

## ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS NOMINATION AGREEMENTS Y SU ENCAJE EN DERECHO ESPAÑOL\*

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS  
Abogado\*\*

### Algunas consideraciones en torno a los *nomination agreements* y su encaje en Derecho español

Los inversores internacionales centran cada vez más en nuestro país su interés en las residencias de estudiantes, tradicionalmente gestionadas por operadores nacionales privados y órdenes religiosas. Aun así, es ajena a nuestra práctica negocial lo que se conoce en el mercado anglosajón como *nomination agreements*, que el autor ha propuesto denominar contratos de reserva de plazas de alojamiento de estudiantes en régimen de contingente con garantía de ingresos. Se sostiene que la implantación en nuestro país de este tipo de acuerdos, en tanto que contrato atípico, de realizarse con las oportunas cautelas, probablemente reportaría beneficios para los actores involucrados: universidad, estudiantes, promotor, gestor, inversor y financiador. Más allá de las distintas calificaciones jurídicas que se consideran, se concluye que el contrato objeto de análisis forma parte de una figura negocial compleja en la que se integran también los contratos con los estudiantes que se suscriben como consecuencia de aquel. Se identifica la figura del ingreso mínimo garantizado (presente en práctica habitual en los contratos de reserva de alojamiento hotelero que suscriben las agencias de viajes con el empresario hotelero, así como en los contratos de distribución y de publicidad) como piedra angular en la que se sustentan los pagos garantizados por la universidad, que (no tratándose de una garantía típica) se convienen fundamentalmente en contraprestación por la puesta a disposición de la universidad (por el titular de la residencia) en firme de plazas o habitaciones que le permiten ofrecer a sus clientes un paquete atractivo de formación y alojamiento.

### Accommodating nomination agreements under Spanish law

International investors in Spain are increasingly focusing on student residences, which have traditionally been operated by private local operators and religious organisations. While the nomination agreements frequently found in English-speaking jurisdictions are not specifically regulated in Spain and not used in practice, the author proposes that an equivalent type of contract be introduced for these purposes in Spain, which could be known as guaranteed return student accommodation booking contracts. It is argued that the introduction of this type of contract, provided the appropriate safeguards are put in place, would likely benefit all the parties involved: university, students, developer, operator, investor and funder. Irrespective of their similarities with existing types of Spanish contracts, it is concluded that nomination agreements are a complex arrangement that incorporates the tenancy agreement that the students sign. It is also concluded that the guarantee element underlying nomination agreements does not qualify strictly speaking as a guarantee under Spanish law. The concept of guaranteed income, common in other types of contracts (i.e. hotel room booking agreements entered into by travel agencies with hotel operators, distribution agreements and publicity contracts) is the cornerstone on which the payments guaranteed by the university are based and in return for which the residence owner guarantees the university access to a number of beds or rooms, which allows the university to offer its students an attractive package that encompasses both education and accommodation.

#### PALABRAS CLAVE

Contrato de reserva de plazas de alojamiento de estudiantes en régimen de contingente con garantía de ingresos, Residencias de estudiantes, Reserva, Disponibilidad, Ingresos garantizados, Contrato de hospedaje, Contratos atípicos, Garantías atípicas.

#### KEY WORDS

Nomination agreement, Students' accommodation, Booking, Availability, Guaranteed income, Tenancy agreement, Non-regulated contracts, Non-regulated guarantees.

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

### 1 · INTRODUCCIÓN

Los inversores internacionales vienen centrandos cada vez más su interés en las residencias de estudiantes en nuestro país (tradicionalmente gestionadas por operadores nacionales privados y órdenes

religiosas), que en algunos de los países de nuestro entorno han pasado de ser activos inmobiliarios considerados como alternativos a ser un producto con una demanda y liquidez tan alta como los hoteles o plataformas logísticas.

En el modelo habitual en el mercado español, la universidad —normalmente propietaria de la residencia— suele otorgar al operador, en el marco de un concurso público, una concesión de gestión de servicio público a largo a plazo (que no podía exceder legalmente de cincuenta años y que queda reducida a cuarenta con la regulación de la concesión de servicios de la nueva Ley de Contratos del Sector Público)

\* Este estudio es una versión revisada y actualizada del trabajo «Los *nomination agreements* (o contratos de reserva de plazas de alojamiento de estudiantes con garantía de ingresos), fórmula alternativa al modelo de contratación tradicional en el mercado español de residencias de estudiantes», publicado en *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n.º 7, 2018.

\*\* Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Barcelona).

en el marco de la cual el operador construye y opera la residencia, mientras que la universidad desarrolla indirectamente un papel de comercializador (al proporcionarle al operador los estudiantes con los que firma los correspondientes contratos) y recibe del operador un canon inicial o un canon periódico consistente en un porcentaje de los ingresos brutos (según la oferta presentada por el operador en el concurso), pero no garantiza al operador una ocupación o ingresos mínimos, de manera que al término de la concesión la edificación revierte a la universidad.

