



# ¿Debe el Estado compensar a los arrendadores de viviendas por haber expropiado su derecho contractual a actualizar la renta?

Javier Serra Callejo

Abogado (España)

[javier.serra.cef@gmail.com](mailto:javier.serra.cef@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0003-4594-6177>

Este trabajo ha obtenido un **accesit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Raúl Leopoldo Canosa Usera, doña Ana Cremades Leguina, doña Silvia Díaz Sastre, don Rafael Fernández Valverde y don Luis Pérez de Ayala Becerril.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

## Extracto

El Real Decreto-ley 6/2022, dictado por el Gobierno y convalidado por el Congreso español, limita a un 2 % la actualización (en 2022 y 2023) de las rentas de los arrendamientos de vivienda, como medida transitoria para paliar los efectos de la guerra de Ucrania sobre la población. El presente trabajo sostiene que esta disposición, aun siendo admisible en su contenido específico, conlleva una expropiación que debe ser indemnizada. Al hilo de este concreto supuesto, se realizan varias interpretaciones dogmáticas, de utilidad general, sobre los requisitos que debe cumplir una regulación del derecho de propiedad para ser viable sin compensación: no legitima la medida el hecho de que se dirija a un colectivo abstracto o no suponga vaciamiento total del derecho; la clave de su legitimidad consiste en un juicio de proporcionalidad, que debe ser, sin embargo, uno de mera razonabilidad para no coartar la libertad de apreciación del Parlamento; el procedimiento para exigir indemnización será el general de responsabilidad patrimonial del legislador (lo que determina la competencia administrativa y judicial para resolver y el plazo para actuar), sin que esto cambie el fundamento sustantivo de la reclamación, que sigue siendo la existencia de una expropiación; más lo anterior no supone el destierro de principios como los de motivación, igualdad o confianza legítima, los cuales configuran el protocolo o *due process* al que debe sujetarse el intento de delimitar el derecho.

**Palabras clave:** responsabilidad; expropiación; Estado-legislador; arrendamiento; renta; actualización.

Recibido: 03-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-11-2023

**Cómo citar:** Serra Callejo, L. (2023). ¿Debe el Estado compensar a los arrendadores de viviendas por haber expropiado su derecho contractual a actualizar la renta? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274, 43-84. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19435>



# Should the state compensate landlords for having expropriated their contractual right to update the rent?

Javier Serra Callejo

This paper has won **second prize Financial Studies 2023** Award in the category of **Constitutional and Administrative Law**.

The jury members were: Mr. Enrique Arnaldo Alcubilla, Mr. Raúl Leopoldo Canosa Usera, Mrs. Ana Cremades Leguina, Mrs. Silvia Díaz Sastre, Mr. Rafael Fernández Valverde and Mr. Luis Pérez de Ayala Becerril.

The entries are submitted under a pseudonym and the selection process guarantees the anonymity of the authors.

## Abstract

Royal Decree-Law 6/2022, issued by the Spanish Government and validated by the Congress, caps to 2 % the update (for 2022 and 2023) of the rent of urban leases, as a transitional measure to soften the impact for the population of the war in Ukraine. This article holds that such provision, even if it is admissible in its specific content, entails an expropriation that must be indemnified. Building on this particular example, we make several dogmatic interpretations that may be of general utility, with regard to the conditions that a regulation of the right of property must comply with for it to be feasible without compensation: the measure does not become automatically legitimate just because it is addressed to an abstract class or because it does not entail utter voiding of the right; the key to its legitimacy is a proportionality test, which must be, though, one of reasonableness, so as not to restrict the freedom of appreciation of the Parliament; the procedure to demand indemnification will be the generic one regulating the liability of the legislator (which determines the administrative and judicial competence to resolve, as well as the deadline for the action to be filed), without this meaning that the substantive ground for the claim departs from the existence of an expropriation; the foregoing does not signify banning from speech principles like motivation, equality or legitimate confidence, which still inform the protocol or due process which the regulation of the right must conform to.

**Keywords:** liability; expropriation; legislator; lease; rent; update.

Received: 03-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-11-2023

**Citation:** Serra Callejo, L. (2023). ¿Debe el Estado compensar a los arrendadores de viviendas por haber expropiado su derecho contractual a actualizar la renta? *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274, 43-84. <https://doi.org/10.51302/celegal.2023.19435>

## Sumario

1. Planteamiento
2. El supuesto de hecho
  - 2.1. Una distinción puramente formal entre grandes y pequeños tenedores
  - 2.2. Un tope semiculto
  - 2.3. Un efecto económico significativo
  - 2.4. Una parca motivación
  - 2.5. Los antecedentes en la regulación de la renta en arrendamientos de vivienda
3. Parámetros sustantivos y procesales
  - 3.1. Derecho español
    - 3.1.1. Derecho a la propiedad privada y expropiación
      - 3.1.1.1. Expropiaciones legislativas, delimitaciones y leyes materialmente expropiatorias
      - 3.1.1.2. La afectación de la propiedad mediante el real decreto-ley
      - 3.1.1.3. Tipos de tutela
    - 3.1.2. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador
      - 3.1.2.1. ¿Cabe utilizar este procedimiento para solicitar el justiprecio?
      - 3.1.2.2. ¿Estamos ante un título sustantivo autónomo para reclamar compensación?
      - 3.1.2.3. Derecho comparado
      - 3.1.2.4. Características de este procedimiento
  - 3.2. Tratados internacionales
  - 3.3. Derecho de la UE
    - 3.3.1. Normas sustantivas
    - 3.3.2. Procedimiento
4. La posible respuesta del Estado
  - 4.1. Estamos ante un supuesto de retroactividad admisible de la ley
  - 4.2. No estamos ante una expropiación, sino frente a una delimitación de derechos
  - 4.3. La responsabilidad patrimonial del legislador solo procede por leyes ilegítimas
5. Nuestra posición: visión general
  - 5.1. Luces de la defensa del Estado
  - 5.2. Sombras de la defensa del Estado



6. Limitar la renta arrendaticia ¿es privación o delimitación?
  - 6.1. Planteamiento
  - 6.2. El aspecto subjetivo
    - 6.2.1. Localización de los beneficiarios
    - 6.2.2. Los arrendadores sufren un «sacrificio especial»
  - 6.3. El aspecto cuantitativo
  - 6.4. Dos juicios de proporcionalidad rivales
  - 6.5. La calidad de los intereses (público y privado) en juego
    - 6.5.1. Calidad del interés público: un interés en no pagar
    - 6.5.2. Calidad del interés privado: las actividades indeseables
7. La exigencia de buena fe
  - 7.1. Significado y fundamento de este control
  - 7.2. Motivación y no discriminación
  - 7.3. Una confianza cualificada
8. Consideraciones procedimentales y procesales
  - 8.1. Plazo de prescripción y cuantía del daño indemnizable
  - 8.2. Órgano judicial competente: el dilema entre concentración y desconcentración
9. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Planteamiento

El Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, aprobó un paquete de medidas urgentes para proteger a los sectores y ciudadanos más afectados por los efectos de la invasión en Ucrania. En particular, en materia de arrendamientos de vivienda, la norma introdujo, en su artículo 46, una limitación extraordinaria a la actualización anual de la renta, con el siguiente ámbito de aplicación y contenido:

- a) Se ven afectados los contratos de alquiler de vivienda sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU) cuya renta deba ser actualizada porque se cumpla la anualidad de vigencia dentro del periodo comprendido entre la entrada en vigor de este RDL (el 31 de marzo de 2022) y una fecha límite, que inicialmente se fijó en el 30 de junio de 2022 y luego se ha trasladado sucesivamente a 31 de diciembre de 2022 (RDL 11/2022, de 25 de junio) y 31 de diciembre de 2023 (RDL 20/2022, de 27 de diciembre). En adelante, nos referiremos a estos tres decretos leyes como los «decretos Ucrania». Por fin, la disposición final sexta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, de acceso a la vivienda, modifica el citado artículo 46 para limitar también las actualizaciones que procedan entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024.
- b) Excluye la aplicación automática de las cláusulas de actualización de la renta que se hubieran pactado y lo hace en términos que, a la postre, según detallaremos *infra* § 2, se traducen en la prohibición de aplicar una subida superior al 2 % (para las actualizaciones de 2022 y 2023) o del 3 % (para las de 2024).

En el presente estudio nos preguntamos (a) si (a la luz de la Constitución española [CE], el derecho de la Unión Europea [UE] y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas [CEDH]) esta prohibición es legítima o si, aunque lo

sea en su contenido específico, el Estado debe compensar a los arrendadores por el daño que sufren y (b), en su caso, en virtud de qué título sustantivo y por qué cauce procedimental podrían articularse estas pretensiones.

Avanzamos que la solución intuitiva en la que algunos juristas pensaron de inmediato (estamos ante una expropiación que debe ser indemnizada)<sup>1</sup> es también la nuestra. Sin embargo, la materia plantea retos interpretativos, pues en ella se entrecruzan múltiples capas conceptuales (la retroactividad de las leyes, la distinción entre privación y delimitación de un derecho, el rol de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador y los principios de confianza legítima o igualdad ante las cargas públicas...). Nuestra intención es deshacer tal madeja, al hilo de este ejemplo de actualidad, mediante una propuesta que quizá pueda tener un valor general.

El plan del artículo es este: en § 2 profundizamos en el contenido del RDL 6/2022; en § 3 mencionamos los parámetros normativos (sustantivos y formales) a considerar; en § 4 ensayamos lo que podría ser una defensa de la norma por el Estado; en § 5 ofrecemos, a grandes rasgos, nuestra respuesta a esa defensa; en § 6 y 7 desarrollamos nuestra posición; en § 8 abordamos cuestiones procedimentales y procesales; terminamos en § 9 con unas conclusiones.

## 2. El supuesto de hecho

### 2.1. Una distinción puramente formal entre grandes y pequeños tenedores

El RDL 6/2022 establece un régimen que se proclama como distinto para los arrendadores que sean grandes tenedores y los que no lo sean. Y el texto se toma la molestia de definir con esmero qué se entiende por «grandes tenedores»: son las personas físicas o jurídicas titulares de más de 10 inmuebles urbanos de uso residencial o de una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup> de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros. Sin embargo, la diferencia de trato entre ese colectivo y los demás arrendadores es nimia y, sobre todo, intrascendente: en el caso de los grandes tenedores, serán nulos los pactos de actualización que excedan del límite legal, mientras que en los demás supuestos tal pacto sería en teoría lícito, pero nunca o casi nunca se producirá, pues en defecto de acuerdo el tope se aplicará por mandato legal, de modo que el arrendatario no tiene ningún aliciente para acordar otra cosa (Fuentes Lojo, 2022).

En el presente trabajo centraremos nuestra atención en los que, por exclusión, podemos llamar pequeños tenedores. Es discutible si la condición de gran tenedor conlleva una mayor

---

<sup>1</sup> En este sentido, en artículos aparecidos en prensa, Fuentes Lojo (2022) y Aya Ramos (2022).

sujeción al poder regulador del Estado, que pudiera justificar la medida que nos ocupa. Aquí eludiremos, sin embargo, esa complicación, aunque sin duda muchos de los argumentos que presentaremos serían aprovechables en beneficio de ambos colectivos.

## 2.2. Un tope semioculto

*Prima facie* podría pensarse que el artículo 46 del RDL 6/2022 no establece, para las actualizaciones de 2022 y 2023, un tope fijo, sino variable. La norma dispone que el incremento de la renta no excederá del resultado de aplicar el último índice de garantía de competitividad (IGC) que estuviere publicado en la fecha de actualización del contrato. Este índice fue introducido por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la cual pretende establecerlo como referencia para los incrementos de precios, dejando el índice de precios de consumo (IPC) como alternativa subsidiaria. En este sentido, la disposición final I de esta ley ya modificó el artículo 18 de la LAU para disponer que, cuando las partes pacten que la renta se actualizará periódicamente, pero no especifiquen con arreglo a qué referencia, se aplicará el IGC. Y, como decíamos, estamos ante un auténtico índice, cuya variación anual se calcula con arreglo a una cuidadosa fórmula, que el Instituto Nacional de Estadística aplica mensualmente, colgando el resultado en su web. De hecho, cuando se dictó el RDL 6/2022, el último dato publicado era el de enero de 2022, que ascendía a un 2,02 %, pero ese porcentaje ha ido creciendo hasta nada más y nada menos que el 8,11% en noviembre de 2022. Sin embargo, aunque este aspecto se haya relativamente escondido (en un anexo de la ley) resulta que, a la postre, el IGC que juega «para las revisiones» (y, por ende, a los efectos que nos ocupan) tiene un tope mínimo (que es el 0 %) y otro máximo (el 2 %). Y para las actualizaciones de 2024, el apartado 2 del precepto, que introduce la Ley 12/2023, ya establece directamente un tope del 3 %.

