/2020, de 13 de mayo.

STSJ Asturias, Sección 1ª Sala de lo Social, 818/2020, de 20 de mayo (JUR 2020\203235).

Audiencias Provinciales

SAP Badajoz, Sección 3ª, 330/2009, de 5 de octubre (JUR 2009\459762).

SAP Madrid, Sección 9ª, 361/2012, de 29 de junio (AC 2012\537).

SAP Madrid, Sección 11ª, 584/2013, de 21 de octubre (AC 2013\2391).

SAP Madrid, Sección 21ª, de 12 de febrero de 2015 (AC 2015\535).

SAP Madrid, Sección 11ª, 149/2016, de 5 de abril 2016 (JUR 2016\115860).

SAP Madrid, Sección 21ª, 401/2017, de 7 de diciembre (JUR 2018\247826).

SAP Madrid, Sección 21ª, de 13 de marzo de 2018 (recurso de apelación 509/2017).

SAP Madrid, Sección 8ª, 127/2020, de 25 de mayo (JUR 2020\240759).

Juzgados de Primera Instancia

SJPI núm. 55 de Madrid de 1 de junio de 2020 (procedimiento ordinario 1227/2016).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (I): MAYO-DICIEMBRE 2021

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2021).
Cuadernos de Derecho Privado, 1, pp. 160-186
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.14>
(Recepción: 08/12/2021; aceptación: 09/12/2021; publicación: 27/12/2021)

En esta sección daré cuenta de las sentencias del Tribunal Supremo, en particular de las sentencias de «Pleno» por dos razones: por un lado, porque pretenden fijar doctrina sobre una cuestión jurídica controvertida en las instancias, y, por otro lado, porque pueden fundar por sí mismas el interés casacional (art. 483.2 3.º LEC y *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, Sala Primera, 27 de enero de 2017*).

Daré cuenta de algunas y no de todas: la selección tiene algo de discreción, aunque no sea -no quiera ser- caprichosa. Según los casos, también relataremos aquellas otras sentencias, sean de la sección 1.ª o 2.ª, que ilustran algún asunto de interés.

En ocasiones nos ocuparemos de las sentencias o cuestiones prejudiciales suscitadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional (TC) que tengan influencia o determinen la suerte de la interpretación que sostenga el Tribunal Supremo sobre este o aquel problema.

En esta primera *Crónica* -por excepción- abordaré el segundo semestre de 2021: de mayo a diciembre. Agosto no es hábil a estos efectos: art. 183 LOPJ. En los números venideros será por cuatrimestres, al igual que la propia revista.

Las sentencias de Pleno del Tribunal Supremo son estas: 237/2021, de 4 de mayo (Ignacio Sancho Gargallo), anotación preventiva de embargo y certificación de cargas, *sub 1*; 503/2021, de 7 de junio (M.ª Ángeles Parra Lucán), negocio representativo y protección de la apariencia, *sub 2*; 531/2021, de 14 de julio (José Luis Seoane Spiegelberg), filiación y buena fe, *sub 3*; 561/2021, de 23 de julio (Rafael Sarazá Jimena), *Dieselgate II*, daños morales contractuales, *sub 4*; y 589/2021, de 8 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) medios de apoyo adecuados para un discapaz, *sub 5*. Por último, referimos la

cuestión prejudicial planteada por el Pleno del Tribunal Supremo al TJUE relativa al *dies a quo* de cómputo de la acción restitutoria de los pagos hechos en virtud de una cláusula abusiva declarada nula: Auto Pleno de 22 de julio de 2021 (Pedro J. Vela Torres), *sub* 6.

No son las únicas sentencias de pleno en este periodo. Hay otras que solo mencionamos. En primer lugar, la sentencia 590/2021, de 9 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) relativa a que frente a lo que sostenía la ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública -DGSJFP, *v.gr.* RDGRN 3 de octubre de 2011 [BOE 26 de diciembre] o la RDSJFP 7 de julio de 2021, FD 4.º [BOE 26 de julio]- no es precisa la designación de un administrador judicial de la herencia y basta, por tanto, dirigirse contra los ignorados sucesores del titular, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.2 LEC. En segundo lugar, la sentencia [680/2021, de 7 de octubre](#) (Francisco Marín Castán) que sustancialmente decide que están excluidos del seguro obligatorio del camión tractor los daños que padezca el semirremolque -que se asimila o se incluye en las «cosas transportadas»- como se estableciera por la sentencia de la sala [246/1996, de 1 de abril](#) (Francisco Morales) y que se corrobora con el criterio formulado por el TJUE -sentencia de [10 de junio de 2021](#), asunto C-923/19, Van Ameyde España, S.A. y GES, Seguros y Reaseguros, S.A., que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo, [Auto Pleno de 28 de noviembre de 2019](#), recurso n.º 638/2017-.