No son comunes en nuestro país, por tanto, las fórmulas contractuales habituales en el Reino Unido —los denominados *nomination agreements*— que producen el efecto de desplazar parcialmente el riesgo del inversor a la universidad correspondiente, al garantizar al inversor unos ingresos mínimos. La implantación de estas fórmulas en nuestro país constituiría lógicamente también un atractivo para los financiadores de este tipo de proyectos, que están dispuestos a financiar conforme al habitual modelo concesional y muestran apetito por ganar mercado en el sector. En efecto, los *nomination agreements* implican una garantía de ingresos mínimos a cargo de la universidad durante el periodo contractualmente pactado, y ello con independencia de la efectiva demanda y ocupación de las plazas o habitaciones<sup>1</sup>. Los elementos de ingreso mínimo garantizado y desplazamiento parcial del riesgo del inversor a la universidad son, por tanto, inherentes a la figura del *nomination agreement*.

## 2 · CONTEXTO DE MERCADO

La demanda de plazas en residencias de estudiantes sigue en aumento en nuestro país, cuyas ciudades y universidades se están convirtiendo en destinos de máximo interés para los estudiantes europeos e internacionales, especialmente latinoamericanos. El déficit de oferta existente y la limitada capacidad financiera de las universidades —en el actual contexto de restricciones presupuestarias— para actualizar sus propios establecimientos tradicionales (colegios mayores propiedad de la universidad situados a menudo en el campus y residencias universitarias fuera del campus adscritas a la universi-

<sup>1</sup> La distinción entre plazas y habitaciones obedece a que los estudiantes tienden en la actualidad a contratar habitaciones individuales, pese a que tradicionalmente ha sido habitual compartir habitación y comercializar de forma individual, por tanto, plazas o camas.

dad mediante un convenio al efecto<sup>2</sup>), junto al elevado coste de la vivienda en alquiler, ofrecen oportunidades a los operadores del sector privado para alcanzar acuerdos con universidades y ofrecer residencias en el mercado.

Estos factores, conjugados con el hecho de que este mercado esté menos consolidado en nuestro país que en otros países europeos, contribuyen, en opinión de los expertos, a que las residencias de estudiantes vayan a devenir en uno de los activos inmobiliarios más demandados por los inversores en los próximos ejercicios<sup>3</sup>.

## 3 · CONTEXTO URBANÍSTICO Y MARCO REGULATORIO

En este contexto, nuestras Administraciones públicas tienden en general a facilitar la implantación de residencias de estudiantes modernas gestionadas por operadores privados, que habitualmente suscriben acuerdos con la universidad a determinados efectos. Las residencias han sido consideradas tradicionalmente equipamientos educativos (como consecuencia de su vinculación más o menos estrecha con la universidad), lo que ha facilitado su implantación en distintos tipos de suelo, y sobre todo en parcelas que históricamente han tenido un valor reducido en el mercado por las limitaciones derivadas de su régimen urbanístico<sup>4</sup>, por lo que no han llevado en principio aparejados los elevados costes de adquisición propios del suelo residencial o del suelo apto para uso hotelero. Esto supone, a nuestro entender, una ventaja competitiva respecto a otras jurisdicciones en las que tiende a categorizarse las residencias de estudiantes como

<sup>2</sup> Regulados por la disposición adicional quinta de la *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, modificada por el apartado ochenta y cuatro del artículo único de la *Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril*.

<sup>3</sup> Para mayores detalles sobre el mercado de residencias de estudiantes en España, véase <http://www.jll.es/spain/es-es/research/121/informe-residencias-estudiantes-2018>.

<sup>4</sup> En cualquier caso, el tratamiento no es homogéneo en las principales ciudades españolas. Así, el legislador madrileño permite implantar las residencias en la capital en suelo calificado como equipamiento educativo y Valencia no cuenta con una previsión específica sobre implantación de residencias de estudiantes en suelo dotacional destinado a equipamientos, mientras que ciudades como Zaragoza o Sevilla incluyen específicamente la actividad de residencias de estudiantes en parcelas con uso dotacional de equipamiento. En el caso de Barcelona, donde el Ayuntamiento ha admitido tradicionalmente la implantación de residencias como equipamientos educativos, la situación ha cambiado drásticamente a raíz de la entrada en vigor del PEUAT (al que nos referiremos a continuación).

producto residencial en lugar de como un producto específico.

En ausencia de una normativa sectorial estatal o autonómica (con contadas excepciones a las que nos referiremos), en términos generales no son de aplicación en nuestro país (i) exigencias de reservar parte de las plazas a alojamiento para estudiantes en determinadas circunstancias (p. ej., con escasos recursos económicos), propias de otras latitudes europeas (como es el caso de Londres) (ii) exigencias operativas específicas relativas al proceso de reserva y a las garantías aportadas (iii) limitaciones a los importes a cargo de los estudiantes (como las aplicables en Holanda) o (iv) la exigencia de obtener previa autorización administrativa estatal o autonómica sectorial (distinta de las preceptivas licencias municipales) para la creación, reconocimiento y aprobación de este tipo de establecimientos. A ello se añade que, por motivos que exceden del objeto de este trabajo, no parece procedente la aplicación de la normativa hotelera o sobre vivienda<sup>5</sup>.