## 2.3. Un efecto económico significativo

La referencia que cabe utilizar sobre cuál habría sido la actualización aplicable en caso de no haberse promulgado el RDL 6/2022 es la de una subida acorde al IPC, ya que normalmente este es el índice al que se remiten los contratos y es, además, un máximo imperativo a tenor del artículo 18.1.III de la LAU. Pues bien, este índice ha tenido un crecimiento significativamente mayor del 2 % (8,3 %, 10,5 % y 5,7 % en abril, agosto y diciembre de 2022, respectivamente). Además, aunque las limitaciones se van a extinguir, en sus diversas formulaciones, a 31 de diciembre de 2023 o 2024, según los casos, seguirán prolongando sus efectos, en tanto y cuanto será inferior la base a aplicar en sucesivas actualizaciones. Verbigracia: imaginemos un alquiler mensual de 1.000 euros, que habría subido el 8 % según el IPC, pero se actualiza al 2 %; el menor importe anual que deja de percibir el arrendador es de 720 euros; suponemos que en la siguiente actualización desaparece el tope y pasa a aplicarse una subida anual con arreglo a un IPC, ya más moderado, del 4 %; hechos los

cálculos oportunos, resulta que el daño para el arrendador, debido a que la base de partida sea inferior, ascenderá a 3.900 euros en 4 años.

## 2.4. Una parca motivación

Las exposiciones de motivos de los decretos Ucrania son escuetas en la justificación de la medida, aunque asoman en ellas dos líneas argumentales:

- a) Una es la asistencial: se constata que el IPC está alto (RDL 6/2022: «el IPC ha alcanzado el pasado mes de febrero el 7,6 %, lo que constituye el valor máximo de los últimos 35 años»; RDL 20/2022: «desde entonces, la variación del referido índice ha llegado a alcanzar el pasado mes de julio un 10,8 % y, aunque en los últimos meses su evolución ha sido favorable, sigue estando en niveles elevados») y se trata de paliar el impacto que ello puede tener para los arrendatarios («se hace preciso adoptar medidas para evitar [...] un excesivo impacto», en palabras del RDL 6/2022, un *shock*, según el RDL 20/2022, «en las personas y hogares arrendatarios de vivienda»).
- b) Otra línea apunta a que el IPC se habría desconectado del mercado de los arrendamientos de vivienda: en términos del RDL 6/2022 y el RDL 11/2022, el IPC es un índice «cuya evolución obedece a elementos del contexto nacional e internacional que son ajenos al ámbito de la vivienda»; según el RDL 20/2022, en los últimos tiempos su crecimiento habría sido «generado por factores exógenos, del contexto nacional e internacional»; por ello, «había dejado de ser, de manera coyuntural, una referencia adecuada» (RDL 6/2020), en tanto que el IGC «ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad en el contexto actual» (RDL 20/2022).

## 2.5. Los antecedentes en la regulación de la renta en arrendamientos de vivienda

Conviene referirnos brevemente a la historia de la regulación de la renta de los arrendamientos de vivienda en España, para apreciar cómo irrumpe en este esquema la norma que ahora nos ocupa.

Se denomina «contratos de renta antigua» a los firmados hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, el llamado «decreto Boyer» (el 9 de mayo de 1985). Esta norma afrontó el problema de rentas que, existiendo o no cláusula de actualización, habían quedado absolutamente desfasadas, sin que el arrendador pudiera poner fin a la relación, porque la Ley de 1964 permitía que los contratos se prorrogaran anualmente a voluntad del inquilino, así como que a su fallecimiento se subrogaran en su posición ciertos beneficiarios. El decreto Boyer respetó lo atinente a la duración contractual, pero abrió la



posibilidad de actualización de la renta *ope legis*, conforme a ciertos parámetros. Para los contratos posteriores, las rentas arrendaticias se actualizan con arreglo a lo pactado por las partes, con solo dos matizaciones: (a) en los firmados entre la entrada en vigor de la actual LAU (5 de junio de 1994) y el 6 de junio de 2013, la renta no pudo actualizarse por encima del IPC en los cinco primeros años; (b) en virtud del RDL 7/2019, para los suscritos desde 5 de marzo de 2019, ese límite se extiende a toda la duración del contrato.

Así pues, en síntesis, no ha existido en nuestro derecho un límite a la renta de partida de los arrendamientos de vivienda, mientras que su actualización solo ha sido topada con el IPC, esto es, de forma que los incrementos pactados no pueden superar el aumento del coste de la vida, pero sí acompañarse al mismo.

### 3. Parámetros sustantivos y procesales

Para discutir si la disposición analizada es legítima o solo lo sería acompañada de una compensación económica, comenzaremos poniendo de manifiesto los parámetros a considerar, principalmente procedentes de la CE, aunque cabe encontrar un apoyo complementario en los tratados internacionales y el derecho de la UE. En esta fase, nos limitaremos como regla general a apuntar los problemas, sin resolverlos, salvo cuando sea posible zanjar *ab initio* cuestiones claras.

#### 3.1. Derecho español

##### 3.1.1. Derecho a la propiedad privada y expropiación

###### 3.1.1.1. Expropiaciones legislativas, delimitaciones y leyes materialmente expropiatorias

Excluimos de nuestro análisis el artículo 38 de la CE («se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»), por un doble motivo: porque nuestro interés se centra en los pequeños tenedores y porque estamos ante una medida que no restringe en sí la actividad económica, pues su objetivo es simplemente exigir un esfuerzo financiero a determinado colectivo (el de los arrendadores), en provecho de otro (el de los arrendatarios).

La norma cardinal es aquí el artículo 33 de la CE, a cuyo tenor «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» (apartado 1) y, en consecuencia, «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» (apartado 3). No obstante, no toda afectación de la propiedad es expropiación, ya que «la función social» de este derecho «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes» (apartado 2).

Sobre esta base, si la intervención que afecta a la propiedad proviene del legislador, la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre actuaciones que tienen carácter concreto (a las que se alude como expropiaciones legislativas) y las regulaciones abstractas (Muñoz Machado, 2015, p. 390). Esto podría complicar nuestro análisis, pues el RDL 6/2022 tiene a este respecto carácter mixto: solo es aplicable temporalmente, sin vocación de convertirse en regulación permanente, si bien afecta a todos los arrendadores y juega para todos los supuestos que se susciten durante su vigencia. Mas ni lo uno ni lo otro es un factor decisivo.

Por un lado, el componente concreto de la norma suscita la cuestión de si aquella sería ilegítima, incluso aunque estableciera una compensación, solo por el hecho de que el legislador haya suplantado a la Administración en el ejercicio de la potestad expropiatoria, orillando de este modo el procedimiento general establecido en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (LEF). Esto tiene una respuesta fácil: las SSTC 166/1986 (Rumasa) y 48/2005 (Parlamento de Canarias) han admitido la legitimidad de las «leyes medida», incluso cuando toman un bien concreto de un particular determinado, sujeto a que la opción por apartarse del procedimiento general sea razonable y se cumplan los requisitos ordinarios de toda expropiación (*causa expropriandi*, derecho a indemnización del expropiado y garantías procedimentales adecuadas, incluyendo la posibilidad de revisión jurisdiccional). Y tampoco cabe dar por sentado que la norma deviene expropiatoria (y, por tanto, lleva forzosamente aparejada indemnización) solo porque tenga esa vertiente específica: ciertamente, el legislador reconoce implícitamente que la regulación aprobada no podría ser de duración indefinida, pero sin duda piensa que su carácter de solución transitoria asegura su validez, en lo cual tendría razón si efectivamente constituyera una reacción equitativa a la situación afrontada, como discutiremos.

En el otro extremo, quizá defienda el Estado que estamos ante una mera delimitación (no indemnizable) solo por el dato de que la medida presenta generalidad y una cierta abstracción. El argumento merece un mayor desarrollo y se lo daremos (*infra* § 4.2), pero desde luego lo refutaremos (§ 6.2.2), pues es pacífico que las disciplinas generales también pueden generar derecho a indemnización cuando exigen al propietario un sacrificio desproporcionado.

Así pues, no estamos ante una «expropiación legislativa» (término que cabe reservar para la privación concreta *stricto sensu* estilo Rumasa), la cual sería *per se* ilegítima sin indemnización, sino ante una regulación, la cual tampoco es *per se* legítima, sino que puede requerir compensación económica, dependiendo de su calado y justificación. En cualquier caso, en el plano terminológico, nos referiremos al supuesto de las regulaciones compensables con la expresión de «ley materialmente expropiatoria», ya que, en efecto, si procede la indemnización es porque la norma recorta el derecho de propiedad sin la debida justificación.

### 3.1.1.2. La afectación de la propiedad mediante el real decreto-ley

Por otra parte, ¿era el decreto-ley un instrumento apto para dictar una regla como la que nos ocupa, atendidos los límites que establece el artículo 86.1 de la CE?

En cuanto a si concurre el presupuesto habilitante (extraordinaria y urgente necesidad), nuestro Tribunal Constitucional (TC) concede a los órganos políticos un amplio margen de apreciación, limitándose a comprobar si se ha dado una justificación «explícita y razonada» y si existe una «conexión de sentido» entre la situación definida y las medidas adoptadas (SSTC 29/1982 y 182/1997). Pues bien, esas condiciones se cumplen aquí: el descontrol de la inflación creaba un problema grave a muchos sectores y el tope a las rentas auxilia a uno de ellos, por mucho que quepa debatir (como haremos) la legitimidad de la concreta solución adoptada.

En cuanto a si se respeta el límite material que pesa sobre los decretos-leyes (en particular, la prohibición de afectar a los derechos del título I de la CE, como el de propiedad), es claro que la medida no pasaría este filtro si constituyera una regulación estable de los arrendamientos de vivienda (cfr. la reciente STC 16/2021), si bien su coartada puede ser precisamente su carácter coyuntural (la regla agotará su eficacia tras resolver la situación de urgencia que la inspira). En aras de la brevedad, daremos por buena esta explicación.

### 3.1.1.3. Tipos de tutela

El arrendador podría solicitar, en teoría, dos tipos de tutela: la restitutoria (anulación del tope a la actualización de la renta) o la resarcitoria (compensación económica).

La tutela restitutoria se enfrenta, no obstante, a graves escollos procesales y sustantivos.

El arrendador podría interponer demanda civil frente al arrendatario, para hacer valer una actualización de la renta superior al tope legal, proceso durante el cual rogaría al juez que plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre el RDL 6/2022. Pero atender o no esta petición es prerrogativa del juzgador, sin que el litigante pueda, ante una eventual negativa, recurrir en amparo, al quedar el artículo 33 de la CE extramuros de los derechos protegidos con este mecanismo<sup>2</sup>. Además, el arrendatario dispone de una defensa difícilmente objetable: el Estado ha exigido al arrendador una colaboración para aplicar una medida asistencial y es con él con quien debe discutirse si tal colaboración debe ser retribuida. El problema es entonces que esa compensación no se puede solicitar, de forma subsidiaria, de la jurisdicción civil. Y cuando fracase, en su caso, la acción restitutoria, la resarcitoria puede estar prescrita, en los términos que analizaremos.

---

<sup>2</sup> La STEDH de 23 de junio de 1993 (*Rumasa*) apreció violación del derecho a la tutela por el hecho de que el afectado no fuera oído en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, para acomodar lo cual la LO 2/2007 modificó el artículo 37.2 de la LOTC introduciendo en ese trámite una fase de audiencia al perjudicado. Sin embargo, no se llega a este estadio sin pasar el filtro de la decisión del juez ordinario, la cual es, en principio, soberana: según la STC 240/2015 ha de ser motivada, si bien –ante la falta de motivación– el TC no suplanta al tribunal ordinario, sino que retrotrae actuaciones para que este motive.

Otra ruta para obtener la anulación del RDL sería la contencioso-administrativa, donde también puede impetrarse del órgano judicial que plantee cuestión de inconstitucionalidad, en este caso aduciendo que la ley es materialmente expropiatoria y tal defecto conlleva (como mantiene, por ejemplo, García de Enterría, 2003, p. 45) su nulidad. De nuevo el juez puede negarse a plantear la cuestión, pero esto es aquí quizá lo de menos, pues la dificultad base consiste en acceder a un proceso donde se pueda siquiera suscitar este debate. Ello porque el juicio debe ir precedido de una petición al Gobierno y parece audaz solicitar de este que impugne ante el TC la ley que él mismo ha promovido, como forma de propiciar una negativa y un acto impugnabile. Además, siendo esta una petición graciable, la Administración puede resolver sobre ella de modo libérrimo y un eventual recurso solo podría versar sobre cuestiones formales (art. 12 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA).

Junto a estos motivos técnico-jurídicos, milita otro sociológico: los tribunales no serán ajenos al caos social que provocaría restaurar la obligación de los arrendatarios de pagar rentas sensiblemente superiores, meses o años después.

Atendido todo lo anterior, la tutela resarcitoria se presenta como la alternativa idónea. De hecho, esa fue la solución elegida por la STC 28/1997 (Ley balear de declaración de espacios naturales protegidos), donde el tribunal advierte que «el silencio de la Ley» (sobre la oportunidad de una indemnización) «no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 CE». En definitiva, cuando una norma es *de facto* expropiatoria, pero no arbitra la indemnización oportuna, la cuestión se solventa, simplemente, reclamando aquella.

Ahora bien, ¿conforme a qué tramite se fijaría esa indemnización? Una posibilidad es solicitar la apertura de la pieza de justiprecio al amparo de la LEF, pero no existe en esta un trámite para estos casos y parece también un sinsentido acudir al procedimiento general de esa ley, involucrando a un jurado provincial de expropiación. Evidentemente el propio RDL 6/2022 tampoco crea un procedimiento *ad hoc*, pues la norma no se reputa a sí misma expropiatoria.

### 3.1.2. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

#### 3.1.2.1. ¿Cabe utilizar este procedimiento para solicitar el justiprecio?

Así las cosas, parece oportuno utilizar, como cauce de la reclamación, el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, cuya regulación actual se halla en dos normas aprobadas en 2015: la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), en su artículo 32, apartados 3 a 6, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC), en sus artículos 67 y 92.

