

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 265 | Febrero 2023

ISSN: 2697-1631

**La necesidad de regulación
de las operaciones de
scrip dividends en España**

Susana Aragón Tardón

Registro de morosos del alquiler

Vicente Magro Servet

**El *administrative state* en los Estados Unidos
y el contencioso-administrativo en España**

Tomás A. Arias Castillo

**Las sentencias Schrems I y II y la protección
de datos de carácter personal
en las relaciones internacionales**

Nicolás Cabezudo Vidal

45 CEF.-
Aniversario

MÁSTERES

CURSOS

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora /

S



Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Asesoría Jurídico-Laboral
- Doble Máster en Práctica de la Abogacía y Tributación/Asesoría Fiscal
- Máster en Asesoría Jurídico-Laboral
- Máster en Práctica de la Abogacía
- Curso Superior de Derecho Administrativo y Administración Local
- Curso de Derecho Bancario
- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso *Due Diligence Legal* en la Adquisición de Empresas (M&A)
- Curso Intensivo de Preparación del Examen GESCOM (*Compliance*)
- Curso sobre *Compliance*
- Curso sobre Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Descuento especial. ¡Infórmate ahora!

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 265 | Febrero 2023

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Nicolás González-Deleito y Domínguez. Socio de Cuatrecasas

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2023) (11 números) 185 € en papel / 95 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistaceflegal@udima.es

Edición digital: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/index>

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexación y calidad



Todos los derechos reservados.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización del Centro de Estudios Financieros, CEF., salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45). Transcurrido un año desde la fecha de publicación, los trabajos quedarán bajo Licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

CEFLegal. Revista práctica de derecho

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Estudios

Civil-mercantil

La necesidad de regulación de las operaciones de *scrip dividends* como fórmula para satisfacer el derecho del socio a participar en las ganancias sociales en España 5-36

The need for regulation of scrip dividend operations as a form to fulfil the shareholder's right to participate in corporate profits in Spain

Susana Aragón Tardón

Hacia la puesta en marcha del registro de morosos del alquiler diez años después de la Ley 4/2013, de 4 de junio 37-54

Towards the implementation of the registry of rent defaulters ten years after Law 4/2013, of June 4

Vicente Magro Servet

Constitucional-administrativo

El debate actual sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y sus posibles repercusiones en el contencioso-administrativo español 55-90

The current debate on the administrative state in the United States and its possible repercussions on Spanish administrative justice

Tomás A. Arias Castillo

Las sentencias Schrems I (2015) y Schrems II (2020) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de datos de carácter personal en las relaciones internacionales 91-126

The Schrems I (2015) and Schrems II (2020) judgments of the Court of Justice of the European Union and the personal data protection in international relations

Nicolás Cabezudo Vidal

Comentarios jurisprudenciales

Nulidad del contrato de tarjeta <i>revolving</i> y sus efectos (Comentario a la STS de 13 de octubre de 2022)	127-130
Casto Páramo de Santiago	

Casos prácticos

Civil

Cese de arrendamiento de local concertado antes del 9 de mayo de 1985	131-138
Adelaida Medrano Aranguren	
Patria potestad y educación del menor. Intervención del fiscal en procesos civiles	139-147
José Ignacio Esquivias Jaramillo	

Administrativo

Plan de ordenación urbana y contrato privado de la Administración y contrato de servicios	148-176
Julio Galán Cáceres	

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>

La necesidad de regulación de las operaciones de *scrip dividends* como fórmula para satisfacer el derecho del socio a participar en las ganancias sociales en España

Susana Aragón Tardón

Doctora en Derecho

scrip_dividends@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-2184-8321>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñiz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Extracto

Este trabajo analiza las operaciones de *scrip dividends* como fórmula de retribución al accionista que permite optar entre recibir un importe en efectivo como remuneración a su participación en la sociedad o recibir gratuitamente nuevas acciones.

Estas operaciones generan ventajas, tanto para las sociedades como para los socios, ya que permiten reforzar los fondos propios sin dejar de transmitir una imagen positiva de remuneración al accionista.

Pese a su extendida utilización, las operaciones de *scrip dividends* no son una figura regulada en el derecho español, sino que se han configurado *ad hoc* a través de la práctica societaria, mediante la coordinación de la distribución de dividendos y un aumento de capital con cargo a reservas.