Por último, tampoco daremos cuenta con detalle de la sentencia 769/2021, de 4 de noviembre (Antonio García Martínez) que subraya que el plazo de prescripción para la reclamación de las cuotas generales en el régimen de propiedad horizontal es de cinco años a tenor de lo previsto en el artículo 1966 3.º CC -y no según la regla general, ahora art. 1964 CC-, como ya se fijó por la sentencia 242/2020, de 3 de junio (Antonio Salas Carceller) que ofrecía la siguiente justificación en su fundamento de derecho 2.º:

«Como destaca parte de la doctrina, la regla se encuentra íntimamente ligada con la condena de la usura y trata de impedir la capitalización. Se trata de una norma inspirada en el favor debitoris, pues a través de ella se pretende impedir que los deudores se vean perjudicados mediante una continua y sucesiva acumulación que puede incluso en ocasiones conducirles, a través de elevadas demandas judiciales y el embargo de sus bienes, a la ruina; porque si el pago distanciado y periódico de las pequeñas sumas es algo que cabe dentro de las posibilidades económicas del deudor, la conversión de un cúmulo de posibilidades temporalmente distanciadas en una única deuda acumulada de mayor importe, por obra

de la voluntad del acreedor que deja intencionadamente de reclamar las prestaciones durante algún tiempo, puede conducir a graves perjuicios. Tales consideraciones no han de perder su efectividad por el lógico rechazo social que produce el hecho de la existencia de deudores morosos en las comunidades de propietarios. Son los responsables en cada caso de dichas comunidades -presidente y administrador- quienes han de velar por el cumplimiento adecuado de tales obligaciones y quienes, en su caso, deberán responder ante la comunidad a la que administran y representan».

1.- STS, Pleno, 237/2021, de 4 de mayo (Ignacio Sancho Gargallo): anotación preventiva de embargo y certificación de cargas.

El único motivo de casación fue la infracción del art. 82 LH, referido a la cancelación de inscripciones y anotaciones, en relación con el art. 175.2 RH que concierne a la cancelación en el procedimiento de apremio. En rigor el motivo considera que la Resolución DGRN (hoy DGSJFP) de 9 de abril de 2018 ([BOE 30 de abril](#)) sobre caducidad de las anotaciones de embargo y sus efectos sobre la posible cancelación de cargas posteriores, entra en contradicción con la doctrina de la Sala (en particular con la [sentencia 427/2017, de 7 de julio](#) [Antonio Salas Carceller]) y que ésta debe modificarse para adecuarse a la establecida por aquélla.

La controversia puede describirse del siguiente modo: qué efecto tiene la certificación de cargas, solicitada en el curso de la ejecución de un determinado embargo objeto de anotación preventiva y de la que se deja constancia mediante una nota marginal frente a derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo sucesivamente cancelada por transcurso de su plazo de vigencia. En particular cuando el plazo de cuatro años de la anotación preventiva se cumple después de que se hubiera emitido la certificación de cargas y antes de que se hubiera solicitado la inscripción registral del decreto de adjudicación con el que concluye la ejecución del bien embargado; o en otros términos, estando ya «caducada» la anotación, (art. 82 LH) -FD 2.º, apartado 2-.

El asunto es si, pese a la caducidad -que se declara y constata de oficio por el registrador-, cabe «o no» la cancelación de los derechos inscritos o anotados después de la anotación de embargo (que es la que atribuye prelación o preferencia), cancelación que se ordena con el decreto de adjudicación.

La sentencia de apelación consideró que, al amparo de la doctrina sustentada, entre otras, por la STS 427/2017, de 7 de julio, la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante causó estado y produjo su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de emisión de la certificación de cargas y gravámenes y, por tanto, es indiferente a esta situación la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante, que tuvo lugar con posterioridad. El recurso, en síntesis, con el apoyo en la RDGRN referida, considera que

«por razones de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario garantizado por el Registro de la Propiedad, y de acuerdo con los principios de prioridad (art. 17 LH) y tracto (art. 20 LH), caducada la anotación preventiva de embargo, esta pierde toda eficacia respecto de los terceros que hubieran inscrito o anotado sus derechos después de la anotación de embargo caducada».

Esta resolución sostiene que lo que afirma el Tribunal Supremo en su sentencia 427/2017, de 7 de julio, tiene efectos puramente procesales pero no registrales; y concluye:

«la protección de los derechos de titulares inscritos impone que el registrador rechace la inscripción del mandamiento cancelatorio que, sin prejuzgar su validez en el ámbito procesal, no puede desplegar su eficacia frente a terceros inscritos que mejore su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba la anotación ahora inexistente. Y remite para resolver la cuestión de fondo sobre las preferencias de cargas a las tercerías de mejor derecho o dominio, o las reclamaciones apoyadas en la ausencia de buena fe».

El Tribunal Supremo «desestima» el recurso por las siguientes razones. En primer lugar, por la declaración anterior de la propia Sala en su sentencia 427/2017, de 7 de julio, que invoca, a su vez, la doctrina contenida en un par de sentencias anteriores: [282/2007, de 12 de marzo](#) (Antonio Salas) y [88/2015, de 23 de febrero](#) (Antonio Salas), que reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC), en cuanto que

«la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior -como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante- no modifica dicha situación» (FD 2.º 3).

En segundo término, señala en su Fundamento de Derecho 2.º 5, que en esta cuestión concurre

«...una controversia entre la aspiración del sistema registral de otorgar una seguridad jurídica preventiva por la información que otorga el registro, de acuerdo con los asientos vigentes, y la seguridad jurídica que la certificación registral de cargas ha de otorgar a quienes concurren a la ejecución judicial. En el primer aspecto, mientras no varíe la regulación de la anotación preventiva de embargo, que tiene un plazo de vigencia de cuatro años, susceptibles de prórroga por otros cuatro años y de sucesivas prórrogas, la falta de prórroga de la anotación conllevaría su caducidad y la cancelación del asiento. De tal modo que quien consulte a partir de entonces la situación registral de la finca, no conocerá de la existencia de aquel embargo. En el segundo aspecto, la certificación de cargas permite conocer las cargas y derechos anteriores al embargo por el que se sigue la ejecución, así como las condiciones en que se puede adquirir en dicha ejecución (cargas que no desaparecerán con la adquisición). Si en el ínterin caduca la anotación de embargo y se cancela este asiento y la nota marginal de la certificación de cargas, con el efecto legal de que se pierda la prioridad registral que legitimaría al adjudicatario del bien en la ejecución a obtener la cancelación de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, también se genera una inseguridad jurídica sobre las adquisiciones en ejecuciones judiciales y en general en vías de apremio.