Quizá se oponga a ello la representación del Estado, alegando que el artículo 32.3 de la LRJSP se refiere, según declara, solo a daños causados por actos legislativos «de naturaleza no expropiatoria de derechos». Sin embargo, esta objeción puede descartarse desde ya. La garantía de tutela judicial a la que antes hemos aludido exige que exista un procedimiento adecuado para solicitar compensación por leyes materialmente expropiatorias y este precepto cumple precisamente esa función: como de hecho alegó la representación del Reino de España en el proceso que dio lugar a la STJUE de 28 de junio de 2022<sup>3</sup>, es una «cláusula de cierre del sistema», que sirve para dar salida procesal a todo derecho a exigir una indemnización del Estado que no tenga establecido mejor cauce<sup>4</sup>. También la STC 28/1997, antes mencionada, resuelve esto categóricamente, cuando, tras rechazar que el silencio de la ley en materia indemnizatoria comporte la nulidad de la norma, aclara «que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

### 3.1.2.2. ¿Estamos ante un título sustantivo autónomo para reclamar compensación?

Con independencia de lo anterior, se plantea la cuestión de si el instituto de la responsabilidad del Estado-legislador puede servir como título sustantivo adicional (a emplear quizá de forma subsidiaria) para una reclamación indemnizatoria. La duda es esta: suponiendo que una intervención que recorta facultades dominicales se reputa como una delimitación legítima, ¿puede aún estimarse que daña intereses merecedores de ser indemnizados? La pregunta puede parecer ociosa porque, en principio, para el artículo 1.1 de la LEF los intereses patrimoniales también entran en el ámbito de lo expropiable. Ahora bien, el hecho de que la intervención proceda del legislador sí introduce un elemento diferencial, porque aflora la necesidad de preservar la libertad de apreciación política del Parlamento. Pese a todo, la posibilidad de reparar intereses dañados por actos legislativos ha sido reconocida por una cierta jurisprudencia, cuyo alcance y vigencia son dudosos. Recordemos cuál fue aquella jurisprudencia y su recorrido, un tanto (en palabras de Fernández Farreres, 2022) tortuoso.

Inicialmente el TC rechaza que sean inconstitucionales o expropiatorias las leyes que modificaban el régimen estatutario de algunos cuerpos de funcionarios, si bien desliza que a veces se podrían producir «perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» (SSTC 108/86, 99/1987 y 70/1988). El Tribunal Supremo (TS) dedica unas primeras sentencias a resolver el tema procesal (competencia del Consejo de Ministros para resolver y, por ende, del propio TS para enjuiciar), pero en su fallo de 30 de noviembre de

<sup>3</sup> Cfr. sección 38 de la sentencia. Pone esto también de manifiesto Domenech Pascual (2022, p. 186).

<sup>4</sup> Razona así también la STJUE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Mir*), donde el hecho de que la ley no establezca la compensación impuesta por una directiva se resuelve haciendo responsable al Estado.

1992 rechaza la responsabilidad del Estado-legislador en tanto este instituto no tenga reconocimiento positivo. Posteriormente, sin embargo, el TS vuelve a dictar una jurisprudencia (criticada por algunos autores)<sup>5</sup> donde acepta tal responsabilidad, fuera del supuesto expropiatorio, en relación con dos categorías de leyes: (a) las declaradas inconstitucionales (SSTS de 29 de febrero y 19 de diciembre de 2000), a lo que luego se une el supuesto de las contrarias al derecho de la UE, y (b) otros casos en los que (¿retomando la idea inicial?) se estima que la ley (pese a su validez) causa un daño compensable conforme a los requisitos generales de responsabilidad de las Administraciones (como dijera la STS de 27 de junio de 1994, cuando existe un daño a «derechos o al menos intereses patrimoniales legítimos», «no causado por fuerza mayor, efectivo, evaluable económicamente e individualizado, que es consecuencia directa [nexo causal]» de la medida legislativa en cuestión).

Mientras se dictaba esta jurisprudencia, el artículo 139.3 de la LPAC de 1992 solo admitía responsabilidad por los daños causados por las Administraciones por la aplicación de actos legislativos no expropiatorios cuando así se estableciera en la propia ley. Lo «cicatero» de este sistema (Garrido Falla, 1993, p. 128) quizá justificaba que el TS lo desconociera sin más. Pero la LRJSP de 2015 ya sí contempla la primera de las categorías citadas (responsabilidad por daños generados por leyes, no expropiatorias, declaradas ilegítimas), a la vez que omite y aparentemente destierra la otra clase (leyes válidas que dañan intereses).

Aun así, la lucha por seguir defendiendo la existencia de este último título para pedir indemnización podría transitar por dos vías. Una, la más ambiciosa, es sugerir que el candado puesto por la LRJSP es inconstitucional, para lo cual cabe invocar (a): el artículo 106.2 de la CE como una cláusula de responsabilidad genérica de los poderes públicos, incluido el legislador; (b) el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como fundamento del deber de respetar la confianza legítima o (c) la regla de igualdad de trato ante las cargas públicas... La otra vía, más sibilina, es la que a veces ha preferido el TS, cuando considera que el silencio de la ley no obsta para que, indagando en su *ratio legis*, se detecte una voluntad tácita de compensar<sup>6</sup>.

### 3.1.2.3. Derecho comparado

¿Nos puede orientar, en este dilema, el derecho comparado? La materia ha generado una extensa y rica doctrina, en especial en Alemania, Francia e Italia. Su análisis rebasa el objeto de este estudio, pero sí es útil proporcionar, con un enfoque práctico, unas pinceladas sobre la última hora de la jurisprudencia al respecto.

En Alemania rige un peculiar sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, donde en principio aquella nace en cabeza del responsable público que viola un deber

<sup>5</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez (2021, p. 429 y ss.) hablan de una «generosa» jurisprudencia, criticando sobre todo que parezca establecer una vía autónoma de reclamación.

<sup>6</sup> En este sentido, SSTS 20 de febrero de 2000, 13 de marzo de 2001 o 30 de noviembre de 2010.

que tenga frente a un «tercero» (§ 839 [1] del *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil alemán), aunque esa responsabilidad luego se transfiere por mandato del artículo 34 de la Ley Fundamental de Bonn al órgano al que pertenece el agente. La reciente Sentencia de 29 de enero de 2021 (III ZR 25/20) del *Bundesgerichtshof* (BGH), el Tribunal Supremo de Alemania en materia civil y penal, que comentaremos *infra* § 5.1, afirma que, cuando lo que se enjuicia es una norma, tal requisito (la violación de un deber frente a un tercero) solo concurre si aquella tiene un destinatario concreto y no genérico, esto es, para «leyes medidas *stricto sensu* (*Maßnahmengesetze*) o «de caso único» (*Einzelfallgesetze*).

En Italia la *Corte di Cassazione* en sus sentencias de 22 de noviembre de 2016 (23730) y 13 de diciembre de 2021 (39534) ha sentado la doctrina según la cual no se contempla responsabilidad del legislador ni siquiera por leyes inconstitucionales. Para este tribunal, no existe un derecho al correcto ejercicio del poder legislativo, del que pueda emanar una situación jurídica susceptible de protección jurisdiccional. Y la responsabilidad, esta ineludible, que deriva de la infracción del derecho de la UE, se interpreta como fruto de una obligación internacional.

En Francia el estado de la cuestión es algo más halagüeño para el reclamante. Modernamente el *Conseil d'Etat* ha introducido una responsabilidad del legislador por normas que infringen un tratado (*arrêt* de 8 de febrero de 2007, *Gardedieu*) o que se declaran inconstitucionales (*arrêt* de 13 de diciembre de 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*). Pero sobre todo, junto a ello y desde el famoso *arrêt* de 14 de enero de 1938 (*La Fleurette*), aquel órgano consagró una responsabilidad basada en la «*rupture d'égalité devant les charges publiques*». Lo cierto es, empero, que en la práctica se ha aplicado esa fórmula en raras ocasiones (Pía Larné, 2008, p. 219) y de hecho el desafío es descifrar en qué medida tal título de responsabilidad excede del principio que prohíbe la expropiación de bienes o derechos sin indemnización.

#### 3.1.2.4. Características de este procedimiento

En cualquier caso, ya se acuda a él como mero cauce formal para obtener compensación por expropiación o por otro motivo, ¿cuál es el procedimiento para hacer valer la responsabilidad del Estado-legislador? El trámite se inicia mediante solicitud al Consejo de Ministros (art. 92 LPAC), pero a partir de ahí tiene tres notas teñidas por el hecho de que este cauce se ha diseñado como reacción frente a una ley declarada nula por el TC: (a) la acción prescribe al año desde que se publica en el BOE la sentencia (art. 67.1.III LPAC); (b) el perjudicado debe haber iniciado un procedimiento judicial y alegado en él los motivos por los que luego se efectúa la declaración de inconstitucionalidad, de forma que o bien ha existido sentencia firme (art. 32.4 LRJSP) o bien (se entiende) el procedimiento judicial está aún abierto y (c) solo serán indemnizables los daños producidos en los 5 años anteriores a la publicación de la sentencia (art. 34.1.II LRJSP).

Surge la duda de qué adaptaciones establecer si utilizamos este procedimiento sin el requisito de sentencia previa que haya anulado la ley: ¿se aplicará el plazo general de pres-

cripción del artículo 67.1.I de la LPAC (un año desde el hecho o el acto causante o desde que se manifieste su efecto lesivo); si de todas formas se dicta sentencia que declara que la ley es expropiatoria, ¿reabre esto el plazo para reclamar?; ¿rige alguna limitación respecto de la cuantía del daño a indemnizar?

## 3.2. Tratados internacionales

Según el artículo 10 de la CE, el derecho de propiedad, como los demás derechos y libertades que la Constitución reconoce, se interpretará de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, una referencia clave es el artículo 1 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952 al protocolo 1 del CEDH, no tanto por su contenido (equivalente al art. 33 CE)<sup>7</sup>, como porque abre la posibilidad de obtener la tutela del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>8</sup> y hace relevante a nuestros efectos su jurisprudencia, que ha sido profusa en materia de derecho de propiedad, incluyendo importantes resoluciones que enjuician sistemas de control de la renta de arrendamientos de viviendas.

## 3.3. Derecho de la UE

### 3.1.1. Normas sustantivas

También el artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>9</sup> reconoce el derecho de propiedad en términos equiparables a los del artículo 33 de la CE. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>10</sup> y la propia Comisión Europea, en su Comunicación de 19 de julio de 2018 (COM/2018/547), han declarado que

<sup>7</sup> «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas». La norma no contiene el requisito de indemnización, pero el TEDH lo aplica.

<sup>8</sup> El CEDH dispone que, agotada la vía judicial interna, cabe interponer demanda individual ante el TEDH, cuya sentencia será ejecutable en España por la vía del recurso de revisión en los términos que estableció la LO 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la LOPJ, que a su vez modificó las leyes procesales oportunas.

<sup>9</sup> «Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general».

<sup>10</sup> Cfr. STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-201/08, *Plantanol GmbH*), secciones 49 y 53.



el principio de confianza legítima es invocable como derecho de la UE, también frente al legislador de un Estado miembro. Condición para la invocación de aquel derecho o este principio es que la medida analizada pueda afectar a los intercambios entre Estados miembros, si bien a este respecto el TJUE emplea un criterio amplio, aceptando su competencia para analizar restricciones a la propiedad impuestas por un Estado a sus propios nacionales, si pueden potencialmente afectar a las libertades de movimiento de la UE<sup>11</sup>. Tal presupuesto se cumple en nuestro caso, pues el arrendador puede ser un nacional de otro Estado miembro, que ha visto menoscabada la rentabilidad de su inversión en bienes inmuebles en España y, por tanto, la libertad de circulación de capitales establecida por el artículo 63.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE).

### 3.3.2. Procedimiento

Este fundamento abre posibilidades ventajosas de tutela jurisdiccional. Un juez nacional podría (*ex art. 267 TFUE*) plantear cuestión prejudicial ante el TJUE para que este dilucide si, a la luz del Derecho de la UE, la medida debe ser inaplicada o, al menos, ha de llevar aparejada una compensación. Pero acudir al TJUE tampoco es imprescindible, pues, si tiene claro que lo ordena el derecho de la UE, el juez nacional puede conceder sin más la indemnización. En tal caso, sería aplicable el artículo 32 de la LRJSP, aunque con los matices introducidos por el TJUE<sup>12</sup>: (a) para que un tribunal nacional pueda establecer la responsabilidad del Estado, no es necesario que exista una previa sentencia de dicho tribunal que declare la disconformidad con el derecho de la UE; (b) cabe exigir la beligerancia del perjudicado, pero no la impugnación de un acto administrativo cuando este no existe, porque la norma es autoaplicativa y (c) es contrario al principio de integridad de la compensación la limitación de la indemnización al daño sufrido en los 5 años previos a la sentencia. El fundamento de esta jurisprudencia es el principio de efectividad (de las reparaciones por violación del derecho de la UE). En cambio, para el TJUE, el artículo 32.5 de la LRJSP no infringe el principio de equivalencia (con las reparaciones por infracción del derecho nacional) por el hecho de que imponga, como condición para la indemnización, los requisitos que exige la jurisprudencia de ese mismo tribunal: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que el incumplimiento en el que incurre esté «suficientemente caracterizado».