Este panorama se ve matizado en alguna medida en Extremadura, Castilla-La Mancha y Castilla y León (donde se han aprobado disposiciones autonómicas de carácter general sobre la materia), y en la ciudad de Barcelona, por efecto de la entrada en vigor del Plan Especial Urbanístico de Alojamiento Turístico («PEUAT»)<sup>6</sup>, instrumento de regulación urbanística, al tiempo que sectorial, que contiene limitaciones a la implantación de residencias de estudiantes (algunas de las cuales han sido tildadas por la Autoridad Catalana de la Competencia como barreras de acceso) y ha generado impugnaciones y la oposición del sector<sup>7</sup>.

Tanto el entorno regulatorio descrito como la actitud generalmente favorable de nuestras Administraciones públicas, por lo que se refiere a este tipo de iniciativas (matizada en algún caso cuando la

residencia proporciona también alojamiento a no universitarios fuera del curso académico), se enmarcan en la atinada percepción de que el producto en cuestión facilita la actividad económica y atrae a una comunidad joven y dinámica a un espacio que de otro modo podría estar infrautilizado, lo que las convierte en especialmente atractivas.

#### 4 · CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

Dado que no existe una definición del *nomination agreement* en nuestro Derecho ni universalmente aceptada, ni una regulación unitaria nacional ni internacional de esta figura contractual, resultaría tarea condenada al fracaso tratar de elaborar una noción abstracta con base en la rica y variada práctica negocial. A los efectos de este trabajo nos centraremos en los supuestos más habituales en el mercado anglosajón, que a nuestro entender tienen lugar cuando concurren las siguientes características básicas:

- a) La universidad obtiene disponibilidad de alojamiento para sus estudiantes, lo que le permite ofrecerles un paquete atractivo de educación y residencia, y en contraprestación garantiza al propietario de la residencia determinados ingresos, sin perjuicio de que dicho propietario mantenga relación contractual directa con los estudiantes.
- b) El *nomination agreement* puede tener por objeto la totalidad o parte de una o varias residencias, que pueden hallarse en funcionamiento o en construcción (y, en este último caso, ya sea o no en régimen de *forward funding*<sup>8</sup>).
- c) La duración del *nomination agreement* —contada en cursos académicos— suele oscilar en la práctica entre los tres y los veinticinco años, periodo durante el cual permanece vigente el compromiso de la universidad de pagar un importe equivalente al precio correspondiente a las plazas o habitaciones que no sean efectivamente ocupadas, calculado a un nivel preestablecido en el propio contrato sujeto a actualizaciones anuales mediante referencia a la variación en los precios al consumo, con un máximo de incremento anual que suele fijarse porcentualmente (p. ej.,

<sup>5</sup> Sobre el particular, véase J. Viquer Pont: «Régimen jurídico y desarrollo urbanístico de las residencias universitarias», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario en homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, págs. 157-159.

<sup>6</sup> *Plan Especial Urbanístico para la regulación de establecimientos de alojamiento turístico, albergues de juventud, residencias colectivas de alojamiento temporal y viviendas de uso turístico*, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona* el 6 de marzo de 2017, en vigor desde esa misma fecha según resulta del art. 68.4 de la *Ley 22/1988, de 30 de diciembre, de la Carta municipal de Barcelona*.

<sup>7</sup> Para mayores detalles, véase N. Blázquez Alonso y J. Hernández Tornil: «El régimen urbanístico de las residencias de estudiantes: a propósito de su nueva regulación en Barcelona», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 318, 2017, págs. 133-151.

<sup>8</sup> Sobre el contrato de *forward funding*, véase J. A. Pérez Rivas: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del contrato de *forward funding*», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 259, 2006, págs. 237-253.

entre el 2 % y el 5 %) y por relación al curso académico (típicamente 10,5 meses por año).

- d) El negocio de la residencia (y, por tanto, sus ingresos y gastos) son titularidad del propietario de la residencia, y a él le corresponde el riesgo y ventura en la explotación (mitigado, lógicamente, por la traslación del riesgo a la universidad que implica su compromiso de pago respecto a las plazas o habitaciones objeto de *nomination*).
- e) La gestión del negocio puede realizarla el propietario directamente o encargarla a la entidad gestora que, en su caso, designe el propietario al efecto. En este segundo supuesto, se gestiona la residencia en tanto que negocio ajeno conforme a los términos del correspondiente contrato de gestión y al amparo de poderes de representación (como acaece en el caso de los contratos de gestión hotelera<sup>9</sup>).
- f) El objeto del contrato se estructura en ocasiones como móvil, en el sentido de que la universidad goce de la facultad de ampliar el objeto del contrato, con cierta antelación al inicio de cada curso académico comprendido en la duración pactada, a plazas o habitaciones adicionales a las inicialmente contratadas respecto a las que la universidad se aseguraría disponibilidad pagando por ello. Lógicamente, el titular de la residencia debería asegurarse lo atractivo en el mercado de la ubicación, del diseño y de la gestión de la residencia, dado que debería comercializar, por su cuenta y riesgo, las plazas o habitaciones que no fueran objeto del contrato inicial ni sobrevenidamente.
- g) En ocasiones se convienen garantías a cargo de terceros (p. ej., cartas de patrocinio de variado contenido) en garantía del compromiso de pago asumido por la universidad.
- h) Habitualmente se determina de antemano el modelo de contrato que se mantendrá con el cliente/estudiante (que suele adjuntarse al *nomination agreement*).