El planteamiento de esta controversia ha quedado matizado con la reforma de los arts. 656.2 LEC y 667.2 LEC, por las Leyes 19/2015, de 13 de julio, y 42/2015, de 5 de octubre, que introduce un sistema de información continuada del registro a través del portal de subastas hasta el término de la subasta».

En tercer lugar, establece las reglas de concurrencia entre las finalidades perseguidas -FD 2.º, 6.-:

«La clave radica en el efecto de la emisión de la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, que si se pretende «cause estado» y produzca «su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes», con las matizaciones derivadas del reseñado sistema de actualización permanente de información registral de la finca hasta la subasta, tiene que tener una repercusión en la información registral, en cuanto

que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva advertida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas.

Frente a la objeción formulada por la Dirección General de que no existe precepto legal que lo explicita así, baste advertir que un pronunciamiento jurisprudencial al respecto sería la culminación de una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico, en concreto el registral y el procesal, en aras de la seguridad jurídica. Cuando la dicción literal de los preceptos legales vigentes da lugar a una contradicción con una merma de seguridad jurídica para el sistema de ejecución o vías de apremio, con remedios desproporcionadamente onerosos y en muchas ocasiones insuficientes para quien adquiere confiado en la certificación de cargas, como es la tercería de mejor derecho o de dominio, los tribunales deben realizar una interpretación integradora de las normas del ordenamiento jurídico. Si la seguridad jurídica preventiva pivota sobre la vigencia de los asientos registrales y la información que en un momento determinado suministran, y en este caso la quiebra de esta seguridad provendría de dar eficacia a un asiento (anotación preventiva de embargo) que se había cancelado, frente a los titulares de derechos o cargas inscritos o anotados con posterioridad, ese riesgo de inseguridad se salvaría si no llegara a cancelarse aquel asiento.

Obviamente, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal no pueden provocar una prórroga indefinida, pues la ratio de la reforma legal introducida por la disposición final 9.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, fue evitar que las anotaciones preventivas puedan convertirse en perpetuas mediante su prórroga. De ahí que convenga declarar que la solicitud de certificación de cargas opera como una petición implícita de prórroga de cuatro años, a contar desde el momento de la emisión de la certificación y la extensión de la preceptiva nota marginal. Con ello se respeta la finalidad perseguida por la Ley al prever en todo caso la necesidad de la prórroga de las anotaciones preventivas y se asegura un plazo razonable dentro del procedimiento de ejecución en el que

se acordó el embargo para hacer efectiva la realización del bien y que el decreto de adjudicación pueda inscribirse en el registro con el efecto de cancelación de las cargas y derechos posteriores a la anotación de embargo.

Lo anterior supone una matización de la doctrina contenida en la 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que "causar estado" definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución».

2.- STS, Pleno, 503/2021, de 7 de junio (M.^a de los Ángeles Parra Lucán): negocio representativo y protección de la apariencia.

El constituyente no deudor de garantía hipotecaria y fianza a favor de un banco que actuó por representación pretende la nulidad de los negocios constituidos por falta de consentimiento: el poder fue declarado nulo después de la celebración del negocio representativo, por carencia de aptitudes intelectivas mínimas del poderdante. Tal pretensión es estimada en apelación. Recurre en casación el Banco con un único motivo: considera infringido el artículo 1738 en relación con el artículo 1259, ambos del Código civil. La cuestión controvertida es, según el Tribunal, la siguiente -FD 1.º, 1-:

[cuáles son] *«los efectos de la declaración judicial de nulidad absoluta de un poder por falta de consentimiento válido y eficaz del poderdante sobre los negocios concluidos en representación por el apoderado».*

Como elemento de interés la escritura original se otorgó como si fuera el poderdante el constituyente y fiador para después ser rectificadas con la expresión de que tal otorgante actuó mediante representante -a la sazón su hijo-. El Banco alega

«que su actuación estaba amparada por la confianza en la legalidad del poder notarial, a cuyo otorgamiento era ajena y cuya nulidad fue declarada cuatro años después del otorgamiento de la escritura; que desconocía el estado de salud y los antecedentes médicos de D. Obdulio [el constituyente y fiador: el poderdante; padre del representante] hasta que fue emplazada en 2016 en los autos que dieron lugar a la declaración de nulidad de poder; que igualmente ignoraba su fallecimiento hasta que la ahora demandante [hija del representado] se personó en el procedimiento de ejecución; que era tercero de buena fe protegido por el art. 34

LH habida cuenta de que registralmente el Sr. Obdulio tenía facultades para llevar a cabo el negocio y lo hacía válidamente representado, por lo que la nulidad del poder no determinaba la de la hipoteca» (FD 1.º, 8).

El recurso de casación parece plantear la cuestión en términos excluyentes (FD 2.º, 2): o bien rige el art. 1738 CC (*Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe*) y se protege la apariencia jurídica; o bien se aplica la regla general que se deduce del párrafo segundo sobre todo, del art. 1259 CC para los casos de ausencia de poder (*El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*), regla de la que el primer precepto es excepción.