Por fin, la Comisión podría actuar contra el Reino de España, interponiendo ante el TJUE un recurso por incumplimiento, *ex artículo 258 del TFUE*. Para excitarla a hacerlo, el particular puede presentar una denuncia, aunque para la Comisión es discrecional atenderla o no.

<sup>11</sup> Cfr. STJUE de 11 de septiembre de 2003 (C-6/01, *Anomar y otros*), secciones 39 y ss.

<sup>12</sup> Sobre el punto (a) se había pronunciado ya la STJUE 26 de enero de 2010 (C118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*) y lo ha corroborado para el régimen español la de 28 de junio de 2022 (C-278/20, *Comisión c. España*). Esta última también establece la doctrina de los puntos (b) y (c) siguientes.

## 4. La posible respuesta del Estado

Con estos mimbres, ¿cómo es probable que defienda el Estado la legitimidad del RDL 6/2022? Sin pretensiones adivinatorias y solo por tener un listado de cuestiones que sirvan como ejes de la discusión, supondremos que lo haría en torno a las siguientes líneas de argumentación.

### 4.1. Estamos ante un supuesto de retroactividad admisible de la ley

El TC ha interpretado el artículo 9.3 de la CE, en cuanto al inciso que ordena «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», en el sentido de que solo existe una prohibición radical de retroactividad de las disposiciones en materia penal o sancionatoria. La expresión relativa a la restricción de derechos individuales no puede interpretarse a la luz de la «huidiza teoría de los derechos adquiridos» (STC 27/1981), que comportaría la petrificación del ordenamiento, esto es, la imposibilidad de adaptarlo a las necesidades cambiantes de la realidad social. Como resume la más reciente STC 270/2015,

la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas; [...] por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

Pues bien, como el RDL 6/2022 solo afecta a actualizaciones de la renta que procedan con posterioridad a su entrada en vigor, el Estado podría aducir que aquel no incurre en retroactividad prohibida (que sería la que privara del derecho a cobrar rentas devengadas), sino en la permitida (pues se limita a recortar los efectos futuros de las cláusulas contractuales de actualización).

### 4.2. No estamos ante una expropiación, sino frente a una delimitación de derechos

En cualquier caso, podría argumentar la representación del Estado, aunque estuviéramos ante un derecho integrante del patrimonio de los arrendadores, que lo que aprueba el

RDL 6/2022 no sería una privación (indemnizable), sino una mera delimitación (no indemnizable) de ese derecho.

En este sentido, quizá se alegue que este RDL, a diferencia de las leyes analizadas en el caso Rumasa o Parlamento de Canarias, no afecta a personas concretas, sino a la totalidad de arrendadores. Y, como ha declarado la STC 99/1987, son válidas las normas en la que no concurre

el dato de la privación singular propia de toda expropiación, que implica una sustracción o ablación de un derecho, como «sacrificio especial» impuesto a uno o varios sujetos por razones de utilidad pública o interés social» y solo existe mera «limitación, delimitación o regulación –general– del contenido de un derecho, que no les priva del mismo, sino que lo configura *ex novo* o modificando una situación normativa general anterior»<sup>13</sup>.

Asimismo, en el plano objetivo, el TC ha declarado reiteradamente que la ley puede fijar el alcance del derecho de propiedad, como reconoce el artículo 33.2 de la CE, de conformidad con su «función social». De esta emanan límites que ni siquiera son externos, sino internos (STC 37/1987): no se trata de que, por razones de interés general el derecho pueda ser recortado, sino de que su contenido no se extiende más allá de los confines que marca su utilidad social. Tal frontera puede ser trazada por el legislador, con el «amplio margen de apreciación del que dispone para adoptar disposiciones en materia social y económica» (STC 32/2019), y ello no conlleva que se arrebate algo al ciudadano, solo que se aclare lo que tiene y lo que no tiene.

El TC ha hecho uso de esta doctrina en numeroso ámbitos, como evidencian las SSTC 6/1983 (reducción de beneficios fiscales en viviendas de protección oficial); 108/1986, 99/1987 y 70/1988 (reducción de la edad de jubilación a jueces, funcionarios y profesores de EGB); 37/1987 (Ley de reforma agraria de Andalucía); 227/1988 (Ley de aguas); 149/1991 (Ley de costas); 65/1990 (compatibilidad entre haberes activos y pasivos); 401/1993 (Ley de propiedad horizontal); 109/2003 (caducidad de autorizaciones de farmacias); 294/2004 (bienes abandonados), o 112/2006 (transmisión en abierto de acontecimientos deportivos de interés general). En varias de estas sentencias, siguiendo la doctrina inaugurada por la 37/1987, se enfatiza, además, que este juicio puede proyectarse de forma distinta sobre cada categoría de bienes: se habla así de la «flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatu-

<sup>13</sup> La idea responde al brocardo *generaliter factum per viam legis... tunc restauratio non requeritur* (lo que se hace de forma general por vía legislativa, no requiere restitución), cuya cita recogen Santamaría Pastor (1972, p. 65) y antes Villar Palasí (1955, pp. 14-15), el cual añade otras similares. No obstante, ninguno de esos autores, como veremos, comparte su vigencia actual.

tos jurídicos diversos». En particular, es lógico que bienes que satisfacen necesidades fundamentales para el orden social, como la vivienda (art. 47 CE), estén sujetos a un estatuto regulatorio específico. Más en concreto aún, el TC ha aplicado este criterio a los arrendamientos de viviendas en sus sentencias 222/1992 y 89/1994. Esta última declaró constitucional la normativa que mantenía la prórroga forzosa de los contratos de renta antigua (cfr. *supra* § 2.5) y su doctrina lanza dos reveladores mensajes.

El primero es que no estamos ante una intervención sorpresiva del legislador, pues «la historia de la regulación de los arrendamientos urbanos» muestra cómo la ley ha irrumpido en este contexto con una «finalidad tuitiva de intereses que se consideraban necesarios de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario». La CE no ha hecho más que reforzar esta tendencia, en cuanto su artículo 47 «recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias»; de igual modo, «no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Constitución».

El segundo mensaje es que esta regulación puede perfectamente comportar un sacrificio económico para el arrendador. En concreto, en aquel supuesto el TC reconoce que la regulación controvertida «dificulta que la merced arrendaticia se adecúe con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos» y, a pesar de ello, reconoce sin ambages que esta «limitación del derecho de propiedad en cuanto a su utilidad económica [...] no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible [...] y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el artículo 33 de la Constitución». Tal sucedería también en nuestro caso, donde el RDL 6/2022 ni siquiera extirpa el derecho a actualizar la renta, solo lo limita y de modo coyuntural.

### 4.3. La responsabilidad patrimonial del legislador solo procede por leyes ilegítimas

Tras descartar que estemos ante una actuación expropiatoria, la defensa del Estado podría alegar que los arrendadores litigantes no pueden hacer valer su pretensión por una vía subrepticia, como sería el recurso a la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, por lesión de «otros intereses merecedores de compensación».

Se nos recordará, en este sentido, que el principio clásico era la irresponsabilidad económica del órgano que encarna la soberanía nacional, antes el rey (*the King can do no wrong*), desde las revoluciones burguesas, los parlamentos (*la loi ne saurait pas faire mal*). Máxima que no es caprichosa, sino que tiene un sólido fundamento dogmático. Cuando el legisla-

dor, en uso de su soberanía, elige una opción política, es inevitable que dé satisfacción a los intereses de unos (en nuestro caso, los arrendatarios) y frustre los de otros (los arrendadores). Si ello obligara al Estado a indemnizar a todos los que han visto defraudadas sus expectativas, el Parlamento se vería atado de pies y manos, por miedo a las gravosas y, a la postre, ruinosas consecuencias económicas que tendrían sus decisiones para las arcas de la nación (Ruiz López, 2013, p.18). Padecería, además, la división de poderes, porque las Cortes no podrían ejercer la función que tienen asignada, al verse mediatizadas por otro poder del Estado, el judicial, que solo tiene atribuido el cometido de aplicar elecciones políticas (las plasmadas en las normas) y no la de coartar esas elecciones.

Con esta inspiración, nuestro legislador ha adoptado una posición equilibrada, más generosa que la que rige en ordenamientos cercanos, como el alemán o el italiano: solo responde el legislador cuando incurre en funcionamiento anormal, porque su conducta vulnera un derecho constitucional o de otra manera infringe una norma prevalente (*responsabilité par faute*). Ciertamente, de esta forma la regla de responsabilidad del legislador se separa de la que rige para el Poder Ejecutivo, el cual responde asimismo *sans faute* por daños derivados del funcionamiento normal de sus servicios (arts. 106.2 CE y 32.1 LRJSP). Pero esto se debe a que las situaciones son distintas: la Administración, ya ejercite potestades regladas o discrecionales, actúa con sometimiento a los fines marcados por las leyes, mientras que es competencia del legislador elegir esos fines, sin que esta libertad pueda quedar mediatizada ni de forma directa (porque las leyes sean declaradas ineficaces) ni de modo indirecto (porque se genere una responsabilidad económica), salvo que precisamente la decisión legislativa infrinja límites jurídico-constitucionales o supranacionales. El correlato de esta libertad del legislador es el deber del ciudadano de soportar sus consecuencias, y esto es lo que proporciona el engarce con el régimen general: también la Administración está exenta de responder cuando el administrado tiene el deber jurídico de soportar el daño correspondiente, y así sucede exactamente con toda la actividad legislativa que se produzca dentro del marco constitucional y europeo: como se ha dicho, «todos tenemos el deber de soportar las leyes constitucionalmente válidas»<sup>14</sup> (y conformes al derecho de la UE).

Frente a ello, no puede invocarse el artículo 9.3 de la CE (en tanto garantiza la «seguridad jurídica» y la «responsabilidad [...] de los poderes públicos») ni su corolario, el principio de confianza legítima. Como se ha manifestado por autorizada doctrina (García de Enterría, 2002 y 2003), aquel precepto alude solo a la responsabilidad política (*accountability*) y no a la económica (*liability*). Lo mismo cabría decir del mandato de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas: es un riesgo y una carga general que todos debemos aceptar que los cambios regulatorios pueden en ocasiones acarreararnos un coste o un menor ingreso, al igual que otras veces nos deparan beneficios. Ambos principios pueden servir para preservar derechos, pero (una vez que entramos en el territorio de lo regulable) no pueden erigirse en valladar que coarte la función legislativa.

<sup>14</sup> La cita es de García de Enterría y Fernández Rodríguez (2021, p. 434)

## 5. Nuestra posición: visión general

En la visión que acabamos de exponer existen luces, pero también sombras.

### 5.1. Luces de la defensa del Estado

Es cierto que si los arrendadores quieren triunfar en su reclamación por daños imputables a los decretos Ucrania, deben evidenciar que estamos ante lo que hemos llamado una ley materialmente expropiatoria. Y si se fracasa en este ejercicio (esto es, si se concluye que estamos ante una legítima delimitación de las facultades del dominio), no cabe, en efecto, reabrir la cuestión como un problema de responsabilidad patrimonial del legislador: este instituto puede servir como cauce para obtener la compensación, pero no crea un título autónomo de reclamación, por las razones expuestas, que damos por buenas. Lo anterior, como bien establece la LRJSP, solo decae cuando, o bien la ley decide graciosamente conceder una compensación a los titulares de determinados intereses o bien se infringe una norma que goza de primacía. Es más, para el TJUE, una violación del derecho de la UE solo genera responsabilidad si está «suficientemente caracterizada» (lo que se lee como «manifiesta y grave»)<sup>15</sup> y tiene sentido plantearse, como ha hecho parte de la doctrina (Martínez Lage, 2013, p. 33), si este requisito no debería también jugar en el plano interno. Podemos ilustrar esto con el ejemplo de ciertas regulaciones promulgadas precisamente en materia de arrendamiento de viviendas.

Tanto en Alemania como en España se han dictado por estamentos regionales normativas de control de la renta, que han sido anuladas por los tribunales, aunque por motivos no sustantivos. En Alemania el artículo 556d (1) del Código Civil alemán autoriza a los *Länder* a establecer, con la debida motivación, para zonas tensionadas que así lo requieran, un canon de renta que no se podrá rebasar en más de un 10 %. En su sentencia de 18 de julio de 2019 el *Bundesverfassungsgericht*, el Tribunal Constitucional alemán, consideró constitucional esta normativa. A su amparo, el *Land* de Hesse dictó una ordenanza que activó ese mecanismo para un distrito de la ciudad de Fráncfort, mas sin proporcionar motivación. La ordenanza fue anulada por esta causa por el BGH, mediante Sentencia de 17 de julio de 2019 (VIII ZR 130/18). De igual modo, la Ley de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, que establecía también un control de rentas de los arrendamientos de vivienda, fue anulada por la STC 37/2022, en este caso por invadir competencias del Estado. Ante ambas situaciones, cabe plantearse la posibilidad de acciones indemnizatorias ejercitadas por los arrendatarios o los arrendadores.

---

<sup>15</sup> La STJUE de 4 de julio de 2000 (asunto C-424/97, *Salomone Haim*) reitera el requisito de la violación «manifiesta y grave», así como también la idea, que enlaza con lo que aquí decimos, de que eso será tanto más claro cuanto menor sea el margen de apreciación del legislador (cfr. sección 38).