Huelga decir que algunas de estas características no concurrirán en muchos casos, por cuanto la realidad es mucho más rica y, en consecuencia, las com-

binaciones que presenta la práctica negocial anglosajona son innumerables. Sin embargo, por tratarse del supuesto más habitual, constituye el objeto de las reflexiones que siguen en previsión de que este modelo pueda implantarse en nuestro país.

Sobre la base de lo anterior, y con sujeción a las limitaciones expresadas, podría definirse este contrato, en términos puramente descriptivos, como aquel que se suscribe entre una universidad y el titular de una empresa de alojamiento de estudiantes en virtud del cual esta pone a disposición de aquella, durante determinado período de tiempo, un número determinado de plazas o habitaciones con los servicios correspondientes, para su ocupación por la clientela de la universidad según las condiciones pactadas en las cláusulas del contrato. En contraprestación, la universidad se compromete a pagar a la empresa de alojamiento de estudiantes determinados importes equivalentes al precio de las plazas o habitaciones puestas a su disposición, con independencia de su efectiva ocupación.

A diferencia de lo que habitualmente acaece en el caso del contrato de reserva de plazas de alojamiento hotelero (que se suscribe entre una agencia de viajes y una empresa hotelera), no suele existir en este caso la necesidad de emitir un *rooming list* para que se produzca el efecto de la reserva de las plazas en cuestión<sup>10</sup>, salvo cuando se trata de ampliar el objeto inicial del contrato conforme a lo referido en el apartado (f) anterior.

A lo anterior cabría añadir dos notas relevantes: (i) la existencia de un tercero beneficiario de la celebración del *nomination agreement* que no es parte en él (el estudiante), elemento que lo configura como un contrato a favor de tercero; y (ii) la distinción entre este contrato y el contrato de arrendamiento u hospedaje cuya conclusión es consecuencia directa de aquel en el marco de una realidad negocial compleja.

## 5 · INTERESES EN PRESENCIA

Al objeto de reflexionar en apartados posteriores sobre el encaje en nuestro Derecho de la práctica negocial conocida en el mundo anglosajón como *nomination agreements*, conviene aludir a la realidad económica subyacente y a los diferentes intereses en presencia:

<sup>9</sup> Sobre el contrato de gestión hotelera, véase A. Martínez Cañellas: «El contrato de gestión hotelera», en M. J. Morillas Jarillo, P. Perales Viscasillas y L. J. Porfirio Carpio (dirs.): *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, 2015, págs. 1485-1510.

<sup>10</sup> Véase A. Pérez de la Cruz: «Capítulo 65. Los contratos turísticos», en R. Uría, R. y A. Menéndez: *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Madrid, 2007, págs. 297-302.

- a) La universidad desea asegurarse la posibilidad de ofrecer a sus alumnos el acceso a un alojamiento adecuado y, con ello, poder ofrecerles en *pack* una oferta integral de educación y residencia atractiva en calidad y competitiva en precio, teniendo en cuenta además que en la práctica el presupuesto del estudiante (para matrícula universitaria, residencia y manutención) suele ser global. Como contraprestación por garantizarse la disponibilidad o acceso a determinado número de plazas para sus alumnos, la universidad compromete con el titular el pago de un ingreso mínimo correspondiente a las plazas o habitaciones objeto del acuerdo que no sean contratadas por los estudiantes.
- b) El promotor/titular de la residencia (y, por tanto, del negocio), por su parte, adquiere y promueve la residencia<sup>11</sup> en una determinada ubicación confiando en la potencialidad de la universidad próxima de aportar estudiantes (a lo que se compromete la universidad en términos de ingresos), sin perjuicio de que durante el curso académico el titular de la residencia tenga relación contractual directa con los clientes/estudiantes que contratan las habitaciones y —directa o indirectamente— gestiona la residencia.
- c) El gestor de la residencia —en caso de ser designado— no asume el riesgo del negocio, pero sí su gestión: gestiona la residencia por encargo, en nombre y por cuenta del titular de la residencia (negocio) con arreglo a un contrato de gestión (y, en su caso, firma contratos finales con los clientes/estudiantes y otros contratos propios de la explotación, actuando en nombre y por cuenta de aquel bajo los correspondientes poderes de representación), en ocasiones bajo la marca reconocida del gestor, y percibe una remuneración del titular de la residencia por su gestión.

## 6 · CONTRATO ATÍPICO

En caso de arraigar en nuestra práctica negocial, el *nomination agreement* constituiría en nuestro país un contrato atípico, dado que no correspondería a los tipos contractuales previstos y regulados por la

ley. Si bien la admisión de los contratos atípicos no ofrece duda en nuestro Derecho<sup>12</sup> sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1255 del Código Civil<sup>13</sup>, como indica F de Castro, la cuestión importante es «*averiguar cuál haya de ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de Derecho positivo hayan de completar, en su caso, la regla negociada en sentido estricto*» contenida en las declaraciones de voluntad<sup>14</sup>.