El Tribunal «desestima» el recurso. Por un lado, considera en el Fundamento de Derecho 3.º 2, que

«La declaración judicial de nulidad del poder por falta de consentimiento (art. 1261 CC) comporta que Don Joaquín [el representante, hijo del principal] no pueda ser considerado como un representante con poder, pues los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de extinción de un poder válido otorgado por el poderdante y, en consecuencia, no es aplicable el art. 1738 CC, que se refiere a las causas que hacen cesar el mandato, por lo que la sentencia recurrida, al no aplicarlo, no infringe este precepto».

Por otro lado, no merece especial protección el tercero -el Banco- pese a que no haya sido una cuestión valorada específicamente por la sentencia de apelación (recurre el Tribunal al llamado efecto útil para hacerlo él). Así recoge la doctrina de la Sala sobre cuáles son los elementos sobre los que se construye la buena fe del tercero: sentencias [707/2012, de 27 de noviembre](#) (Ignacio Sancho, 8-11); [695/2013, de 20 de noviembre](#) (José Ramón Ferrándiz, FD 7.º) y [503/2014, de 7 de octubre](#) (Ignacio Sancho, 11 y 12). Concluye en el FD 3.º, 5:

«En el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó

la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC). Además, tampoco concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que el banco [que es un «tercero» frente al poder] quede protegido por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial y consistente, de una parte, en la existencia de un poder notarial, para cuyo otorgamiento el notario emite un juicio sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad, y, de otra, en el otorgamiento en escritura de los negocios concluidos en representación.

En el presente caso, por el contrario, concurren una serie de circunstancias que permiten concluir que el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacitación -que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por Bankia y confirmar el fallo de la sentencia recurrida, dado que si bien la sentencia no entró a valorar si el banco debía quedar protegido por la apariencia generada por la intervención notarial, la solución a la que llega no es contraria a los preceptos que se citan en el recurso tal y como han sido interpretados por la doctrina de la sala».

3.- STS, Pleno, 531/2021, de 14 de julio (José L. Seoane Spiegelberg): filiación y buena fe.

En el caso los, al parecer, hermanos de vínculo sencillo de una hermana fallecida ejercen una acción de impugnación del auto de declaración de herederos *ab intestato* frente al hermano de doble vínculo de ésta, declarado heredero único de su hermana premuerta. Lo hacen con la cobertura de una sentencia firme de reclamación de paternidad no matrimonial que siguieron contra sus medio hermanos -ya fallecido el progenitor- en 2010. Los actores ocultaron en este procedimiento de filiación la sentencia firme anterior -de 1986- que desestimó la acción de reclamación de paternidad no matrimonial que interpusieron frente a la esposa y medio hermanos del progenitor supuestamente común ya fallecido entonces, en 1985. En este procedimiento los codemandados fueron declarados en rebeldía sin constancia de su emplazamiento personal.

Tanto en la instancia como en apelación se «estimó» la demanda. La Audiencia Provincial rechazó la aportación de la sentencia desestimatoria de 1986, aportación que sí la admitió el Tribunal Supremo.

El recurso de casación tiene dos motivos: en el primero se denuncia la infracción de los artículos 6.4 y 7 del Código civil por fraude de ley y abuso del derecho en el ejercicio de la acción de filiación, que los recurrentes consideran contrario a la buena fe en el ejercicio de los derechos. En el segundo, se aduce la infracción del (párrafo primero) artículo 112 CC que limita los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación a que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos (*La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario*). Finalmente solo aborda la cuestión del ejercicio contrario a la buena fe de la acción de petición de herencia y concluye, con estimación del recurso -FD 2.º 3 - :

«De la manera expuesta, [los medio hermanos que ejercieron la petición de herencia] incurrieron en un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Así, aceptaron la primera sentencia de filiación, que no cuestionaron en su momento, con lo que alcanzó firmeza, y dejaron transcurrir un dilatado periodo de tiempo de más veinticinco años de respeto de tal declaración judicial; sin embargo, en contra de las más elemental lealtad, en el ejercicio de los derechos,

promovieron un nuevo proceso, en el que, con aprovechamiento de la declaración de rebeldía de los demandados, ocultan intencionadamente la primera sentencia, evitando de esta forma el debate sobre la existencia de cosa juzgada, o el juego, en su caso, de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1981, y obtienen un pronunciamiento favorable de reconocimiento de su filiación, tras la práctica de una prueba biológica, que científicamente la acreditaba, todo ello en función de una ulterior reclamación de unos derechos hereditarios para la cual requerían un título habilitante».

La sentencia resume la doctrina relativa al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe en el Fundamento de Derecho 2.º 2, apartado que rubrica «algunas consideraciones previas sobre el principio de la buena fe:

«Por Ley 3/1973, de 17 de marzo, de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil, se autorizó al gobierno para que, a propuesta del Ministro de Justicia, modificase dicho título con sujeción a lo que se establecía en los artículos siguientes. Pues bien, en su artículo segundo, base tercera, apartado uno, se dispuso que «[...] se configurará la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos y la sanción de los ejecutados en fraude de la Ley o que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho».

Con posterioridad, en virtud de la autorización conferida, se dictó el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código civil. En su preámbulo, se hizo referencia expresa a que, junto a la prohibición del fraude y del abuso, se proclama el principio del ejercicio de los derechos conforme a la buena fe, con respecto a la cual se señala: «Existen indiscutibles concomitancias entre aquellas prohibiciones y la consagración, como módulo rector del ejercicio de los derechos, de la buena fe, no obstante las más amplias manifestaciones de ésta. Sin pretender una alteración del juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, ha parecido pertinente enunciarla como postulado básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico».