Lo primero ha sucedido en Alemania, donde un arrendatario alegó que el *Land*, al «reglamentar mal» (sin observar sus deberes formales), le había obligado a pagar más renta de la que hubiera procedido si la norma se hubiera redactado bien. Pues bien, el propio BGH, mediante Sentencia de 29 de enero de 2021 (III ZR 25/20), desestimó esta pretensión. El motivo fue que (como avanzamos *supra* § 3.1.2.3) para el BGH el legislador no incurre en responsabilidad por leyes que no sean «de caso único». Este extremo es discutible, pero pensamos que el fallo fue correcto, pues el demandante tomaba como pretexto la nulidad de la ordenanza para, en realidad, pedir indemnización por una omisión legislativa, esto es, por no haberse dictado (válidamente) la normativa que convenía a sus intereses: pedía del juez que actuara, no tanto como legislador negativo para remediar un defecto «jurídico», sino como verdadero legislador positivo, concediendo al reclamante el efecto económico de una regulación supuestamente «oportuna»<sup>16</sup>.

¿Qué habría sucedido, no obstante, si quien hubiera demandado la pertinente reparación fuera un arrendador, aduciendo que, en el periodo durante el cual la ley estuvo vigente, dejó de cobrar rentas que luego no ha podido recuperar de su arrendatario, por ser este insolvente? A nuestro juicio, aquí debe distinguirse entre el defecto competencial (caso catalán) y la ausencia de motivación (caso alemán). Promulgar una ley con falta de competencia es sin duda un vicio que, si así se solicita por el círculo de sujetos legitimados, justificará la anulación de la norma, pero es dudoso que deba ser indemnizado quien sufre temporalmente los efectos de una regulación que no viola ningún principio de justicia material. Otra cosa sería si el arrendador se quejara porque la norma (como sucedía con la ordenanza alemana) incurre en falta de motivación: establece un control de rentas, pero sin ningún estudio que lo ampare. Dejamos esta incógnita simplemente planteada, ya que con ella entramos en el dominio de las posibles «sombras».

## 5.2. Sombras de la defensa del Estado

Así pues, tenemos empeño en defender una amplia libertad de apreciación política del legislador, pero el mismo rigor debe jugar a la hora de definir los límites jurídicos de tal libertad. Esto se traduce en tres grandes correcciones a la defensa del Estado.

En primer lugar, el RDL 6/2022 no deviene constitucional solo porque se limite a coartar actualizaciones futuras de las rentas. Esta regla solo opera una vez aceptado que estamos ante una delimitación legítima del derecho de propiedad, que coloca el beneficio de que se trate en el ámbito de lo regulable. A partir de este momento, sí tiene sentido distinguir entre provechos futuros (que pueden no renovarse) y los ya devengados (que han

---

<sup>16</sup> Cuestión distinta sería que el beneficiado por la ley inconstitucional hubiera cedido el derecho que la norma le otorgaba a un tercero de buena fe, que viera así frustrada la confianza en la constitucionalidad de la norma. En un supuesto así (caso Castor) la STS 1404/2020 sí concedió indemnización al tercero.

saltado a la esfera patrimonial del beneficiario). De hecho, las SSTC que dictan la doctrina sobre retroactividad impropia versan sobre espacios regulados, como el estatuto de los funcionarios públicos (108/1986, 99/1987 y 70/1988) o la retribución de determinadas instalaciones de producción eléctrica (270/2025). Pero evidentemente este razonamiento no puede aplicarse a aquellas facultades que no tienen esa calificación, porque desde un principio forman parte del patrimonio del ciudadano. Cuando se ocupa una casa, también nos estamos limitando a privar al titular de su disfrute en el futuro, sin quitarle ni el goce que tuvo en el pasado ni el derecho a percibir las rentas ya devengadas, y no decimos que la medida sea legítima solo por eso. Lo mismo sucede si se arrebatara el derecho a ejercer una facultad contractual, la cual no es más que el trasunto del derecho al disfrute de la cosa, que se ha transmutado en el de percibir su equivalente económico (una renta), en virtud de un pacto lícito.

En segundo lugar, la frontera entre expropiación y delimitación se desdibuja en el planteamiento del Estado: desde el punto de vista subjetivo, pareciera que toda regulación dirigida a un colectivo abstracto fuera no indemnizable; desde el objetivo, pareciera también que el legislador, en atención a la función social del derecho de propiedad, pudiera sacar adelante cualquier regulación, sin más freno que la imposibilidad de acordar un vaciamiento completo o casi completo del derecho. Intentando superar estos criterios formalistas, ensayamos en § 6 un paradigma de distinción que busca un mejor equilibrio entre el interés general y el privado.

En tercer lugar, sentado que estemos ante una materia delimitable y regulable, hemos aceptado que el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador no se convierta en subterfugio que anule *de facto* aquella facultad regulatoria. Pero esto tampoco significa que se deba descartar todo juego de principios como el de igualdad o confianza legítima, los cuales regresan al escenario, aunque por un cauce más angosto: al acotar un derecho, el legislador debe respetar un protocolo que aleje la sospecha de arbitrariedad; el no hacerlo determina que persista el deber de indemnizar, con uno u otro alcance. Desarrollaremos este punto en § 7.

## **6. Limitar la renta arrendaticia ¿es privación o delimitación?**

### **6.1. Planteamiento**

Procede, por tanto, discutir si estamos ante una mera delimitación de la propiedad inmobiliaria, que no sea indemnizable. La doctrina apunta cómo, a este respecto, nuestros tribunales han acumulado criterios, sin decantarse por ninguno. Se ha dicho así que esta jurisprudencia se acoge a un «eclecticismo descorazonador» (Carrillo Donaire y López Menudo, 2003, p. 96) o produce «desazón» (Domenech Pascual, 2001, p. 21). Lo cierto es, empero, que este casuismo es consustancial a la labor de los tribunales, que han de poner



el acento en la causa que permite dirimir cada conflicto concreto. Pese a todo, aunque el motivo que inclina la balanza hacia uno u otro lado puede variar en cada caso, pensamos que el criterio rector es claro, pues no puede ser otro: como siempre que se quiere arbitrar entre intereses, se trata de ponderarlos y lograr la debida armonía entre ellos; en este caso, entre el interés privado (que sería recibir compensación por cualquier recorte de nuestros bienes o derechos) y el general (que aquí, no olvidemos, va más allá de captar el bien y se extiende a recibirlo sin coste económico). Este es el planteamiento del propio Domenech Pascual (2012, p. 279), quien destaca asimismo cómo tal enfoque ha prevalecido en la jurisprudencia del TEDH, el cual ordena perseguir «un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales del individuo», lo cual a su vez demanda una «proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»<sup>17</sup>.

Es verdad que esta ponderación no es matemática. No hallaremos una regla que asigne un valor exacto a cada factor ni una ecuación que los organice. Por suerte, en nuestro caso, simplifica la tarea el hecho de que todos los criterios de uso habitual nos llevan a concluir que existe privación indemnizable. Para demostrarlo, descartaremos que el aspecto subjetivo o el cuantitativo zanjen *per se* la cuestión; aclararemos luego cómo ese juicio de proporcionalidad que realizan los tribunales se distingue del político que efectúa el legislador; por fin, abordaremos qué factores influyen en el peso que pueda tener en la ponderación el interés público o el privado.

## 6.2. El aspecto subjetivo

### 6.2.1. Localización de los beneficiarios

A menudo los autores y la jurisprudencia ponen de manifiesto que la existencia de un círculo de beneficiarios más o menos reducido denota expropiación<sup>18</sup>. Esto sucede aquí: existe un trasvase financiero desde un grupo social, al que se priva de un ingreso, a otro, al que se ahorra el desembolso. Es verdad que este dato no es definitivo: nuestro TC (como vimos) ha aceptado que la ley puede legítimamente beneficiar a la parte débil de la relación arrendaticia (los arrendatarios) en detrimento de los arrendadores. Como tempranamente destacara Villar Palasí (1955, p. 19), las limitaciones de la propiedad no deben contemplarse, en la clásica distinción aristotélica, solo bajo la óptica de justicia conmutativa, sino asimis-

<sup>17</sup> La cita es de la STEDH de 30 de junio de 2005 (*Jahn y otros c. Alemania*), sección 93, aunque expresiones similares se encuentran en toda la jurisprudencia del TEDH sobre protección del derecho de propiedad.

<sup>18</sup> En este sentido, Domenech Pascual (2012b, p. 282); García de Enterría y Fernández Rodríguez (2021, p. 260) o Muñoz Machado (2015, p. 376). La STS de 14 de marzo de 2006 asocia, en efecto, la presencia de beneficiarios con la existencia de expropiación, aunque lo hace para negar que fuera expropiación una medida que no los tenía (se trataba de la intervención de una entidad de crédito).

mo como mecanismo de distribución de la renta. Ahora bien, la existencia de aquel traspaso sirve al menos como llamada de atención: si se priva a alguien de un bien en provecho de un beneficiario, se hace preciso demostrar que, en efecto, concurren condiciones que legitimen ese cambio de manos de la riqueza.

### 6.2.2. Los arrendadores sufren un «sacrificio especial»

A la inversa, ¿cuál es el valor que tiene el dato de que los perjudicados no estén identificados *nominatim*, sino como clase abstracta? Veíamos *supra* § 4.2 que la expresión tradicional ha sido que la expropiación requiere de una privación «singular». Y sin duda es verdad que una norma que afectara a la totalidad de la población llevaría implícito el reparto equitativo de su carga. Ahora bien, si la regla afecta solo a los titulares de determinado bien y no tiene una justificación ni tributaria ni sancionadora, las espadas están en alto: tiempo hace que la doctrina internacional no contempla la «singularidad» como una cuestión de números, sino desde un punto de vista valorativo; arrebatar un bien a un colectivo puede comportar también un «sacrificio especial» (*besonderes Opfer*), que habrá de ser indemnizado, si es irrazonable<sup>19</sup>.

En el plano de nuestra jurisprudencia constitucional, cierto es que la STC 99/1987, en su tenor literal, parece legitimar toda medida «general», pero las suyas eran las típicas declaraciones válidas para el caso de autos que no se sustentan fuera del mismo. Así lo aclara la STC 227/1988 (Ley de aguas), con arreglo a la cual

la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente (FJ 11.º)<sup>20</sup>.

Coincide este planteamiento con el de la jurisprudencia americana, la cual exige compensación no solo para el *physical taking* (la ocupación física de un bien), sino también para el *regulatory taking* (normas que recortan las facultades de uso o disposición), con la sola diferencia de que en el primer caso la compensación procede siempre, mientras que en el segundo solo es pertinente si el Estado no puede justificar la medida por su utilidad

<sup>19</sup> En este sentido, con abundante cita de doctrina alemana, italiana y francesa, los antiguos, pero vigentes estudios de Villar Palasí (1955) y Santamaría Pastor (1972).

<sup>20</sup> Cfr. también en el mismo sentido las SSTC 204/2004 (FJ 5.º) y 112/2006 (FJ 10.º).

social (Epstein, 2012)<sup>21</sup>. En la misma línea se ha pronunciado el TEDH en los casos *Hutten-Czapska*<sup>22</sup> y *Lindheim*<sup>23</sup>, donde se dictamina que eran ilegítimas determinadas normativas generales, referidas precisamente a limitaciones de la renta de arrendamientos de viviendas y de terrenos, respectivamente.

En particular, en el caso analizado, debe tenerse presente que la medida trata de paliar una situación (el efecto sobre los hogares de una elevada inflación) a la que contribuyen múltiples sectores económicos. Pues bien, cuando todos o casi todos los sujetos que crean un problema colaboran en su solución, esto sí puede tener valor justificativo, en cuanto implica que no se castiga a un sector aislado, imponiéndole una «carga desproporcionada» (*disproportionate burden*). De este modo, los decretos Ucrania se verían bajo luz más favorable si hubieran dispuesto restricciones generales de los precios de los productos básicos, diluyendo de esta forma el esfuerzo económico exigido para afrontar la crisis. Es más, cuando el detonante de la reacción legislativa es una situación de imperiosa necesidad, bien puede aceptarse que el reparto de cargas no sea exhaustivo o milimétricamente equitativo, pues el legislador debe garantizar lo ineludible, aunque esto comporte ciertos desajustes que son inevitables a la vista de la premura con la que se actúa.

No obstante, tampoco han hecho esto los decretos Ucrania, cuya tónica ha sido arbitrar ayudas estatales, en la forma de reducción de impuestos o subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En este sentido, como sintetiza el RDL 6/2022 en su preámbulo, la norma instituyó una bajada de los impuestos en el ámbito eléctrico, una bonificación al precio de los carburantes e importantes ayudas a los sectores productivos más afectados por el alza de los precios de la energía, como el transporte, la agricultura y ganadería, la pesca o las industrias electro y gas intensivas. Solo se ha combatido el impacto de la inflación mediante pura y simple intervención de precios en el caso de los alquileres de vivienda y otro supuesto aislado (la bombona de butano).

Pues bien, la STEDH *Hutten-Czapsk*, a la que nos acabamos de referir, reputa ilegítima una regulación que incurre cabalmente en este defecto. El TEDH valoró que la comunidad esgrimía un motivo legítimo y muy poderoso para establecer una limitación de las rentas (Polonia se enfrentaba a una escasez insostenible de viviendas para alquiler, heredada del régimen comunista). Pese a todo, el fallo estimó que el legislador debía haber intentado satisfacer sus objetivos mediante una distribución equitativa de la carga financiera, en lugar de hacerla gravitar exclusivamente sobre un grupo social aislado (el de los arrendadores)<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (*Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*), 544 U.S. 528 (2005).