Como es sabido, el problema que pueden suscitar los contratos que, como el *nomination agreement*, no corresponden a un tipo previsto y regulado por la ley responde a una cuestión de orden práctico: solo los contratos que se ajustan a una figura determinada tienen previstas sus consecuencias, o solo en ellos la voluntad implícita de los contratantes se halla de antemano reflejada en las reglas de Derecho supletorio<sup>15</sup>.

No obstante, el *nomination agreement* no sería en nuestro país un contrato tan completamente atípico que no nos permitiera recurrir a previsiones normativas ya establecidas con relación a otros contratos. Aunque no encajaría estrictamente en ninguna de las figuras con específica regulación legal, consistiría en una combinación de elementos pertenecientes a diversas figuras contractuales típicas. En consecuencia, si la regulación contenida en el contrato dentro de los límites del artículo 1255 del Código Civil fuese insuficiente, en lo que no estuviera contractualmente previsto el intérprete debería recurrir a las normas reguladoras de los contratos típicos más afines al *nomination agreement*<sup>16</sup> o (conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo) aquellos con los que guarde más proximidad económica.

El *nomination agreement* constituiría, en efecto, un contrato atípico que participaría de diferentes tipos contractuales regulados por nuestro Derecho o acogidos por los usos y la jurisprudencia en mayor o menor medida en función de cómo lo configuren las partes y del concreto contenido de sus pactos.

<sup>11</sup> Ya sea en tanto que propietario de pleno dominio del inmueble o como simple titular de una concesión administrativa, de un derecho de superficie o incluso de un derecho de vuelo o de un arrendamiento *ad meliorandum* a largo plazo, figuras todas ellas hipotecables en favor del banco financiado.

<sup>12</sup> J. Puig Brutau: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II-1, Barcelona, 1978, pág. 449.

<sup>13</sup> Sobre la autonomía contractual entendida como libertad de concluir contratos atípicos o innominados, véase F. Galgano: *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, págs. 67 y ss.

<sup>14</sup> F. de Castro y Bravo: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985 (reedición que reproduce facsimilarmente la segunda tirada de la edición original publicada en 1971), pág. 205.

<sup>15</sup> J. Puig Brutau: *op. cit.*, págs. 451-452.

<sup>16</sup> J. Puig Brutau: *op. cit.*, pág. 453.

## 7 · POSIBLES CONFIGURACIONES

A nuestro entender, esta realidad comercial podría ser configurada por las partes en nuestro país conforme a distintos modelos:

- a) La universidad podría arrendar (bajo un arrendamiento “paraguas”) a largo plazo la totalidad o parte de las plazas o habitaciones de la residencia (comprometiéndose, en tanto que arrendatario, a pagar la renta al propietario) con actualización de la renta a la variación del índice de precios al consumo, y comercializarlas a su vez entre sus estudiantes en subarriendo, mediante cesión de uso o bajo otra fórmula jurídica. En este caso, sin embargo, el propietario de la residencia no mantendría relación contractual directa con los estudiantes (clientes). Este modelo podría generar algún recelo, dado que la universidad asumiría clara responsabilidad frente a los estudiantes en el supuesto de que no se pusiera la plaza o habitación a disposición de ellos o no se les prestara el servicio en las condiciones pactadas (sin perjuicio de que esta pudiera ser objeto de una acción de repetición contra el propietario de la residencia), además de un coste de gestión.
- b) En un segundo modelo, la universidad podría suscribir un contrato de arrendamiento o de hospedaje con el titular de la residencia, bajo el cual la universidad (i) tendría reconocida su facultad de ceder su posición contractual bajo ese arrendamiento u hospedaje de modo individual (respecto a las diferentes plazas o habitaciones en favor de sus diferentes estudiantes) y temporal (durante el correspondiente curso académico), y (ii) no gozaría de derechos de desistimiento unilateral del arrendamiento u hospedaje respecto a ninguna de las plazas o habitaciones contratadas<sup>17</sup>. Mediante el ejercicio de esa facultad de cesión en cada caso concreto (que se formalizaría mediante la firma del correspondiente acuerdo directo del titular de la residencia con el estudiante), la universidad quedaría liberada de su obligación de pago respecto a la concreta plaza o habitación “vendida” a cada estudiante (o, en términos jurídicos, respecto a cada plaza o habitación en cuyo arren-

damiento u hospedaje un estudiante se hubiera subrogado) durante el correspondiente curso académico. Este segundo modelo permitiría conjugar la obligación de pago de la universidad con el establecimiento de una relación contractual directa del propietario de la residencia con el estudiante que “compra” el uso de la plaza o habitación. Por otra parte, el correspondiente arrendamiento u hospedaje podría incluso configurarse como un contrato a favor de persona por designar<sup>18</sup>, lo cual encajaría además terminológicamente con el inglés *nomination*.

- c) Una tercera estructura, más simple en su articulación contractual, consistiría en la suscripción por la universidad y el titular de la residencia, no de un contrato de arrendamiento u hospedaje (con facultad de subrogación o cesión de modo individual y temporal respecto a cada plaza o habitación a favor de tercero por designar), sino de un contrato atípico de reserva de alojamiento de estudiantes por contingente, mediante el que (i) el propietario se compromete a poner a disposición de la universidad determinado número de plazas o habitaciones —sin poder disponer el propietario de ellas— con el compromiso de la universidad de comercializarlas entre sus propios clientes y (ii) se conviene una garantía de ocupación efectiva consistente en que la universidad se compromete al pago de las plazas o habitaciones reservadas (con independencia de su efectiva ocupación), de manera que el precio pagado por cada estudiante de la universidad que firme un contrato de arrendamiento u hospedaje se imputará al importe que la universidad debe pagar al propietario.