La consagración de este principio, en el título preliminar del Código Civil, concretamente en su art. 7, junto con la proclamación de que la ley no ampara el abuso de derecho ni el ejercicio antisocial del mismo, determina que adquieran

un efecto dinamizador sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto. Constituye una manifestación normativa de protección general contra la mala fe, que se entroncaba históricamente con la llamada exceptio doli, propia del derecho romano, concebida como mecanismo de defensa contra la actio ejercitada dolosamente.

La doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de supuestos típicos, que encierran un desleal ejercicio de los derechos subjetivos, al margen de los postulados de la buena fe, en tanto en cuanto la misma veda ir en contra de los actos propios (sentencias [320/2020, de 18 de junio](#) [Juan M.^a Díaz Fraile]; [63/2021, de 9 de febrero](#) [Juan M.^a Díaz Fraile] o [386/2021, de 7 de junio](#) [José L. Seoane Spiegelberg], entre otras muchas), es incompatible con el retraso desleal en el ejercicio de los derechos (sentencias [769/2010, de 3 diciembre](#) [Encarnación Roca]; [872/2011, de 12 de diciembre](#) [Encarnación Roca] y [634/2018, de 14 de noviembre](#) [Antonio Salas], entre otras), es contraria a abusar de la nulidad por motivos formales, cuando se cumple o se acepta conscientemente el negocio jurídico que adolece de un defecto de tal clase (sentencias [762/1985, de 12 de diciembre](#) [Jaime Castro] y [318/1987, de 23 de mayo](#) [Rafael Pérez Gimeno]), o exige la observancia de la regla tu quoque, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido (sentencias [104/1995, de 17 febrero](#) [Rafael Casares]; [489/2010, de 15 de julio](#) [José Ramón Ferrándiz] o [120/2020, de 20 de febrero](#) [Juan M.^a Díaz Fraile]), entre otras manifestaciones al respecto.

Nuestro Tribunal Constitucional, ya en las primeras sentencias, como las que llevan número [120/1983, de 15 de diciembre](#) (Ángel Escudero) o [6/1988, de 21 de enero](#) (Luis Díez-Picazo), ha reconocido la virtualidad de dicho principio en el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, en el fundamento de derecho 2 de la primera de las precitadas resoluciones, reconoció la vigencia de «[...] lo previsto en el artículo 7.1 del Código Civil en orden al ejercicio de todos los derechos -de los constitucionales también- conforme a las exigencias de la buena fe»; y, en el fundamento jurídico 7, de la segunda de las precitadas sentencias, se declaró que «[...] el fraude, la deslealtad o la conducta realizada con abuso de confianza

no podrían buscar amparo bajo norma constitucional declarativa de derecho alguno».

Igualmente, la vigencia de dicho principio se reconoció en las sentencias del referido tribunal 106/1996, de 12 de junio (Julio D. González Campos); 1/1998, de 12 de enero (Julio D. González Campos); 90/1999, de 26 de mayo (Julio D. González Campos); 241/1999, de 20 de diciembre (Guillermo Jiménez); 20/2002, de 28 de enero (María Emilia Casas), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (SSTC 241/1999, de 20 de diciembre [Guillermo Jiménez] y 56/2008, de 14 de abril [Pascual Sala]), también STC 172/2020, de 19 de noviembre (Juan José González Rivas) (FJ 6). Las SSTC 108/1985, de 8 de octubre (Ángel Escudero); 198/1987, de 14 de diciembre (Carlos de la Vega) o más recientemente 60/2017, de 22 de mayo (Cándido Conde-Pumpido) y 165/2020, de 16 de noviembre (Ricardo Enríquez), entre otras, reconocen que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE se debe ejercitar también con sujeción al principio de la buena fe.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de la misma manera valora que, en el ejercicio de los derechos fundamentales, se haya actuado con sujeción a las exigencias de tal principio (SSTEDH de 21 de enero de 1999, Fressoz y Roire c. Francia, § 54; de 20 de mayo de 1999, Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, § 68; de 10 de diciembre de 2007, Stoll c. Suiza, § 141; de 8 de enero de 2008, Saygılı y otros c. Turquía, § 38, o de 29 de julio de 2008, Flux c. Moldavia, § 29).

Por otra parte, las maquinaciones fraudulentas constituyen supuestos de revisión de sentencias firmes (art. 510.4 LEC). El art. 147 de la LEC proclama que «[...] los intervinientes deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe»; y, por su parte, el art. 11 de la LOPJ señala, en su apartado primero, que «[...] en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe» y, en su número segundo, que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»; preceptos que constituyen nuevas manifestaciones normativas de la exigibilidad del ejercicio de los derechos conforme a tan fundamental principio.

En definitiva, actuar conforme a los requerimientos derivados de la buena fe, dentro de los cuales se podría incluir abusar del derecho, exige no hacerlo en contra de la confianza suscitada en la otra parte; ser coherente con la propia conducta por imperativos éticos; y no ejercitar de forma desleal los derechos subjetivos. Las actuaciones sin sujetarse a dicho principio no generan una mera sanción moral por la conducta desencadenada, sino indiscutibles consecuencias jurídicas sobre el ejercicio de los derechos, como incluso la desestimación de las pretensiones ejercitadas».

4.- STS, Pleno, [561/2021, de 23 de julio](#) (Rafael Sarazá Jimena): *Dieselgate II*.