<sup>22</sup> STEDH de 19 de junio de 2006 (*Hutten-Czapska vs. Polonia*).

<sup>23</sup> STEDH de 12 de junio de 2012 (*Lindheim y otros c. Noruega*).

<sup>24</sup> Se pronuncia así la sentencia en su sección 225: «*The legitimate interests of the community in such situations call for a fair distribution of the social and financial burden involved in the transformation and reform*

### 6.3. El aspecto cuantitativo

Sentado lo anterior, cabe de todas formas preguntarse si, como suponíamos que acudiría el Estado, el esfuerzo exigido a los propietarios puede justificarse solo por el hecho de que sea parcial: la medida es provisional y no prohíbe la actualización de la renta, solo limita el porcentaje de subida. Hemos observado que, sobre todo si se considera el efecto que se arrastra en actualizaciones futuras, la cuantía del daño causado a los arrendadores es significativa, pero evidentemente no constituye un completo «vaciamiento de contenido económico» del derecho afectado. A ello se une que la imagen tradicional de un derecho tampoco es un límite infranqueable, porque de lo que se trata es de que el núcleo de lo intangible pueda evolucionar en función de las necesidades y percepciones cambiantes de la sociedad. A la luz de esto, podía pensarse que las restricciones no integrales de un derecho son siempre posibles, a medida que la mayoría social las reclama.

Pero no es así. Como punto de partida, cualquier vulneración patrimonial debe ser indemnizada, con independencia de su importe, salvo naturalmente que nos hallemos bajo el umbral *de minimis* (cantidades tan nimias que no alcanzan a justificar un interés relevante para mover la maquinaria judicial del Estado). Al igual que el Estado no consiente robar poco (la policía siempre impedirá que el carterista hurte 5 euros, por mucho que la sanción penal sea liviana o inexistente), tampoco está autorizado el propio poder público para despojar a los ciudadanos de parte del contenido de sus bienes o derechos. En este sentido, están en la mente de todos los ejemplos de privaciones coyunturales (como las ocupaciones temporales de bienes) o parciales (la constitución coactiva de una servidumbre de paso de energía eléctrica) que son pacíficamente consideradas como expropiaciones (Domenech Pascual, 2012a, p. 12)

¿Qué significan entonces las afirmaciones jurisprudenciales que ponen el tope en el no «vaciamiento» del derecho? Significan que este es el límite que debe respetar en todo caso una delimitación cuando la anima un motivo adecuado y por alta que sea la calidad de ese motivo. Por tanto, ni el mejor de los intereses justifica un menoscabo integral del derecho, pero cualquier menoscabo ha de pasar el juicio de proporcionalidad: debe estar sustentado por un interés apto y su intensidad ha de representar una carga razonable para los sujetos afectados.

### 6.4. Dos juicios de proporcionalidad rivales

No obstante, cuando se comienza a hablar de proporcionalidad, aflora una ambigüedad, pues nos enfrentamos a un doble juicio de este género: uno jurídico, fiscalizable por los tribunales, y otro político, que es prerrogativa del legislador.

---

*of the country's housing supply. This burden cannot, as in the present case, be placed on one particular social group, however important the interests of the other group or the community as a whole».*

Este segundo aspecto (la libertad de apreciación del legislador) es uno que nuestro TC preserva con mimo, habiendo señalado que la «desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es [...] resultado de un juicio político, en cuyo mérito este tribunal no puede entrar» (SSTC 66/1985 y 99/1987). En esta misma dirección, es interesante observar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos llegó a aventurar que, para determinar si estamos ante un *regulatory taking* (indemnizable), podía ser preciso constatar si la normativa en cuestión contribuye sustancialmente al progreso de (*substantially advances*) un objetivo legítimo, si bien ha rectificado posteriormente, prescindiendo de este análisis<sup>25</sup>. Aquella doctrina venía a significar que los jueces podían embarcarse en un concienzudo juicio de efectividad de los medios elegidos por el legislador para promover sus fines regulatorios. Sin embargo, el tribunal termina descartando ese enfoque, porque ha comprendido que este es un análisis para el cual los órganos judiciales ni están pertrechados ni legitimados, a diferencia de las agencias gubernamentales y legislativas, que sí cuentan con esos medios, porque esa es su función constitucional. También el TEDH insiste recurrentemente en que debe respetar «*a wide margin of appreciation*» de las autoridades nacionales.

Sin embargo, aquellas mismas sentencias del TC que protegen la libertad de elección del legislador remarcan que esta acaba «cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza», al igual que el TEDH observa que «*that discretion, however considerable, is not unlimited and its exercise cannot entail consequences at variance with the Convention standards*» (Sentencia *Hutten-Czapsk*, sección 223).

¿Dónde termina entonces un juicio (el fiscalizable) y comienza el otro (el libérrimo)?

Es claro que la clave para trazar esta frontera reside en distinguir dos niveles de concreción en el juicio de proporcionalidad: uno de «alta supervisión» o «razonabilidad» (que sí hacen los tribunales) y otro de «acierto» (que les está vedado y corresponde al legislador). El primero admite que existe un espectro de soluciones posibles, todas ellas válidas en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro (art. 1.1 CE) y solo censura las ponderaciones que quedan fuera de ese amplio círculo; el segundo hace zum sobre la imagen y permite efectuar una elección política, que solo puede censurarse en las urnas. Mas esto no impide que el juicio jurídico comprenda todas las comprobaciones clásicas, aunque tengan lugar desde una altura que admite pluralidad de soluciones: el fin perseguido puede ser de uno u otro color político, pero al menos debe proclamarse como una razón apta para imponer un sacrificio económico al propietario; por su parte, los medios deben encajar en la gama de los que sean potencialmente útiles para alcanzar ese fin, sin pretender prede-

<sup>25</sup> El precedente del recurso a esa doctrina se contenía en la sentencia del caso *Agins v. City of Tiburon*, 447 U.S. 255 (1980). La rectificación se produce en *Lingle v. Chevron U.S.A. Inc.*, 554 U.S. 528 (2005).

cir que tendrán éxito; en cuanto a si son los menos lesivos para la propiedad, bastará con que no se desprecien alternativas manifiestamente plausibles; por fin, el bien a conseguir debe parecer como más valioso que el sacrificio exigido, al menos conforme a alguna de las múltiples ideologías o sistemas de valores democráticos.

## 6.5. La calidad de los intereses (público y privado) en juego

Sentado lo anterior, procede analizar los fines y medios que se han invocado en este caso, aunque observando que estamos ante un análisis comparativo: a la postre, lo que importa es el valor relativo de los pesos que se colocan en cada platillo de la balanza. De este modo, un interés público insoslayable e imposible de satisfacer de otro modo tendrá peso suficiente para exigir del particular sacrificios económicos significativos y, a la inversa, un interés privado defectuoso puede ceder casi ante cualquier interés general. De hecho, las dos (escuetas) motivaciones que citan los decretos Ucrania apuntan en uno y otro sentido: la «asistencial» encomia la bondad del objetivo público, mientras que la de «desconexión» sugiere una falla en el mercado de la vivienda. Veamos si se cumplen en cada caso los requisitos aplicables para justificar una delimitación no indemnizable.

### 6.5.1. Calidad del interés público: un interés en no pagar

Sin duda el que hemos llamado interés asistencial es «bueno». Los arrendatarios constituyen una capa importante de la población y el encarecimiento de un bien esencial como es la vivienda, por efecto de una inflación inusitadamente alta, es un problema grave para estas personas. Por consiguiente, es positivo para ellos, e indirectamente para el orden social, que el Estado disponga una ayuda, en forma de una contención de la renta arrendaticia. Ahora bien, el juicio que nos ocupa no demanda simplemente que el interés general en juego sea benévolo. No olvidemos que lo que se pretende es asignar el coste de la medida a la contraparte contractual, arrebatándole para ello (o al menos suspendiendo) un derecho que formaba parte de su patrimonio. Esto requiere un plus de justificación: deberá ponerse sobre la mesa un interés que, siquiera tendencialmente, ampare la decisión de que el auxilio económico a los arrendatarios corra a cargo de los arrendadores.

Un ejemplo de justificación idónea en este sentido nos lo proporcionaba la STC 89/1994. Como vimos *supra* § 4.2, aquella sentencia validó la prórroga forzosa de ciertos arrendamientos (los llamados de «renta antigua»). Para ello puso en la balanza: de un lado, un daño para el arrendador que era hipotético (dependía de que, al extinguir el contrato, pudiera en efecto conseguir otro con una renta mayor) y, de otro lado, un problema social de enorme magnitud (dejar de la noche a la mañana sin vivienda a un alto número de familias), que habría sido imposible de afrontar por el Estado, ya fuera de forma específica (habilitando vi-

vienda alternativa) o financiera (compensando a los arrendadores para que no extinguieran los contratos)<sup>26</sup>. Efectuada la oportuna ponderación, podía no compartirse la conclusión de la sentencia (como hicieron tres magistrados, en voto particular), pero al menos aquella tenía un sustento en la dirección en la que hay que mirar: no se pagaba compensación, porque aparentemente eso habría sido inviable<sup>27</sup>.

Sin embargo, el legislador que dicta el RDL 6/2020 no parece padecer esa imposibilidad de reacción financiera: el Estado ha tenido un *deep pocket* suficiente para resolver otras múltiples situaciones análogas (el RDL 20/2022 habla en su preámbulo de un gasto del conjunto de las medidas arbitradas en los decretos Ucrania de unos 30.000 millones de euros) y no se comprende por qué, en este caso, la solución había de ser diametralmente distinta. Discutiremos más tarde el juicio que este diverso trato merece desde el punto de vista del principio de igualdad, pero aquí se trata solo de resaltar la diferencia que separa nuestro caso del enjuiciado por la STC 89/1994: al igual que hizo con otros bienes, el Estado podía haber apoyado a los arrendatarios más necesitados mediante ayudas, establecer incentivos fiscales para los arrendadores que aceptaran rebajas voluntarias o imaginar cualesquiera otras medidas menos lesivas del derecho de propiedad.

## 6.5.2. Calidad del interés privado: las actividades indeseables

Muestra de intereses privados débiles son las actividades socialmente indeseables (las *obnoxious activities* de la jurisprudencia anglosajona). Y es que, ciertamente, parece fuera de lugar obligar al Estado a pagar por poner coto a situaciones que pugnan con valores superiores del ordenamiento. Ejemplos en este sentido son: actividades dañinas para la salud (STS de 11 de octubre de 1991 sobre restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas)<sup>28</sup> o anticompetitivas (la STC 112/2006, sobre el deber de transmitir en abierto acontecimientos deportivos de interés general, tuvo en cuenta «la tendencia al monopolio de los medios informativos» y las SSTs de 14 de febrero y 3 de abril de 2002 no aprecian daño porque se elimine el monopolio de las funerarias).

<sup>26</sup> Como dice el FJ 10.º de la sentencia, la norma impugnada trataba de «procurar la estabilidad en las relaciones contractuales preexistentes, y de evitar así una alteración, que no cabría designar sino como muy grave, del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas de un régimen en vigor durante muchos años, y que afectaba y afecta a capas muy considerables de la población».

<sup>27</sup> También el FJ 10.º valora que se trataba de «medidas de carácter urgente y provisional. Esto es, sin vocación de perpetuar la situación de desigualdad creada; situación que se justifica, durante un periodo transitorio, por consideraciones de urgencia». Pero nótese que la mera «provisionalidad» no justificaba *per se* la medida, si no añadimos la «urgencia»: el hecho de que, en ese momento, no había otra alternativa.

<sup>28</sup> También la STS de 22 de diciembre de 2010, sobre cierre de establecimientos expendedores de tabaco, se apoya en la previsibilidad del daño, debida precisamente a que «el procedimiento de elaboración de la [...] ley al afectar a la salud de los ciudadanos [...] tuvo una gran repercusión social».

En el contexto de los arrendamientos de vivienda, hay un ejemplo señero de esto último: los mecanismos de control de rentas antes aludidos, los cuales tratan de afrontar situaciones patológicas, de mercados tensionados en ciertas áreas geográficas, donde los arrendadores ganan poder suficiente para exigir precios desorbitados. Así pues, en estos casos no solo concurre un objetivo legítimo (facilitar el acceso a la vivienda, *ex art. 47* de la CE), sino uno apto para justificar la concreta actuación que se pretende (limitación de la renta sin compensación al arrendador), precisamente porque se aprecia un defecto en la actividad regulada (disfunciones del mercado). En cuanto a si la medida de fijación de cánones o topes es adecuada para resolver la situación, esto es políticamente discutible: unos piensan que resulta contraproducente (pues acaba produciendo un retraimiento de la oferta), otros la alaban. Pero existe consenso en cuanto a que estamos ante una opción constitucionalmente legítima, siempre que se adopten las cautelas adecuadas para proteger la propiedad y la libertad de contratación, mediante fórmulas que estén matizadas y justificadas<sup>29</sup>.