Sin duda, esta última es la estructura que más fielmente reflejaría la práctica contractual anglosajona, al existir una doble relación contractual: (i) el contrato de reserva en régimen de contingente por el período que reste hasta su finalización y (ii) los contratos de arrendamiento u hospedaje suscritos como consecuencia de aquel. No se trataría técnicamente de un contrato de garantía, dado que el efecto de garantía, aunque se produjera directamente y en todos los casos, se englobaría en una causa o

<sup>17</sup> En caso de desistir unilateralmente del contrato (sin estar facultada por contrato a hacerlo), la universidad debería pagar el importe de la renta correspondiente a la totalidad del plazo pactado.

<sup>18</sup> Véase R. Pérez Gurrea: «El contrato a favor de persona por designar: su régimen jurídico, el ejercicio de la facultad de designación y sus efectos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 732, 2012, págs. 2362-2386.

función económico-social más rica y amplia<sup>19</sup>. Se trataría de una garantía atípica, por otra parte habitual en la práctica en contratos de reserva de alojamiento hotelero (donde a menudo se pacta por la agencia de viajes una garantía de pago de las plazas reservadas para su comercialización con independencia de la efectiva ocupación)<sup>20</sup>, así como en contratos de distribución (donde suelen pactarse compromisos de compra de cantidades mínimas)<sup>21</sup> y de publicidad (en los que es habitual pactar ingresos mínimos), cuya contraprestación a favor de la universidad sería la puesta a disposición de las plazas o habitaciones a favor de la universidad, sin perjuicio de aquellas adicionales que, en su caso, se pudieran pactar.

En cualquier caso, la causa del negocio radicaría, en definitiva, en que la universidad estaría “comprando” o asegurándose disponibilidad para sus estudiantes y pagando por ello. Sin perjuicio de que en determinados supuestos pudiera considerarse un contrato u opción de hospedaje en beneficio de tercero<sup>22</sup>, en la medida en que la universidad aportaría clientes —sus alumnos— al titular de la residencia, podrían hallarse concomitancias con la institución del mandato, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mediación o corretaje (admitido por nuestra jurisprudencia) que habitualmente subyace en la figura del agente comercializador, y su responsabilidad estaría en función de en qué medida su actuación se aproxima más a la del comisionista que actúa por cuenta del titular de la residencia cuando ofrece la plaza al estudiante (función mediadora) o a la de quien actúa en el desarrollo de una función productora, dando lugar a un producto distinto que ofrece al estudiante<sup>23</sup>.

Se trataría, pues, de un contrato atípico, por cuanto que no encajaría estrictamente en ninguno de los

tipos contractuales previstos en la ley. Sin embargo, aunque en mayor o menor medida en función de cómo lo configuraran las partes, contendría elementos propios de diferentes figuras contractuales típicas (arrendamiento de inmueble con facultad de cesión o subarriendo individual y temporal, arrendamiento de servicios, mandato o mediación) o atípicas (hospedaje, opción de hospedaje, garantía atípica o contrato de reserva de alojamiento hotelero), a cuyo régimen legal o jurisprudencial habría que acudir para conocer las reglas de *ius cogens*, en caso de que el clausulado del concreto contrato y la indagación en la voluntad de las partes adolecieran de lagunas que precisaran de integración.

## 8 · ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO CON EL ESTUDIANTE

En las posibles configuraciones contractuales referidas se partía de la existencia de un contrato de arrendamiento u hospedaje, ya sea (i) un arrendamiento “paraguas” al amparo del cual se subarrendaran habitaciones individual y temporalmente (ii) un contrato de arrendamiento u hospedaje global con facultad de cesión individual y temporal respecto a cada una de las plazas o habitaciones a favor de tercero por designar, o (iii) contratos de arrendamiento u hospedaje individuales que se suscribieran *ab initio* con los estudiantes en el marco de una figura negocial compleja.

En términos generales, dicho contrato se configuraría como un mero arrendamiento o como un contrato atípico de hospedaje tomando en consideración distintos aspectos, tales como si el alojamiento lleva o no aparejada en la práctica la puesta a disposición de servicios que exceden de las prestaciones propias de un arrendamiento inmobiliario, ya se cuenten entre los tradicionales (como limpieza y arreglo de habitación o lavado y planchado de ropa, todos ellos referidos por reiterada jurisprudencia como propios del hospedaje) u ofrecidos por las residencias modernas (que habitualmente ponen a disposición del estudiante un *accommodation team* y en ocasiones le ofrecen facilidades como la utilización de espacios colaborativos, piscina, gimnasio o salas multimedia, o incluso transporte).