Esta sentencia sigue parcialmente a la STS, Pleno, [167/2020, de 11 de marzo](#), *Dieselgate I* (ponencia, también, de Rafael Sarazá) que resuelve un caso análogo del ejercicio de una acción indemnizatoria de una compradora de un vehículo frente a concesionaria y frente a Seat S.A. y en la que únicamente se debate cuál es el alcance del artículo 1257 CC (esto es, si cabía o no dirigirse contra Seat, S.A.).

En el caso el comprador de un vehículo Audi reclama «contractualmente» los daños morales padecidos por la ocultación dolosa de un dispositivo que falseaba las emisiones contaminantes del vehículo comprado. Lo hace frente al concesionario vendedor y frente a la sociedad íntegramente participada por el fabricante (Volkswagen AG) en España: Volkswagen Audi España, S.A. (*Vaesa*, en adelante) sociedad que comunicó, en 2015, al comprador que solventaría el problema a través de sus servicios postventa y así proveyó de una actualización del *software* de la unidad de control del vehículo.

En el caso la pretensión principal que ejerció el comprador era la nulidad y alternativamente la resolución del contrato celebrado en 2008, pretensiones que abandonó en el recurso para sostener en casación solo la relativa a la indemnización contractual de los daños morales. Todas las pretensiones fueron desestimadas tanto en la instancia como en la apelación ([SAP Madrid, sección 14.^a, 14 de marzo de 2018](#)).

Las cuestiones que resuelve el Tribunal son las dos siguientes: por una parte, si la sociedad *Vaesa* debe soportar las consecuencias del ejercicio de la pretensión indemnizatoria (FFDD 2.º a 5.º). Por otra, si nace la obligación de indemnizar los daños morales contractuales padecidos por el comprador y ésta es exigible frente a *Vaesa* (FFDD 6.º y 7.º, donde, además, se declara que la exigencia de imputación dolosa para que nazca la

obligación de indemnizar estos daños excluye la posibilidad de atribuírselos a la concesionaria, que ignoraba el fraude cometido, FD 7.º).

En la primera cuestión -legitimación pasiva de la sociedad Volkswagen Audi España, S.A. que, recordemos, no es el fabricante del vehículo- se emplean dos argumentos para consagrar su legitimación pasiva. Por un lado, la doctrina de los actos propios (art. 7.1 CC). Así en el FD 3.º 6:

«el hecho de que Vaesa no solo sea una sociedad del grupo Volkswagen sino que además esté íntegramente participada por Volkswagen AG, a través de otras sociedades del grupo, explica su conducta de asumir en España la posición de responsabilidad propia del fabricante, al remitir una carta a los adquirentes y usuarios de vehículos Audi, Volkswagen y de otras marcas del mismo grupo, en términos que solo el fabricante puede asumir, pues no solo reconoció que «la incidencia de los motores Diésel EA189» afectaba al vehículo comprado por el demandante y le instó a permanecer tranquilo respecto de la seguridad del vehículo, sino que además comunicó a los compradores cómo se abordaría la «incidencia» y ofertó su realización a través de «nuestros Servicios Oficiales».

Y añade en el apartado 7 del FD 3.º: «En esa carta, Vaesa asume la responsabilidad propia del fabricante del vehículo en que se instaló el dispositivo fraudulento (que, como se ha dicho, era indirectamente el titular del 100% de su capital social) y constituye un acto propio, expresión de una verdadera asunción de legitimación en la que los destinatarios de esa comunicación podían confiar y que en este litigio ha pretendido negar, con lo que no solo va contra sus propios actos sino que además pretende obstaculizar gravemente las posibilidades de resarcimiento de los perjudicados, que tendrían que litigar en Alemania o bien hacerlo en España pero realizando un gasto considerable en la traducción al alemán de la demanda y documentación aneja, y debiendo posteriormente promover la ejecución de la sentencia en Alemania, lo que en litigios de cuantía baja o moderada supone un obstáculo difícil de superar para el perjudicado».

Por otro lado, el Tribunal considera que concurre una excepción a la regla de la relatividad de los contratos consagrada en el artículo 1257 CC y, al efecto, se remite a la STS 167/2020, de 11 de marzo (Dieselgate I), en la que se exponen las razones que justifican tal excepción en su FD 4.º, apartados 13 a 18:

«13. Entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente, que es usual en este sector, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo. Además, con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles.

14. Por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante.

15. En estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes que, en el caso de ser consumidores, tienen recogido expresamente como uno de sus derechos básicos «la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos» (art. 8 c) TRLGDCU). Su derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente. Asimismo, puede ocurrir que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el art. 1107 del Código Civil, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso.

16. Por las razones expuestas, en estos casos, el fabricante del vehículo no puede ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento.

17. *Sentado lo anterior, en este sector de la contratación, una interpretación del art. 1257 del Código Civil que respete las exigencias derivadas del art. 8.c) TRLGDCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado (art. 3 del Código Civil), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final).*

18. *Por ello, el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante. Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual consistente en que el vehículo adquirido por la compradora final demandante no reunía las características, en cuanto a emisiones contaminantes, con las que fue ofertado».*

En segundo lugar aborda, en el FD 7.º, la cuestión de la pertinencia de que indemnice los daños morales contractuales a quien ya considera legitimado. Por un lado, selecciona los daños indemnizables o, en rigor, la fuente de tales daños: «la incertidumbre y el desasosiego derivado del descubrimiento, en el contexto de un grave escándalo en la opinión pública, de que el vehículo que ha comprado incorporaba un dispositivo ilegal que falseaba los resultados de las pruebas de homologación del vehículo en lo relativo a emisiones de gases contaminantes, con consecuencias inciertas» (apartado 3).