Por ello, en este trabajo se identifican las características, posibles efectos adversos o deficiencias de la actual configuración jurídica de estas operaciones para realizar, con la referencia de la experiencia acumulada de los regímenes comparados (principalmente, los *scrip dividends* de Reino Unido y el *paiement du dividende en actions* de Francia), las correspondientes propuestas de mejora. La más importante de ellas, dotar a las operaciones de *scrip dividends* de una regulación específica en España.

Palabras clave: dividendos; aumento de capital; reservas; derechos de asignación gratuita; precio de referencia; compromiso irrevocable de compra.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 10-02-2023

Cómo citar: Aragón Tardón, S. (2023). La necesidad de regulación de las operaciones de *scrip dividends* como fórmula para satisfacer el derecho del socio a participar en las ganancias sociales en España. *Revista CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 5-36. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.15771>



The need for regulation of scrip dividend operations as a form to fulfil the shareholder's right to participate in corporate profits in Spain

Susana Aragón Tardón

Abstract

This paper analyses the scrip dividend operations as a form of shareholder remuneration that lets shareholders make an election between receiving a cash amount or receiving free new shares as their remuneration for their participation in the company.

These scrip dividend operations generate advantages for both companies and shareholders, since they strengthen the company's own funds whilst it gives a positive image of shareholder remuneration.

Despite its wide utilisation, scrip dividend operations are not regulated in the Spanish legislation, they have been formed *ad hoc* through the practice experience of the companies, coordinating the distribution of dividends and a capital increased charged to reserves.

For this reason, this paper identifies the characteristics, potential adverse effects or eventual shortcomings of the current Spanish regime of these scrip dividend operations in order to make proposals for improvement, using the experience gained in the compared regulatory frameworks as a reference (mainly, scrip dividends in the United Kingdom and *paiement du dividende en actions* in France). The most important of these proposals is giving scrip dividend operations a specific regulatory framework in Spain.

Keywords: dividends; increase of share capital; reserves; free allocation rights; reference price; fixed cash amount.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 10/02/2023

Citation: Aragón Tardón, S. (2023). La necesidad de regulación de las operaciones de *scrip dividends* como fórmula para satisfacer el derecho del socio a participar en las ganancias sociales en España. *Revista CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 5-36. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.15771>

Sumario

1. Presentación de las operaciones de *scrip dividends*
 2. La motivación en el uso de las operaciones de *scrip dividends*. Utilidades prácticas con especial referencia a la crisis financiera del año 2008 y la situación derivada de la covid-19
 3. La configuración jurídica de las operaciones de *scrip dividends* en España
 - 3.1. Régimen jurídico de las operaciones de *scrip dividends*
 - 3.2. La configuración jurídica de la operación de *scrip dividends*
 - 3.2.1. La «operación base»: el aumento de capital con cargo a reservas y sus derechos de asignación gratuita
 - 3.2.2. La especialidad: el compromiso irrevocable de compra asumido por la sociedad
 - 3.3. El acuerdo de la junta general de accionistas
 - 3.3.1. El cálculo del precio de referencia
 - 3.3.2. La determinación del número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva
 - 3.3.3. El cálculo del precio del compromiso de compra asumido por la sociedad
 - 3.3.4. Las soluciones a los desajustes respecto al número de derechos de asignación gratuita necesario para suscribir una nueva acción («picos»)
 - 3.3.5. La suscripción de acciones de nueva emisión como «opción subsidiaria»
 4. Propuestas de mejora para las operaciones de *scrip dividends* en España
 - 4.1. La regulación de la operación como modalidad de pago del dividendo. Limitación de las opciones de los accionistas
 - 4.2. La «opción subsidiaria»
 - 4.3. La fórmula de cálculo del precio de referencia
 - 4.3.1. El número de sesiones de referencia
 - 4.3.2. El criterio temporal para determinar las sesiones bursátiles de referencia
 - 4.3.3. La cotización de cada sesión que se toma como referencia
 - 4.4. Las soluciones a los desajustes respecto del número de acciones a recibir
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Presentación de las operaciones de *scrip dividends*

Dentro de los «derechos «legales» del socio»¹ reconocidos en el artículo 93 de la LSC (Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital), el derecho a participar en las ganancias sociales se erige como el derecho más importante. De hecho, algunos autores² han llegado a afirmar que el legislador ha querido investir a este derecho de una importancia diferencial y, por este motivo, lo ha situado en el primer lugar de la enumeración legal³.