Como es sabido, en caso de configurarse como hospedaje, se trataría de un contrato atípico regido por determinados preceptos del Código Civil (arts. 1783 y 1784), según han sido desarrollados por la

19 Véase L. J. Cortés: «Capítulo 78. Garantías personales y reales», en R. Uría y A. Menéndez: *op. cit.*, pág. 683.

20 Véase, entre otros, M. V. Petit Lavall: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», *Revista General de Derecho*, n.º 658-659, 1999, págs. 9445 y ss.; y A. A. Estanco Pérez: «A vueltas con el enriquecimiento injusto en los contratos de reserva de alojamiento hotelero en régimen de contingente», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 44, 2017, pág. 165.

21 Véase D. Cruz Rivero: «La regulación proyectada (y fracasada) de los contratos de distribución», en M. J. Morillas Jarillo *et al.* (dirs.), *op. cit.*, págs. 1262-1288.

22 Así ha sido considerado por la doctrina por lo que se refiere a los contratos de reserva de alojamiento hotelero: Véase S. Gil Conde: «La “garantía” de ocupación efectiva en el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingentes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 695, 2006, pág. 1252.

23 S. Gil Conde: *op. cit.*, pág. 1242.

jurisprudencia<sup>24</sup>, sin que este mero hecho condujera a la aplicabilidad de la normativa sectorial hotelera, dado que los usuarios de las residencias de estudiantes (al igual que los de las residencias de la tercera edad) tienen una vocación de permanencia superior a la de los alojados en residencias sanitarias u hoteles (cuya estancia suele tener un carácter más transitorio); mientras que, si el contrato se configurara como arrendamiento por no llevar aparejados los referidos servicios, existirían razones fundadas para pensar que se regiría (en lo no previsto en sus propias estipulaciones) por los preceptos del Código Civil reguladores del arrendamiento de cosa, entre otros motivos, por excluir el artículo 5.d) de la Ley de Arrendamientos Urbanos<sup>25</sup> las viviendas universitarias de su ámbito de aplicación<sup>26</sup>, y ello sin perjuicio de que las residencias de estudiantes no sean consideradas vivienda, pese a su uso residencial, a otros efectos (nos referimos a la exigencia del seguro decenal en el contexto de la Ley de Ordenación de la Edificación)<sup>27</sup>.

En todo caso, en la configuración de estos contratos convendrá tener en cuenta la normativa de protección de datos personales<sup>28</sup> y de protección de con-

sumidores<sup>29</sup> de aplicación, así como las prescripciones autonómicas que exigen en algunos casos disponer de ejemplares en la correspondiente lengua autonómica cooficial<sup>30</sup>.

## 9 · OTRAS CUESTIONES RELEVANTES

En caso de que arraigara el *nomination agreement* en nuestro país, además de otras cuestiones desgranadas en líneas precedentes, y sujeto lógicamente al análisis en cada caso concreto, convendría tomar en consideración lo siguiente:

- a) Podría suscitarse controversia jurídica en los casos en que la universidad fuera requerida para el pago íntegro de los importes comprometidos en determinados supuestos en que el propietario de la residencia hubiera conseguido finalmente vender por su cuenta las plazas puestas a disposición de la universidad. Esta situación ha llevado a la discusión doctrinal y jurisprudencial acerca de la posible apreciación del enriquecimiento injusto del propietario en el contexto de los contratos de reserva de alojamiento hotelero con garantía de ocupación mínima (que es el tipo de contrato de reserva de alojamiento hotelero que más se asemeja al que es objeto de este trabajo). El supuesto enriquecimiento injusto derivaría de la duplicidad en el cobro por el mismo concepto: tanto la universidad como el cliente (estudiante) habrían pagado por las mismas plazas. Parece indudable y pacífico afirmar —como hace la doctrina— que, en los contratos de reserva de plazas hoteleras con garantía de ocupación mínima, queda descartado el enriquecimiento injusto de la empresa hotelera, incluso aunque la definitiva ocupación de las plazas se haya producido<sup>31</sup>. Sobre el particular, véase *per omnia* la sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2016, de 1 julio (RJ 2016, 2914) [Rec. 367/2014], que —en línea con el criterio mayoritariamente seguido por las audiencias provinciales— ha rechazado

24 Véase Sentencia 466/2004, de 14 de septiembre de 2004, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, Rec. 337/2004, que aprecia la existencia de un contrato de hospedaje en el concreto contexto de una residencia de estudiantes, así como P. Castaños Castro: «Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n.º 6, 2014, págs. 65-81.

25 En este sentido, véanse los arts. 2, 3 y, especialmente, 5d) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

26 Si bien la estipulación citada se refiere a las viviendas universitarias calificadas como tales por la universidad propietaria o responsable de ellas, entendemos que debería ser de aplicación análogica a las nuevas modalidades de residencia universitaria gestionadas por operadores privados, que habitualmente suscriben acuerdos con universidades a determinados efectos, tales como los *nomination agreements* objeto de este trabajo.

27 Sobre el particular, véase la *Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación que deba darse a las modificaciones introducidas en la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por el artículo 105 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social*.

28 Téngase en cuenta que a partir del 25 mayo de 2018 es de aplicación el *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos*, también conocido como Reglamento General de Protección de Datos. En este sentido, 30 de julio de 2018 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el *Real Decreto-ley 5/2018, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos*.

29 *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*.