Por otro lado, considera que debe existir además de la relación de causalidad material una imputación objetiva que, en el caso, no cabe referir ni al fin de protección de la norma ni al criterio de la relevancia:

«Por lo general, cuando se exigen daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, sin implicaciones respecto de los bienes de la personalidad, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los daños morales (en el sentido amplio de daños no patrimoniales) que hubiera podido sufrir el demandante, no podría establecerse una imputación objetiva con base en el criterio del fin de protección de la norma cuando, como ocurre en el caso objeto del

recurso, explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad moral, la dignidad o la libertad personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas». (apartado 5).

Para el Tribunal procede la indemnización de los daños morales contractuales cuando el incumplimiento es doloso. En tal caso «el título de imputación se deriva de la previsión del art. 1107 del Código Civil de que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» y al efecto reproduce parcialmente la STS [366/2010, de 15 de junio](#) (Juan A. Xiol, FD 6.º) que considera que para la indemnización de los daños morales padecidos basta la imputación dolosa

«independientemente de que el cumplimiento del contrato comportase o no la obligación de preservar a la otra parte de dichos daños».

Concluye la sentencia de la que damos cuenta en el apartado 7 del FD 7.º:

«En consecuencia, podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente, Vaesa (en tanto que asumió ante los compradores la responsabilidad de su matriz, la fabricante que instaló el dispositivo fraudulento). Pero no existe base fáctica que permita afirmar que el concesionario conociera siquiera la instalación de dicho dispositivo. Por tanto, al no poder atribírsele una conducta dolosa, no se le pueden imputar objetivamente la causación de los daños morales causados al comprador».

En cuanto a la cuantía del daño moral reduce sustancialmente el importe que se pidió. Y así señala en los apartados 8 y 9 del mismo Fundamento de Derecho 7.º:

«La cantidad de 11.376 euros reclamada por daños morales es manifiestamente desproporcionada, tanto por la entidad de las implicaciones anudadas al descubrimiento del dispositivo de desactivación como, en este caso, la antigüedad del vehículo, nueve años, que necesariamente implicaba que una parte considerable de su vida útil había ya transcurrido y que por tanto las expectativas del comprador no podían ser equiparables a las de aquellos que hubieran comprado el vehículo en un momento más cercano al del descubrimiento del fraude, por lo que los daños morales derivados de las incertidumbres a que se ha hecho referencia son necesariamente menores para el demandante.

9. Por tales razones, en este caso parece razonable establecer una indemnización de quinientos euros por los daños morales sufridos por el demandante, a cuyo pago procede condenar a Vaesa».

Desproporción que, en fin, impide a juicio del Tribunal el devengo de los intereses moratorios previstos en los artículos 1101 y 1108 CC.

5.- STS, Pleno 589/2021, de 8 de septiembre (Ignacio Sancho Gargallo) medios de apoyo adecuados respecto a una persona que padece el síndrome de Diógenes -que, en palabras de la sentencia de apelación, «se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda»-.

La sentencia de apelación corroboró la de instancia que había declarado la incapacidad de obrar y «*como medida de apoyo la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio (...), de modo que se autoriza al Principado de Asturias como tutora del demandado a la entrada en el domicilio (...) con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a Dámaso -nombre que asigna el Cendoj- solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia» (modificadas por el Tribunal Supremo que acuerda «la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de Dámaso, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias»).*

El demandado aduce en casación que «*no cabe predicar la incapacitación de una persona cuyas manías o extravagancias puedan causar rechazo, pero que en ningún caso deben abocar en una solución judicial como la adoptada que contiene un remedio de suma incidencia en su vida, obligándole a permitir la entrada en su domicilio a terceros para que limpien y ordenen su vivienda en contra de su voluntad».*

Esta sentencia acoge la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

(pronunciamiento exigido por la DT 6.^a), que constituye, como dice la propia sala, FD 3.º, apartado 1, una «profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas», cuyos rasgos fundamentales expone en el FD 3.º apartado 1:

«La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

La provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se sujeta a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

Consiguientemente, el anterior régimen de guarda legal (tutela y la curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial que la acuerde «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo» (párrafo 5 del art. 250 CC).

La reforma afecta al Código civil, sobre todo a la provisión de apoyos y su régimen legal, y también al procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso deberá iniciarse un procedimiento especial de carácter contradictorio, que es, en esencia, una adaptación del procedimiento anterior».

El Tribunal expone seguidamente los rasgos del sistema de apoyos que se prevén en la reforma, FD 4.º apartado 1:

«De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del

nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas».

Después enuncia, FD 4.º apartado 2, las directrices a que debe someterse la decisión que acuerde elegir e imponer una medida de apoyo. Los elementos son: en primer lugar, someterse a los criterios fijados en el artículo 268 CC, en particular en su párrafo primero («serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»). En segundo lugar, «el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso» y así el artículo 269 CC (párrafo tercero, curatela que solo

de manera excepcional comporta facultades representativas). En tercer lugar, la medida de apoyo no puede consistir en una simple privación de derechos (art. 269 *in fine* CC).

Los interrogantes que resuelve la sentencia son dos: si es preciso mantener la declaración judicial de modificación de la capacidad y cuál es el alcance que deba darse a las medidas de apoyo acordadas -si estas son o no conformes con lo previsto en el régimen modificado o qué efectos tiene la discapacidad de la persona sobre el ejercicio de sus derechos cuando, además como es el caso, las medidas acordadas cuentan con la oposición expresa del afectado, asunto que aborda algo más adelante-.