¹ La condición jurídica de socio –*status socii*– se adquiere como consecuencia de la titularidad legítima de acciones o participaciones. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91 de la LSC, esta condición de socio conlleva el reconocimiento de una serie de derechos, poderes y facultades que, de manera general, se denominan «derechos del socio». Estos «derechos del socio» pueden tener un origen legal o un origen estatutario, en virtud de que se encuentren reconocidos por una norma de rango legal, esencialmente, la LSC, o que hayan sido incluidos en los estatutos sociales por los socios, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que se les reconoce en virtud del artículo 28 de la LSC. Así se desprende del propio texto del artículo 91 de la LSC, al atribuir a los titulares legítimos de acciones y participaciones «los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos» distinguiendo, de esta manera, entre «derechos legales» y «derechos estatutarios». *Vid.*, por todos, sobre esta materia, Garrido de Palma y Sánchez González (1991).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que no todas las facultades que quedan integradas bajo esta denominación participan de una naturaleza jurídica común. Así, este concepto comprende derechos subjetivos, facultades, poderes, otros tipos de posiciones activas e, incluso, legitimaciones procesales. *Vid.*, en este sentido, Girón Tena (1952, p.178), Campuzano Laguillo (2011, p. 790) y Peinado Gracia y González Fernández (2012, pp. 91-92).

² Así se ha sido mantenido, entre otros autores, por (Uría, 1982, p. 216), quien afirma que «este derecho, peculiar de todos los partícipes en cualquier clase de sociedad, se acentúa en la sociedad anónima por virtud de su carácter esencialmente capitalista. Por eso le destaca nuestra ley como primer derecho del accionista (art. 39) [de la LSA 1951, equivalente al actual artículo 93 LSC], como derecho más importante que ningún otro por servir directamente a la finalidad lucrativa que todo accionista persigue». En el mismo sentido, Díaz Echegaray (2006, p. 15) mantiene que «entre los derechos que integran la posición jurídica del accionista tiene un especial protagonismo "el de participar en el reparto de las ganancias sociales", que el legislador señala el primero al relacionar los derechos mínimos del accionista».

³ Desde la primera enumeración legal de los derechos del socio en el artículo 39 de la LSA 1951, este derecho se ha formulado de una manera idéntica y siempre ha ocupado la primera posición. Esta situación parece tener vocación de continuidad, pues este derecho se enuncia de la misma manera y ocupa la misma posición en el artículo 231-19 del malogrado anteproyecto de Ley del Código Mercantil, en su versión de 30 de mayo de 2014 (disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427-023422?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_Código_Mercantil.pdf&blobheadervalue2=1288788719402).

En el régimen español, existen diferentes fórmulas para satisfacer este derecho del socio. Sin embargo, estas fórmulas producen distintos efectos en la situación financiera de la sociedad. Algunos de estos efectos, incluso, pueden entrar en contraposición con los propios intereses societarios, especialmente, en aquellas sociedades que tienen un claro interés por retener capital, bien para poder ejecutar sus propias políticas de inversión, o porque se encuentren sometidas a un régimen normativo específico que les imponga ciertos requerimientos de solvencia a través de sus niveles de capital (p. ej., entidades de crédito).

En este sentido, en circunstancias excepcionales, como la crisis financiera del año 2008 o la reciente situación generada por la pandemia de la covid-19, las sociedades deben aplicar rigurosas políticas de preservación del capital y de reforzamiento de los niveles de solvencia, principalmente, limitando la distribución de dividendos. Consecuentemente, en estos escenarios, las sociedades deben recurrir a fórmulas novedosas para poder seguir reforzando sus fondos propios sin mermar la satisfacción de los intereses de sus accionistas.