30 Así, en Cataluña esta obligación resulta de poner en relación del art. 34 del Estatuto de Autonomía (aprobado por *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio*) con el art. 15 de la *Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística*, y el art. 128-1 del Código de Consumo, aprobado por *Ley 22/2010, de 20 de julio*.

31 Véase en este sentido A. A. Estanco Pérez: *op. cit.*, pág. 17.

sin ambages la ampliación de la doctrina del enriquecimiento injusto en el supuesto considerado (en el contexto de un contrato de reserva de plazas hoteleras por contingente), al haber ofertado el propietario las plazas de conformidad con los términos del contrato firmado<sup>32</sup>.

- b) Si la universidad fuera pública, convendría tener en cuenta determinadas especificidades que exceden el objeto de este trabajo. En cualquier caso, en la medida en que la universidad suscribiera un mero arrendamiento de cosa (sin puesta a disposición de servicios aparejados) sobre inmueble construido sin mediar encargo de la Administración, se trataría de un negocio patrimonial excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>33</sup>.
- c) Desde un punto de vista contable, el concepto de garantía de ingresos que subyace en esta figura la aproximaría en principio más a un ingreso/gasto financiero (reconociéndose un activo/pasivo por el crédito/deuda pendiente) que a un ingreso/gasto corriente, y el desembolso de la garantía de ingresos llevaría aparejado el devengo del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente (del mismo modo que los contratos de arrendamiento u hospedaje que suscribiría el propietario de la residencia directamente con el estudiante).
- d) Dado que subrogarse en el *nomination agreement* (contrato de reserva de plazas de alojamiento de estudiantes en régimen de contingente con garantía de ingresos, o como quiera que se denominara en nuestra práctica) y en la carta de patrocinio u otra garantía que en su caso proporcionara la universidad sería un claro aliciente para el futuro inversor que adquiriera la residencia del promotor y, en su caso, para el financiador del proyecto, y que en nuestro Derecho es norma (salvo en contadas excepciones, como los arrendamientos) que los contra-

tos de tracto sucesivo no son cedibles o transmisibles sin el consentimiento de la contraparte<sup>34</sup>, el promotor de la residencia debería asegurarse de que los términos del *nomination agreement* que suscribiera y de la garantía que en su caso se le proporcionara permitieran su cesión al futuro inversor y su pignoraición a favor del financiador sin necesidad de recabar el consentimiento de la universidad a estos efectos.

## 10 · CONSIDERACIONES FINALES

El *nomination agreement* (o, como hemos propuesto denominarlo, contrato de reserva de plazas de alojamiento de estudiantes en régimen de contingente con garantía de ingresos) puede resultar una oportunidad en el sector de las residencias de estudiantes para todos los actores en él involucrados. Su atipicidad no impide dar acomodo en nuestro país a este tipo de contratos habituales en la práctica anglosajona, por cuanto obedecen a una causa y finalidad económica específica, si bien ello exige que el negocio se estructure y ejecute adoptando determinadas cautelas que permitan acomodar adecuadamente los intereses en presencia.

Más allá de su posible tipificación como contrato de opción de hospedaje en beneficio de un tercero ajeno a la relación contractual en el marco de una figura negocial compleja (que engloba el contrato de reserva en régimen de contingente y los contratos de arrendamiento u hospedaje suscritos como consecuencia de aquel) y de las interesantes cuestiones jurídicas que plantea (algunas de las cuales han sido referidas en líneas precedentes), el recurso a la figura del ingreso mínimo garantizado, habitual en la práctica en los contratos de reserva de alojamiento hotelero (que suscriben agencias de viajes y empresas hoteleras, a menudo con pacto de garantía de ocupación mínima que deviene efectivo desde la remisión del *rooming list*), de distribución (con pacto de compras mínimas) y de publicidad (con pacto de ingresos mínimos), probablemente pueda resultar útil a este efecto. La contraprestación o causa radicaría en la puesta a disposición de la universidad de plazas o habitaciones que le permiten ofrecer a sus clientes un paquete atractivo de educación y residencia.

<sup>32</sup> En efecto, la referida sentencia ha rechazado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto «cuando la propietaria del hotel, conforme al contrato celebrado, y tras el incumplimiento del plazo por parte de la demandada del correspondiente preaviso de 28 días de antelación para la realización de la correspondiente reserva, dispuso de dichas plazas hoteleras para ofertarlas a otros clientes, pues actuó según lo pactado y sin incumplir sus obligaciones contractuales».

<sup>33</sup> Para algunas reflexiones sobre los aspectos más relevantes de la nueva ley, véase M. Magide: «Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 46, 2017, págs. 40-56.

<sup>34</sup> Véase L. Díez-Picazo: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Cizur Menor, 2008, págs. 1047-1048.

Ello permitiría acomodar el interés del operador privado (que decide promover la residencia confiando en la potencialidad de la universidad de aportar estudiantes) en tener garantizado cierto retorno a su inversión, lo que facilitaría su comercialización y financiación, con el interés de la universidad en poder ofrecer a sus estudiantes un

paquete integral de formación y alojamiento que hiciera más atractiva su oferta, pese a lo cual sería el propietario de la residencia quien mantendría una relación contractual directa con los estudiantes. De este modo, se garantizaría la satisfacción de los legítimos intereses de ambas partes.