Sobre la primera cuestión señala en el FD 4.º apartado 3: *«El primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece cualquier declaración judicial de modificación de capacidad».*

En lo que concierne a la segunda pregunta, la sala desarrolla este asunto desde la perspectiva de la posición y necesidades del discapaz:

«Es objetivo que el trastorno que padece Dámaso está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad.

Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. Dámaso, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurarla prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado».

En fin, concilia la adopción de medidas con la negativa expresa del afectado y la expresión de su autonomía y preferencias, en el FD 4.º apartado 5, que reproduzco íntegramente por su interés:

«En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c) LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

6.- Auto Pleno de 22 de julio de 2021 (Pedro J. Vela Torres): cuestión prejudicial planteada al TJUE relativa al *dies a quo* de cómputo de la acción restitutoria de los pagos hechos en virtud de una cláusula abusiva declarada nula en un contrato con consumidores.

En el caso la sentencia de apelación declaró prescrita la acción puesto que habían transcurrido, conforme a la redacción entonces vigente del art. 1964 CC, más de quince años desde que se habían hecho efectivo los pagos reclamados ([SAP Barcelona, sección 15.ª, 20/2020, de 8 de enero](#) [Marta Cervera]). Cabe señalar que hay otra cuestión

prejudicial planteada sobre una controversia análoga por Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 20 de Barcelona, de 22 de julio de 2021 si bien se refiere, por su parte, a los arts. 121-20 y 121-23 CCCat. Las preguntas que formula el TS son las siguientes:

«1. ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2.- Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios (sentencias de 23 de enero de 2019 [se refiere a las sentencias Pleno, 44 (Rafael Sarazá Jimena); 46 (Pedro J. Vela Torres), 47 (Pedro J. Vela Torres), 48 (Pedro J. Vela Torres); y 49/2019, de 23 de enero (Pedro J. Vela Torres)])?

3.- Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, SSTJUE de 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank SA*, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; o de 16 de julio de 2020, *Caixabank SA y BBVA*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior?

Las razones que justifican las preguntas que se formulan aparecen consignadas en el Razonamiento jurídico 5.º del Auto.

«1.- La jurisprudencia del TJUE sobre prescripción de las acciones de restitución posteriores a la declaración de abusividad de una cláusula en un contrato con consumidores se compendia en la sentencia de 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, apartados 26-48. Esta sentencia resume las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18; de 16 de julio de 2020, Caixabank SA y

BBVA, asuntos acumulados C-224/19 y C- 259/19; y 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19.

2.- *En lo que concierne al «comienzo del cómputo del plazo», las SSTJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA; 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, y 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance se refieren expresamente a casos en que se juzgaba la compatibilidad del dies a quo previsto en el Derecho interno con la interpretación del Derecho de la Unión. En la STJUE 16 de julio de 2020, CaixaBank SA y BBVA, apartado 88, el TJUE ha considerado que no es compatible con el principio de efectividad el plazo que comienza «desde la celebración del contrato». En el caso de la sentencia 10 de junio de 2021, BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, el Tribunal de Justicia es más explícito todavía en su apartado 47: «Pues bien, la oposición de un plazo de prescripción de cinco años, como el controvertido en los litigios principales, a una acción ejercitada por un consumidor para obtener la devolución de cantidades indebidamente abonadas, sobre la base de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13, que empieza a correr en la fecha de la aceptación de la oferta de préstamo, no garantiza a dicho consumidor una protección efectiva, ya que ese plazo puede haber expirado antes incluso de que el consumidor pueda tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato en cuestión. Un plazo de ese tipo hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a dicho consumidor y, por consiguiente viola el principio de efectividad (véanse, por analogía, las sentencias de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank, apartados 67 y 75, y de 16 de julio de 2020, CaixaBank y BBVA, apartado 91)». El TJUE ha considerado que tampoco es compatible con la Directiva 93/13/CEE fijar como dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución el día en que se produce el «enriquecimiento indebido» o, en suma, el día en que se realizó el pago. Es el caso de la STJUE de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, apartados 51- 52, 60-66. Y ello, porque es un plazo objetivo que puede transcurrir sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula, por lo que resulta contrario al principio de efectividad. E igual sucede respecto de un plazo que comienza a correr con el cumplimiento íntegro del contrato: STJUE de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank SA, apartados 65, 67 y 75.*

3.- Si, conforme a dichos pronunciamientos previos del TJUE, descartamos la solución consistente en que el día inicial del plazo de prescripción sea el día en que se hicieron los pagos indebidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada abusiva sea compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, quedarían dos opciones:

a) *Que el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución sea el de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula. Esta solución puede colisionar con el principio de seguridad jurídica, que constituye uno de los principios del ordenamiento jurídico de la UE: en la práctica, convierte la acción de restitución en imprescriptible, puesto que no puede comenzar el plazo de prescripción hasta que se haya estimado una acción (la de nulidad) que es imprescriptible en el Derecho interno, por tratarse de una nulidad absoluta. Además, el principio de seguridad jurídica se podría ver gravemente comprometido si se diera lugar a reclamaciones relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas.*

b) *Que el día inicial sea aquel en que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes en que declaró que las cláusulas que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos del contrato eran abusivas y decidió cómo debían distribuirse tales gastos una vez expulsada la cláusula del contrato. Igualmente, puede decirse, no respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino desde la propia jurisprudencia del TJUE, cuando admitió que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción. Este criterio, que no contradice la prescriptibilidad de la acción de restitución, plantea el problema de que puede ser contrario al principio de efectividad, por ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia».*