En estos contextos, los *scrip dividends* –fórmula retributiva importada del derecho internacional que permite al accionista optar por recibir su dividendo en efectivo o recibirlo en forma de nuevas acciones de la sociedad⁴ se erigen como fórmula de remuneración idónea para satisfacer esta finalidad.

Los *scrip dividends* –o, en terminología de la práctica societaria española, «dividendos flexibles», «dividendos electivos», «dividendo/acción» o «pago del dividendo en acciones»– fueron inicialmente utilizados como fórmula de remuneración al accionista en España por el Banco Santander. De esta manera, bajo la denominación «Programa Santander Dividendo Elección», dicha fórmula retributiva fue introducida por la junta general ordinaria de accionistas del Banco Santander celebrada el 19 de junio de 2009⁵, en plena crisis financiera, debido a que esta estaba teniendo una incidencia, significativa y desfavorable, en los resultados societarios.

Este primer *scrip dividend* del Banco Santander tuvo una gran aceptación entre sus accionistas, ya que esta fórmula aporta una mayor flexibilidad retributiva, pues les permite adaptar las retribuciones que perciben como consecuencia de su inversión en la sociedad a sus diferentes necesidades y circunstancias particulares. Como consecuencia de ello, posteriormente, un importante número de sociedades españolas evolucionaron hacia esta fórmula de remuneración al accionista, generando así una evolución e internacionalización de las fórmulas de remuneración al accionista en el mercado financiero español⁶.

⁴ *Scrip dividends*, en Reino Unido, *Paiement du dividende en actions* en Francia, *stock dividends* en Estados Unidos, *wahldividende* en Alemania, *dividendi in azioni* en Italia, etc.

⁵ Hecho relevante 110279.

⁶ Estas operaciones de *scrip dividends* son o han sido utilizadas con éxito para remunerar a sus accionistas por un gran número de sociedades españolas de características diversas. Así, por ejemplo, entre las sociedades cotizadas que forman o han formado parte del índice IBEX 35, han recurrido a esta mo-

Pese a su extendida utilización en España, en las operaciones de *scrip dividends*, la realidad societaria ha ido por delante de la norma jurídica, ya que estas operaciones no son una figura regulada en el ordenamiento jurídico español, es decir, no existe un régimen jurídico propio que les sea aplicable. Sin embargo, esta ausencia de una regulación específica no ha sido óbice para que, en la práctica, las sociedades hayan realizado un ejercicio de ingeniería jurídica para, con la normativa vigente y las operaciones societarias en ella reguladas, desarrollar una fórmula *ad hoc* que permita al accionista elegir entre recibir su dividendo en efectivo o recibirlo en acciones.

En este sentido, valoramos positivamente la incorporación de esta fórmula retributiva a la práctica societaria española a imagen de las operaciones reguladas en otros regímenes extranjeros, especialmente, los *scrip dividends* británicos y el *paiement du dividende en actions* francés. Sin embargo, ello no obsta para que hayamos advertido determinadas singularidades, problemas e, incluso, deficiencias que, una vez más, podrían afrontarse y solucionarse tomando como referencia la regulación o la práctica societaria de otros países. Así, se lograría que las operaciones de *scrip dividends* españolas sean una verdadera alternativa al pago del dividendo en efectivo, a la altura de sus referentes extranjeras.

Para ello, resulta necesario dotar a esta operación de una configuración jurídica que la aporte mayor simplicidad y atractivo, otorgando la máxima protección a los derechos e intereses de los accionistas, tanto de los que optan por recibir el dividendo en acciones como de aquellos que optan por recibirlo en efectivo. Este es el objetivo del presente trabajo: analizar el régimen español de las operaciones de *scrip dividends*, de cara a incorporar aquellos elementos que mejorarían la configuración actual de estas operaciones en nuestro país.