Pues bien, parece que los preámbulos de los decretos Ucrania quisieran argumentar en esta línea (algo falla en el mercado) cuando invocan una supuesta desconexión entre la subida de los precios generales (plasmada en el IPC, el índice al que suelen acogerse los contratos) y los de la vivienda. Pero, aunque este presupuesto fáctico fuera cierto (cosa que discutiremos *infra* § 7.2), sigue sin encajar en la idiosincrasia de un control de rentas, porque carece de sus notas esenciales:

- a) Falta el dato de que la renta sea excesiva: nótese que se prohíbe la actualización, pero no se exige que la base supere determinado límite, de forma que a veces sucederá que la merced a actualizar está muy por debajo de la media real para el tipo de vivienda y la zona afectada; tampoco afecta la norma a los nuevos contratos, por lo que paradójicamente se incentiva la no renovación de los viejos, en cuanto sea posible, para concertar otros por renta superior.
- b) Falta también un componente de abuso: para los pequeños tenedores, el dar su vivienda en alquiler suele ser un medio de subsistencia y no se comprende por qué al Estado ha de serle indiferente que sufran ellos mismos un desfase entre el nivel de sus gastos y el de sus ingresos vitales, máxime si se constata que la norma no atiende a la situación económica de las partes, por lo que perfectamente puede ser el arrendador una persona vulnerable (digamos, un anciano carente de otros ingresos, que alquila su antigua vivienda habitual para pagar la residencia geriátrica) y el arrendatario, una persona acaudalada (otro jubilado, que sí cobra una pensión suficiente, actualizada religiosamente con arreglo al IPC por el Real Decreto 1058/2022, de 27 de diciembre).

---

<sup>29</sup> Cfr. López Rodríguez y Llanos Matea (2020) como estudio sobre la experiencia internacional de esta medida y Algaba Ros (2021) para un repaso de leyes europeas que la han establecido.



- c) Falta, por fin, cualquier discriminación entre zonas y tipos de vivienda. La STEDH *Mellacher*<sup>30</sup> validó una normativa austriaca de control de rentas, pero solo tras sopesar *inter alia* que aquella contenía una cuidadosa categorización de las viviendas afectadas en función de sus estándares de calidad, estatuyendo un distinto régimen para cada una de ellas. Y es que, en efecto, es absurdo que el régimen del RDL 6/2022 se aplique con igual rigor a una cabaña que a un palacio.

## 7. La exigencia de buena fe

### 7.1. Significado y fundamento de este control

El argumento final consiste en observar que, aunque el legislador tenga la prerrogativa de regular los derechos optando por una panoplia de contenidos, el camino o protocolo por el que discurre la elección debe respetar el principio de buena fe. Una expresión idónea para referirse a esta exigencia sería la de *due process*, en una vertiente de garantía no jurisdiccional sino sustantiva, si no fuera porque, en el ámbito anglosajón, con el concepto de *substantive due process* se alude al simple juicio de proporcionalidad (Klemme, 2007, p. 16), mientras que nosotros nos referimos al modo en el que se efectúa ese juicio. Análisis este que puede verse como un *prius* (antes de valorar la bondad de los motivos aducidos, hay que comprobar si se han seleccionado mediante el protocolo adecuado) o, como haremos aquí, como un *posterius* (aun aceptando que la opción elegida podría ser legítima, deja de serlo si se advierte que la elección se hizo de forma arbitraria).

Ilustraremos la idea mediante una analogía con el derecho mercantil. El artículo 225 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, de la Ley de sociedades de capital (LSC) consagra el principio de protección de la discrecionalidad empresarial (*business judgement rule*), el cual pretende impedir que los administradores societarios se refugien en posturas hiperprudentes solo por el miedo a enfrentarse a indemnizaciones millonarias si su decisión, que parecía razonable *a priori*, acaba provocando pérdidas para la sociedad. Ahora bien, es condición para que opere esta exención de responsabilidad que «el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado». Además, también es presupuesto de esta regla que el administrador actúe respetando las obligaciones que le imponen las leyes y los estatutos sociales (art. 236.1 LSC).

Pues bien, no debemos pensar que el legislador esté sometido solo a este último límite, el de fondo. Sin duda responde el Estado cuando lo que elige vulnera derechos cons-

<sup>30</sup> STEDH de 19 de diciembre de 1989 (*Mellacher c. Austria*); cfr. en particular sección 55.

titucionales o cualesquiera normas que gocen de superior rango o primacía. Pero también lo hace si desprecia las reglas que rigen el modo e intención con que se efectúan las elecciones. En concreto, esto se plasma en el retorno a la escena de los mismos principios a los que venía aludiendo la jurisprudencia del TS que otorgaba compensaciones por leyes constitucionales, si bien su reentrada se produce por una puerta más estrecha. No se trata de hacer saltar el candado del artículo 32.3 de la LRJSP (reputándolo inconstitucional), ni tampoco de indagar cuál sea la voluntad tácita de la ley, para dar paso así a cualquier interés que se sienta frustrado por la regulación legal. El bien jurídico protegido sigue siendo el derecho de propiedad y es requisito que nos hallemos ante un intento de delimitación de aquel. A partir de aquí, sucede que, si esta operación se hace de mala fe, el intento fracasa y nos coloca ante una privación compensable, con uno u otro alcance.

## 7.2. Motivación y no discriminación

El primer principio que de esta forma gana protagonismo es el de motivación y, de su mano, el de igualdad. Veámos *supra* § 3.1.1.2 que el TC concede a los órganos políticos una amplia libertad para apreciar si se dan las razones de «extraordinaria y urgente necesidad» que justifican un decreto-ley, exigiendo solo que aquellas sean explícitas y congruentes con la medida adoptada. Pues bien, la misma filosofía debe presidir el control jurisdiccional sobre si la ley ha delimitado bien la propiedad. En tanto una decisión legislativa no pugne con ningún derecho prevalente (constitucional o supranacional), la soberanía del legislador es absoluta: no puede ser mediatizada ni siquiera por vía económica y está exenta de la aportación de razones. Pero desde el momento en que hablamos de una facultad acotada por límites (los que representa la garantía patrimonial del ciudadano), la única forma de comprobar si aquellos se traspasan es conocer las razones por las que se regula. No se pretende con ello sustituir el juicio político, sino constatar si estamos de verdad ante uno de este cariz, hecho de buena fe en interés de la colectividad (guste o no guste) y no uno arbitrario, hecho exclusivamente en interés de los gobernantes<sup>31</sup>.

Esto conduce, por lo pronto, al tradicional control de la veracidad de los hechos habilitantes. Hemos estimado que las razones que esgrimen los decretos Ucrania no justifican una privación sin indemnización. Pero supongamos que se proporciona un razonamiento con arreglo al cual quizá la segunda de ellas (una supuesta desconexión del IPC con el mercado de la vivienda) sí fuera apta. En tal caso, sería preciso saber qué datos empíricos se han manejado para inferir que de verdad el IPC ha dejado de ser una «referencia adecua-

---

<sup>31</sup> El principio que invocamos es el mismo que inspira el artículo 35.1 i) de la LPAC, cuando exige motivación para los actos discrecionales de la Administración. La misma idea esgrime Caputo (2017, p. 9) cuando critica la jurisprudencia italiana favorable a la irresponsabilidad absoluta del legislador y advierte de que un grado de «inmunidad» que está sujeto a límites acaba convirtiéndose en «impunidad» si no se controla.

da» en este ámbito. Ayudaría también que los organismos especializados en el análisis del mercado, como la Comisión Nacional de la Competencia, hubieran validado esos datos<sup>32</sup>. Mas nada de eso ha sucedido.

Se da, además, la circunstancia de que si el IGC se juzga preferible porque (en dicción literal del preámbulo del RDL 20/2022) «ofrece una evolución sujeta a una mayor estabilidad en el contexto actual», resulta que ese mejor índice, evolucionando en la forma correcta, lo ha hecho hasta el punto de alcanzar un 8,1 % en noviembre de 2022. Aflora así una contradicción interna en la motivación legal: la noma se autojustifica porque elige un indicador que evoluciona mejor, pero en realidad aplica un tope fijo (el 2 o el 3 %), que obviamente no evoluciona en absoluto, ni bien ni mal.

Por fin, en el contexto que nos ocupa, las razones a explicitar se proyectan sobre el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas: cierto es que no se requiere que la decisión legislativa grave igual los intereses de todos los ciudadanos, pero sí al menos que se nos aclare por qué se sacrifican solo algunos bienes o derechos; en particular, por qué no se exige ningún esfuerzo a otros dadores de bienes esenciales, como la energía o los carburantes (que son, por cierto, poderosas compañías) o por qué se favorece a arrendatarios que pagan una merced reducida o son más acaudalados que sus caseros.

Todo ello (la «insoponible levedad» con la que se ha motivado la medida, su incongruencia y el hecho de que cause una discriminación sin razón aparente) hace sospechar que los motivos aducidos son un mero pretexto y el verdadero motor de la disposición sería uno espurio: el cálculo electoral. Como se ha destacado, la tentación del poder es hacer soportar los costes sociales a «unos pocos ciudadanos, políticamente poco influyentes», trasladando beneficios a «sus votantes» o «grupos de interés poderosos». Además, el hecho de que una restricción sea temporal, más que justificarla, puede confirmar su ilegitimidad, en cuanto para los perjudicados es «juego de una sola tirada», mientras que «los individuos que promueven la privación [...] participan repetidas veces en el juego» (parafraseamos a Domenech Pascual, 2012b, p. 282).

### 7.3. Una confianza cualificada

En segundo lugar, aunque el RDL 6/2022 hubiera delimitado bien la propiedad (cosa que no creemos), la introducción de esa regulación debería haberse efectuado con respeto del principio de confianza legítima. Esto no supone desdecirnos de la tesis de que la responsabilidad del legislador solo puede aflorar *par faute*, pues no se trata de proteger cualquier

---

<sup>32</sup> La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su artículo 5.1 h) contempla que este organismo puede realizar «estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos».

confianza del ciudadano, solo una cualificada, la que ha sido generada por actos manifiestos del Estado que inducen a los agentes económicos a invertir, con la esperanza de disfrutar de determinado régimen jurídico, que luego se frustra de forma sorpresiva. Este proceder es, en efecto, una *faute* del Estado y una, en concreto, ligada a la garantía patrimonial, conexión esta que se puede articular de dos maneras. Si la invitación a invertir que efectúa la ley es explícita y diáfana, cabe sostener que ello representa una promesa unilateral, la cual (una vez aceptada por los particulares) genera un auténtico pacto, cuyo desconocimiento sería aún posible por causa de utilidad pública, mas con la debida indemnización. En su defecto, al menos juega en nuestro caso un fundamento cuasicontractual: cuando el poder regula la propiedad, debe hacerlo de modo honesto, sin procurarse un enriquecimiento (encarnado en la utilidad social que le reporta una actividad), merced al correlativo empobrecimiento del particular (en tanto no logra este un retorno adecuado a su esfuerzo).

De hecho, las SSTS que en la práctica han aceptado responsabilidad del legislador por leyes válidas manejan múltiples conceptos, pero este es sin duda, a nuestro juicio, el que a la postre constituye la *ratio decidendi*. Verbigracia, las resoluciones de 5 de marzo de 1993 y 27 de junio de 1994 conceden indemnización a empresas pesqueras cuyo negocio merma a raíz de la entrada de España en la Comunidad Europea, siendo así que el Estado, mediante un recientísimo régimen de ayudas públicas, había invitado a las empresas a realizar cuantiosas inversiones, que ya no podrían recuperar. También las SSTS de 8 y 9 de octubre de 1998 decretan una compensación para ciertas petroleras asentadas en Canarias, a raíz de la introducción de un nuevo impuesto especial autonómico, atendiendo a la adquisición de combustible que ya habían efectuado las compañías. En la misma línea apuntan el TJUE y la Comisión Europea, según avanzábamos *supra* § 3.3.1.

Cuestión distinta es que este soporte jurídico conlleva limitaciones, en punto a si procede indemnizar y en qué medida. No es preciso compensar, según la jurisprudencia, cuando por circunstancias concomitantes el cambio legislativo resulte previsible «para un operador económico prudente y diligente» (STC 270/2015). Tampoco si la ley proporciona un plazo razonable de adaptación, mediante las oportunas disposiciones transitorias<sup>33</sup>. Y sobre todo el *quantum* a abonar se reduce. Así como el problema de una delimitación de la propiedad mal hecha por ser inmotivada o discriminatoria es que (podemos sospechar) no debería existir en absoluto, la que quiebra la confianza solo obliga a indemnizar las *investment-backed expectations*<sup>34</sup>, lo que sitúa el debate sobre el *quantum* en el entorno de un beneficio razonable para las inversiones realizadas.

<sup>33</sup> En este sentido, Fernández-Fontecha Torres (2018, p. 225), citando la STS de 24 de mayo de 1988, la STC 197/1992 y la STC 205/1992, así como Domenech Pascual (2012a, p. 19), con cita de la STS de 13 de febrero de 1997 (caso agentes de aduanas), que rechaza la existencia de perjuicio debido a la existencia de un periodo razonable donde se toman medidas progresivas de adaptación.

<sup>34</sup> Mandelker (1987, p. 3): «*Investment-backed expectations arise in property markets, where market participants invest with the expectation to obtain capital gains from the development of their property*».

¿Pero existe en nuestro caso una quiebra de la confianza de los arrendadores? Pensamos que sí. La historia de la normativa sobre arrendamientos urbanos que hemos delineado *supra* § 2.5, por mucho que haya sido tuitiva para el arrendatario, no permitía presagiar que se daría un paso de este calibre: afectar a contratos anteriores a la entrada en vigor de la norma y menos aún hacerlo mediante un tope a la actualización de las rentas tan alejado de la referencia (hasta ahora sagrada) del IPC. Ciertamente es que aquí el establecimiento de un régimen transitorio habría frustrado la utilidad de la medida. Pero entonces se traslucía que no se daban las condiciones para regular sin coste y, por ende, procedía, sencillamente, indemnizar. ¿En cuánto? Con esta base, quizá solo parcialmente, atendiendo al criterio antes apuntado, si bien esto sería algo a debatir en el marco de una petición subsidiaria, ya que las demás razones expuestas justifican un resarcimiento completo.