2. La motivación en el uso de las operaciones de *scrip dividends*. Utilidades prácticas con especial referencia a la crisis financiera del año 2008 y la situación derivada de la covid-19

Uno de los principales efectos de la crisis financiera de 2008 fue la incidencia negativa en las cuentas de resultados de las sociedades y la consiguiente reducción de sus benefi-

dad retributiva sociedades de diversos sectores, entre otros: del sector de los servicios financieros e inmobiliarios (Banco Santander, BBVA, el desaparecido Banco Popular, Bankinter, CaixaBank y Banco Sabadell); del sector del petróleo y de la energía (Iberdrola, Gas Natural y Repsol); del sector de los materiales básicos, la industria y la construcción (Siemens Gamesa Renewable Energy [anterior Gamesa Corporación Tecnológica], ACS, Acerinox, Ferrovial, Abengoa, Sacyr y FCC), o del sector de la tecnología y las telecomunicaciones (Telefónica). También han recurrido a esta modalidad retributiva otras sociedades cotizadas no integrantes del referido índice (Almirall, Faes Farma, DAMM y Talgo) o, incluso, sociedades no cotizadas (Corporación Alimentaria Guissona).

cios. Esta disminución de los beneficios tuvo un efecto directo en las retribuciones a los accionistas, las cuales también se vieron minoradas e, incluso, en algunos casos, suprimidas.

La decisión de una sociedad de reducir su *pay-out*, es decir, la parte de sus beneficios que destina al reparto de dividendos, es interpretada por el mercado como una señal negativa sobre la marcha y las expectativas económicas de dicha sociedad⁷. Por este motivo, las sociedades consideraron necesario encontrar una vía de remuneración al socio que les permitiera continuar transmitiendo una imagen positiva al mercado, sin que ello les supusiera tener que realizar un desembolso de efectivo importante para satisfacer estas remuneraciones.

En este escenario, las sociedades cotizadas en el mercado español decidieron importar del mercado internacional esta fórmula retributiva alternativa al tradicional dividendo en efectivo –las operaciones de *scrip dividends*–, la cual resultaba idónea para dar respuesta a las necesidades que presentaban las sociedades en aquel momento⁸. Al cabo del tiempo, esta fórmula retributiva ha sido también incorporada por ciertas sociedades no cotizadas a sus esquemas de retribución al socio.

Las operaciones de *scrip dividends* permiten a la sociedad continuar dotándose de medios económicos y de capital para el desarrollo de su actividad, al tiempo que satisface el derecho de sus socios de participar en las ganancias sociales. En tanto que los accionistas optan por suscribir nuevas acciones, estas operaciones son un poderoso instrumento de retención de tesorería y, consiguientemente, de fortalecimiento de los recursos propios de la sociedad⁹. La sociedad, en lugar de distribuir sus beneficios, retiene una parte sustancial de estos para incorporarlos a su capital social y, por tanto, fortalecer sus recursos propios¹⁰.

⁷ En este sentido, Giner Bagüés y Salas Fumás (1995, p. 330) afirman que «si la política de dividendos responde al objetivo de comunicar al mercado de capitales las expectativas sobre los beneficios futuros de la empresa, el reparto de dividendos también se ajusta en función de los resultados económicos. Un aumento de los beneficios, que coincide con unas expectativas de mejores resultados futuros por parte de los responsables de la gestión de las empresas, dará lugar a un aumento en los dividendos repartidos, con el propósito de transmitir al mercado las señales que anuncian la mejora en las expectativas de beneficios. Cuando los beneficios se contraen y los administradores anticipan unos peores resultados futuros, entonces la reducción de dividendos hace participe al mercado de unas expectativas menos favorables».

⁸ En este sentido se expresó el artículo publicado por Fitch Ratings en fecha 17 de mayo de 2012 bajo el título «Uncertainty on Spanish Corporates' Scrip Dividend Future» (disponible en http://www.fitchratings.com/gws/en/fitchwire/fitchwirearticle/Uncertainty-on-Spanish?pr_id=750027), al afirmar que «the payment of dividends in shares has allowed companies such as Iberdrola ('A-'/RWN) or Gas Natural ('A-'/RWN) to maintain or even increase the dividend pay-out to their shareholders while making a significant cash saving».

⁹ En estos casos, la operación actúa como un aumento de capital con medios propios y, por tanto, cumple la función propia de estos aumentos. Vid., sobre esta función, Sánchez Andrés (1971), Torrens Sánchez (2002) y Martínez Nadal (1996).

¹⁰ La retención de beneficios generalmente es preferible al aumento de capital acudiendo al mercado, porque reduce costes e incertidumbres. En este sentido, Fernández Delgado *et al.* (2013, p. 179) afirman que «retention of profits is generally preferable to raising equity capital from the market because the former avoids the costs and uncertainties of the latter».

Así, las operaciones de *scrip dividends* tienen una finalidad que podemos denominar «universal», común a esta modalidad retributiva en todos los países en que es utilizada. Esta finalidad no es otra que la de reforzar los fondos propios de la sociedad, al tiempo que se satisface la correspondiente remuneración al socio y, por tanto, se transmite una imagen positiva al mercado.

Aunque esta fórmula de retribución al accionista ha sido utilizada por sociedades pertenecientes a distintos sectores económicos, la retribución a través de estas operaciones de *scrip dividends* presenta una incidencia relevante entre aquellas entidades sometidas a requisitos prudenciales como, por ejemplo, las entidades de crédito. Esta amplia y extendida utilización de las operaciones de *scrip dividends* entre estas entidades obedece a que son un instrumento especialmente útil para facilitar el cumplimiento de los requerimientos de capital impuestos a estas entidades¹¹.

Los requisitos de solvencia establecidos en los diferentes y sucesivos acuerdos de Basilea han determinado la exigencia del mantenimiento de determinados ratios de capital de nivel 1 (*common equity tier 1* o, simplemente, CET 1)¹² para las entidades financieras, en relación con el nivel de activos ponderados por riesgo que tengan en sus balances. Para cumplir con estos requerimientos de capital, deben aplicarse políticas rigurosas de preservación del capital y de reforzamiento de los niveles de solvencia, junto a otras medidas, a través de las restricciones a la distribución de beneficios.

Con estos objetivos, tanto las autoridades nacionales como las autoridades internacionales, concretamente, el Banco de España y el Banco Central Europeo (BCE), realizaron en aquel contexto sus recomendaciones en materia de distribución de dividendos.

Así, el Banco de España, mediante comunicación de fecha 27 de junio de 2013, afirmó que la política de distribución de dividendos de las entidades de crédito debía ajustarse al principio de cautela y orientarse a asegurar en todo momento un adecuado nivel de capitalización. Para ello, las políticas de distribución de dividendos de las entidades debían considerar no solo los pagos de dividendos en efectivo, sino también los que se realizan mediante la entrega de acciones (es decir, las operaciones de *scrip dividends*). A estos efectos, para el ejercicio 2013, el supervisor bancario español recomendó limitar el reparto de dividendos y, en todo caso, que los dividendos en efectivo no supusieran más del 25 % del beneficio consolidado atribuido¹³.

¹¹ *Vid.*, sobre esta materia, Ugena Torrejón (2016) y Salas Fumás (2014).

¹² EL CET 1 incluye aquellos elementos capaces de absorber pérdidas mientras la entidad está en funcionamiento (p. ej., las acciones ordinarias, reservas y beneficios retenidos [arts. 26 y ss. Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012]). Es el capital de mayor calidad, al representar los fondos inmediatamente disponibles de una entidad de crédito.

¹³ *Comunicación del Banco de España sobre la política de distribución de dividendos de las entidades de crédito*, de fecha 27 de junio de 2013 (<http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/Nota->

Posteriormente, el 21 de febrero de 2014 el Banco de España renovó, para el ejercicio 2014, la recomendación de mantener la aplicación de criterios restrictivos en el reparto de resultados, así como la recomendación de que los dividendos en efectivo con cargo al ejercicio 2014 no superaran el 25 % del beneficio consolidado atribuido¹⁴.

Por su parte, en lo que se refiere al nivel supranacional, el BCE, desde el año 2015, ha realizado recomendaciones sobre las políticas de reparto de dividendos de las entidades de crédito. En este sentido, el BCE ha considerado que las entidades de crédito tienen que seguir preparándose para la aplicación plena y oportuna de la normativa comunitaria de solvencia, en un entorno financiero y macroeconómico difícil, que afecta a su rentabilidad y a su capacidad para aumentar sus bases de capital. En este sentido, la aplicación de una política de reparto de dividendos conservadora ha sido uno de los elementos destinados a lograr una gestión adecuada del riesgo y un sistema bancario sólido. Para ello, el BCE recomienda que las entidades de crédito establezcan políticas de dividendos sobre la base de presunciones prudentes y conservadoras, a fin de seguir cumpliendo los requisitos de capital aplicables después de repartir dividendos¹⁵.