## 8. Consideraciones procedimentales y procesales

Cumple, por fin, resolver algunas dudas que habíamos dejado abiertas sobre aspectos procedimentales y procesales de una hipotética reclamación.

### 8.1. Plazo de prescripción y cuantía del daño indemnizable

Quizá el Estado aduzca que la acción prescribe transcurrido un año desde «el hecho o el acto que motive la indemnización» (art. 67.1 LPAC), que sería el día en el que procediera la actualización de la renta conforme al contrato. Sin embargo, según el mismo precepto hay otra alternativa, con arreglo a la cual el plazo no corre desde el hecho causante, sino desde que «se manifieste su efecto lesivo». En el caso analizado puede haber alargamiento de este efecto (a) porque llegan nuevas fechas de actualización de la renta durante la vigencia de los topes legales (hasta 31 de diciembre de 2023 el 2% y hasta el 31 de diciembre de 2024 el 3%) o (b) porque (aunque se levante la prohibición) las posteriores actualizaciones se ven lastradas al calcularse sobre una base inferior. De este modo, el *totum* del daño solo se manifestará cuando, bien el contrato se extinga y la vivienda se desaloje o bien, aunque continúe la relación, acabe el plazo durante el cual la prórroga es potestativa para el arrendatario y forzosa para el arrendador (cinco años *ex art.* 9 LAU), ya que, a partir de entonces, si el arrendador acepta prorrogar el contrato con la renta que sea, será porque así le conviene.

Por otra parte, cabe debatir si la aparición de una sentencia que declare la imperatividad de una compensación financiera reabre la posibilidad de reclamar en el plazo de un año computado desde su publicación en el correspondiente periódico oficial. Probablemente no lo reabra para un arrendador que hubiera permanecido inactivo, dejando transcurrir el plazo ordinario, pues el requisito de «previa beligerancia» (apartados 4 y 5 del art. 32 LRJSP) sigue vigente y el TJUE ni siquiera lo ha desautorizado en lo que toca a normas contrarias

al derecho de la UE. Pero la irrupción de esa sentencia sí reabre, a nuestro juicio, el plazo de reclamación para el arrendador que sí fue diligente, aunque obtuviera sentencia firme negativa. Esto se ha mantenido para los daños procedentes de ley contraria al derecho de la UE (Carro de Miguel, 2022, p. 210) y es justo, pues carece de sentido que, por mor de la santidad de la cosa juzgada, quede discriminado quien tuvo la mala fortuna de padecer un criterio contrario al que finalmente prospera. Cuestión distinta es que la sentencia que falle a favor de los arrendadores podría, como a menudo sucede, recortar sus efectos *ex tunc* en aras de la seguridad jurídica, y en este caso el artículo 32.3 de la LRJSP no puede servir para saltarse tal limitación, porque no es «otro» título sustantivo para reclamar, sino el mismo que, en su caso, hubiera acogido la resolución judicial<sup>35</sup>.

En cuanto a la limitación del daño indemnizable al generado en los cinco años anteriores a la sentencia (ex art. 33.4 y 5 LRJSP), no tiene en nuestro caso importancia práctica, ya que, según hemos visto, tal daño no debería durar más de ese mismo periodo.

## 8.2. Órgano judicial competente: el dilema entre concentración y desconcentración

Un último interrogante procesal es este: hemos efectuado una petición de compensación ante el Consejo de Ministros e impugnado la respuesta negativa ante el TS, quien es competente ex artículo 12.1 a) de la LJCA. ¿Puede este órgano otorgar la compensación o, por el contrario, está obligado a plantear cuestión de constitucionalidad? En definitiva, ¿a este respecto el sistema de resolución del conflicto ha de ser desconcentrado o concentrado?

A favor de la concentración se ha pronunciado un sector doctrinal (García de Enterría, 2007, p. 118) y es posible que la Administración del Estado también propugne esta alternativa. Hemos de reconocer que declarar que una ley es *de facto* expropiatoria supone contradecirla, requiere una interpretación sobre el alcance del artículo 33 de la CE y tiene un efecto disuasorio sobre el Parlamento, al asociar a su conducta una *liability*. Por ello, no es absurdo promover que se reforme la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tri-

<sup>35</sup> El tema se ha planteado en el campo habitual de juego del artículo 32.3 de la LRJSP, el de las normas tributarias: se ha debatido si, cuando la STC que anula una ley fiscal restringe su efecto retroactivo, el administrado puede circunvalar estos límites solicitando la responsabilidad del legislador. La mejor doctrina es la que lo niega (Domenech Pascual, 2022, pp. 190 y ss.). Y es que tanto el incorrecto ejercicio de la potestad tributaria como el mal uso de la expropiatoria tienen su propio fundamento sustantivo (el poder correspondiente decae cuando se usa fuera de sus límites), ajeno al artículo 32.3 de la LRJSP. Pensamos que este precepto solo tiene la función de optimizar la tutela frente a los atentados por vía legislativa: en el caso expropiatorio, da el cauce que no existiría en su ausencia; en el tributario, desde que se declara inconstitucional la ley, alivia la carga burocrática de la reclamación, en comparación a la parafernalia que conlleva la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho ex artículo 106 de la LPAC; mas nunca representaría un título sustantivo adicional.

bunal Constitucional (LOT) para reservar al conocimiento del TC (vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad) tanto la decisión de compensar como la de fijación de las líneas maestras del *quantum*, sin perjuicio de que los tribunales ordinarios apliquen esa doctrina a cada caso concreto.

No obstante, no es esta la práctica actual, y en contra de alterarla juega que, en lo atinente a leyes contrarias al derecho de la UE, rige un sistema desconcentrado facultativo, donde el tribunal nacional puede decretar directamente una indemnización. Esto hace que, en casos como el que nos ocupa, donde la compensación procede al amparo de ambas normativas, el empeño en quitar al juez ordinario la facultad de fallar con fundamento en la CE pierde sentido si la conserva bajo el fundamento europeo. Además, tampoco puede descartarse que prevalezca una interpretación donde la razón de la indemnización se sitúe, como ha propugnado algún autor (Francesco Torregrossa, 2022, p. 135), no tanto en las disposiciones abstractas de la ley, como en su aplicación concreta, lo que exigiría un análisis de los hechos concurrentes (verbigracia, importe de la renta a actualizar o categoría de la vivienda...) más propio de la jurisdicción ordinaria que de la constitucional.

Por otro lado, si el fallo del juez ordinario fuera irrazonable, sería recurrible en amparo ante el TC, no ya ex artículo 33 de la CE, sino ex artículo 24 de la CE. Esta solución ha sido acogida por el TC para intervenir cuando el órgano judicial inaplica la ley sin que exista duda objetiva sobre su oposición al derecho de la UE (STC 58/2004) o cuando la aplica pese a haber sido aclarado por el TJUE que contradice ese derecho (STC 145/2012). El mismo régimen puede servir para corregir compensaciones o ausencia de compensaciones carentes de todo fundamento, si bien (dada la calidad del juzgador competente, que es el TS) ambas cosas serán hartamente improbables.

## 9. Conclusiones

Nuestra tesis se sintetiza en lo que, al fin y al cabo, es la esencia de toda propuesta que se pretenda justa: buscar un adecuado equilibrio entre los intereses en juego.

Sin duda goza el legislador de una amplia libertad para delimitar el derecho de propiedad en atención a su función social. Pero esa relativa inmunidad no puede convertirse en impunidad, lo que sucedería si se aceptara que una restricción deviene no indemnizable solo porque cumpla requisitos formales, como que afecte a un colectivo abstracto o que su efecto no sea la privación integral del bien o derecho. La clave, como es obvio en toda ponderación, es que la ley persiga un fin apto y utilice medios proporcionales al efecto que se propone, que aquí es privar a un grupo social de un bien (el derecho al cumplimiento de lo pactado), con valor económico significativo, para entregárselo a otro (el que queda exonerado de ese cumplimiento). No exigimos que ese fin y esos medios sean los óptimos, pero sí al menos que encajen en el espectro de los que potencialmente pueden ser adecuados

en un Estado social y democrático de derecho, así como que se hayan seleccionados con el debido protocolo (motivación y respeto de la confianza legítima).

No ha sucedido así en el caso del RDL 6/2022, siendo estas las pruebas más obvias: si el problema era que los precios se habían disparado por factores extraordinarios, eso ocurrió también con numerosos bienes cuyo coste se contuvo con bonificaciones o rebajas de impuestos; la renta que se impide revisar puede ser inferior a la de mercado y el no actualizarla puede perjudicar a un arrendador más vulnerable a la inflación que su propio arrendatario; la medida es incongruente, porque proclama las bondades de un índice que evolucionaría mejor (el IGC), pero aplica un tope fijo; amén de que no se prueban y ni siquiera se aducen los hechos que supuestamente justifican la medida y esta irrumpe quebrando la confianza de los inversores.

De todo ello se desprende que la norma no regula legítimamente, sino que se apropia de un derecho, por lo que procede (conforme a la CE, la CEDH y el derecho de la UE) una adecuada compensación. Para exigirla, el procedimiento disponible es el que contemplan la LRJSP y la LPAC: formular, en el plazo de un año desde que se manifiesta el efecto lesivo, reclamación al Consejo de Ministros, ante cuya negativa será el TS el órgano competente para decidir el *an* y el *quantum* de la indemnización.

## Referencias bibliográficas

- Algaba Ros, S. (2021). El control de la renta en el arrendamiento de vivienda. *InDret*, 1.
- Aya Ramos, L. (2022). Limitación de la renta del alquiler: entre la inconstitucionalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. *Cinco Días*.
- Caputo, M. (2017). La responsabilità dello stato per attività legislativa non esiste. Nota a Cass. Civ., Sez. III, sent. n. 23730 del 22/11/2016. *Iurisprudenzia.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*
- Carrillo Donaire, J. A. y López Menudo, F. (2003). *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*. Lex Nova.
- Carro de Miguel, C. (2022). Revisión por el TJUE del régimen de responsabilidad patrimonial del estado legislador por infracción del derecho de la UE. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, 204-211.
- Domenech Pascual, G. (2001). Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una Ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 110.
- Domenech Pascual, G. (2012a). Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación



- tación de la propiedad no indemnizable. *InDret*, 1.
- Domenech Pascual, G. (2012b). Prohibido regar: ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 269-291.
- Domenech Pascual, G. (2022). Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho. *InDret*, 4, 168-228.
- Epstein, R. A. (2012). Physical and regulatory takings. One distinction too many. *Stanford Law Review*, 64.
- Fernández Farreres, G. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C-278/20). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 221.
- Fernández-Fontecha Torres, M. (2018). La responsabilidad del Estado legislador y el artículo 106 de la constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 221-264.
- Francesco Torregrossa, M. di (2022). Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia della responsabilità dello stato-legislatore. *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*.
- Fuentes Lojo, A. (2022). La limitación de la actualización de la renta al 2%. *Expansión*.
- García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista de Administración Pública*, 159, 173 y ss.
- García de Enterría, E. (2003). El principio de la «responsabilidad de los poderes públicos» según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 15-47.
- García de Enterría, E. (2007). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*. (2.ª ed.). Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2021). *Curso de Derecho Administrativo*, v. II. (17.ª ed.). Thomson Reuters.
- Garrido Falla, F. (1993). La responsabilidad patrimonial del Estado en la nueva Ley 30/1992. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 77, 125-132.
- Klemme, H. C. (2007). Takings, substantive due process, and the regulatory roles of government. *University of Colorado Law School, Legal Studies Research Paper Series, Working Paper 07-02*.
- López Rodríguez, D. y Llanos Matea, M.ª de los. (2020). La intervención pública en el mercado del alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional. *Banco de España, Documentos ocasionales 2002*.
- Mandelker, D. (1987). Investment-backed expectations: Is there a taking? *Journal of Urban and Contemporary Law*, 31.
- Martínez Lage, S. (2013). La responsabilidad patrimonial del Estado y el Derecho europeo. *Escritura Pública*, 21.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. XIV (La actividad regulatoria de la Administración). Boletín Oficial del Estado.
- Pía Larné, M.ª (2008). Intento de comparación entre los modelos alemán, francés y español de responsabilidad del Estado: ¿existe una responsabilidad del legislador? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 249.



Ruiz López, M. A. (2013). Retrospectiva y alcance actual de la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador. *Revista Digital Facultad de Derecho de la UNED*, 6.

Santamaría Pastor, J. A. (1972). La teoría de la responsabilidad del Estado legislador.

*Revista de Administración Pública*, 68, 57-136.

Villar Palasí, J. L. (1955). Justo precio y transferencias coactivas. *Revista de Administración Pública*, 18, 11-72.

**Javier Serra Callejo.** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha trabajado como abogado y asesor jurídico de empresas públicas y privadas; ha escrito numerosos artículos doctrinales, habiendo obtenido por algunos de ellos premios de la revista *La Ley*, el Colegio de Abogados de Madrid o el CEF.- Centro de Estudios Financieros. <https://orcid.org/0000-0003-4594-6177>