[sInformativas/13/Arc/fic/presbe2013_33.pdf](#)): «(...) durante el ejercicio 2013, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada entidad, se limite el reparto de dividendos y que, en todo caso, los dividendos en efectivo que se satisfagan en este ejercicio no excedan del 25 % del beneficio consolidado atribuido».

¹⁴ *Comunicación del Banco de España sobre la política de distribución de dividendos de las entidades de crédito en 2014*, de fecha 21 de febrero de 2014 (http://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Sala-Prensa/NotasInformativas/14/Arc/Fic/presbe2014_8.pdf): «Dicha recomendación [la de 21 de febrero de 2014] renueva la formulada en junio del año pasado con relación a la política de dividendos para el ejercicio de 2013. [...] En concreto, el Banco de España recomienda que los bancos sigan aplicando durante el año en curso criterios restrictivos en el reparto de resultados y que, en todo caso, los dividendos en efectivo que se satisfagan con cargo al resultado del ejercicio 2014 no excedan del 25 % del beneficio consolidado atribuido».

¹⁵ Recomendación BCE/2015/2 del Banco Central Europeo, de 28 de enero de 2015, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 51 de 13 de febrero de 2015, pp. 1-4, p. 1); Recomendación BCE/2015/49 del Banco Central Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 438, de 30 de diciembre de 2015, pp. 1-3, p. 1); Recomendación BCE/2016/44 del Banco Central Europeo, de 13 de diciembre de 2016, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 481 de 23 de diciembre de 2016, pp. 1-3, p. 1); Recomendación BCE/2017/44 del Banco Central Europeo, de 28 de diciembre de 2017, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 8, de 11 de enero de 2018, pp. 1-3, p. 1); Recomendación BCE/2019/1 del Banco Central Europeo, de 7 de enero de 2019, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 11, de 11 de enero de 2019, pp. 1-3, p. 1); y Recomendación BCE/2020/1 del Banco Central Europeo, de 17 de enero de 2020, sobre las políticas de reparto de dividendos (DOUE C 30, de 29 de enero de 2020, pp. 1-3, p. 1): «Las entidades de crédito tienen que seguir preparándose para aplicar íntegramente a su debido tiempo el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en un entorno macroeconómico y financiero difícil, lo que afecta a la rentabilidad de las entidades de crédito y, consecuentemente, a su capacidad para aumentar sus bases de capital. Además, si bien las entidades de crédito tienen que financiar la economía, la política de reparto de dividendos conservadora es uno de los elementos necesarios para lograr una gestión adecuada del riesgo y un sistema bancario sólido».

En este mismo sentido, en el contexto de la situación generada por la pandemia de la covid-19, desde el mes de marzo de 2020, el BCE ha adoptado una serie de recomendaciones –concretamente, tres–¹⁶ relacionadas con el reparto de dividendos. Estas recomendaciones estaban destinadas a limitar los posibles efectos negativos de esta situación en el ámbito de las entidades de crédito, especialmente, debido a la elevada incertidumbre para que estas entidades previeran sus necesidades de capital. De esta manera, se pretendía garantizar que las entidades de crédito pudieran seguir cumpliendo con sus requerimientos de capital y con su función de financiar la economía real.

El objetivo de estas recomendaciones consistía en permitir que las entidades de crédito, durante la situación generada por la covid-19, se mantuvieran en condiciones de apoyar la recuperación económica, a pesar del incremento de pérdidas generadas por esta situación. Para ello, resultaba necesario que estas entidades de crédito conservaran su capital y mantuvieran su capacidad de proporcionar el máximo apoyo posible a la economía real (hogares, pequeñas empresas, corporaciones, etc.).

En este sentido, las recomendaciones se dirigían tanto a las entidades de crédito significativas, es decir, aquellas que se encuentran bajo la supervisión directa del BCE, como a las autoridades nacionales competentes encargadas de la supervisión de las entidades de crédito menos significativas (en el caso español, el Banco de España), a fin de que estas autoridades las aplicaran a las entidades de crédito bajo su supervisión.

A estos efectos, inicialmente se recomendó que las entidades de crédito se abstuvieran de repartir dividendos o de contraer compromisos irrevocables de repartirlos, respecto de los ejercicios 2019 y 2020. Asimismo, se aconsejaba a las entidades de crédito que se abstuvieran de realizar recompras de acciones como vía de remuneración a sus accionistas durante dichos ejercicios¹⁷.

¹⁶ Recomendación BCE/2020/19, de 27 de marzo de 2020, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia del Covid-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/1 (DOUE C 102 de 30 de marzo de 2020, pp. 1-2); Recomendación BCE/2020/35, de 27 de julio de 2020, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia del Covid-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/19 (DOUE C 251 de 31 de julio de 2020, pp. 1-3); y Recomendación BCE/2020/62, de 15 de diciembre de 2020, sobre el reparto de dividendos durante la pandemia del Covid-19 y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/35 (DOUE C 437 de 18 de diciembre de 2020, pp. 1-3).

¹⁷ En dicho contexto, otras autoridades u organismos financieros europeos también adoptaron recomendaciones en el mismo sentido. P. ej., el *Statement on dividends distribution, share buybacks and variable remuneration* publicado por la Autoridad Bancaria Europea (EBA) el 31 de marzo de 2020 (disponible para su consulta en https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/News%20and%20Press/Press%20Room/Press%20Releases/2020/EBA%20provides%20additional%20clarity%20on%20measures%20to%20mitigate%20the%20impact%20of%20COVID-19%20on%20the%20EU%20banking%20sector/Statement%20on%20dividends%20distribution%20share%20buybacks%20and%20variable%20remuneration.pdf) o la Recommendation of the European Systemic Risk Board of 27 May 2020 on restriction of distribution during the Covid-19 pandemic (ESRB/2020/7) (DOUE C 212 de 26 de junio de 2020, pp. 1-6).

Estas recomendaciones se extendieron hasta el 30 de septiembre de 2021, ya que, mediante la Recomendación BCE/2021/31¹⁸, el BCE acordó no prorrogar las anteriores recomendaciones. Esta decisión se debió a que las proyecciones macroeconómicas ya indicaban el comienzo de la recuperación económica y una mayor reducción de la incertidumbre.

A estos efectos, en el contexto de estas recomendaciones del BCE en la situación generada por la pandemia de la covid-19, consideramos que las operaciones de *scrip dividends* se erigirían como un instrumento idóneo para continuar satisfaciendo la necesidad de remuneración de los accionistas, sin debilitar los fondos propios de la entidad. Es más, su efecto sería el contrario, ya que estas operaciones reforzarían los fondos propios de las entidades que las utilizaran¹⁹.

En este sentido, algunas entidades de crédito bajo la supervisión del BCE de países con una experiencia dilatada en la utilización de esta modalidad retributiva, como es el caso de Francia, sí que remuneraron a sus accionistas mediante el *paiement du dividende en actions* durante el periodo de vigencia de estas recomendaciones del BCE en la situación de la covid-19²⁰.

En estas situaciones, las operaciones de *scrip dividends* supusieron, y suponen, una vía de retribución al accionista eficaz para el cumplimiento de los requerimientos de capital, ya que son una política de reparto de dividendos conservadora y adecuada al riesgo, que permite a las sociedades retener capital de primera calidad en sus balances²¹. Por ello, resulta necesario dotar a estas operaciones de una configuración jurídica apropiada.

3. La configuración jurídica de las operaciones de *scrip dividends* en España

Como hemos apuntado, en España, las operaciones de *scrip dividends* no son una figura jurídica regulada específicamente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no ha sido un impedimento para que sea una operación a la que ha recurrido un importante número de sociedades españolas para retribuir a sus accionistas.

¹⁸ Recomendación BCE/2021/31, de 23 de julio de 2021, por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/62 (DOUE C 303 de 29 de julio de 2021, pp. 1-2).

¹⁹ *Vid.*, sobre la posibilidad de utilizar las operaciones de *scrip dividends* como vía de remuneración al accionista en el marco de dichas recomendaciones, Aragón Tardón (2021).

²⁰ Así, la junta general de accionistas (*assemblée générale*) de Crédit Agricole de fecha 12 de mayo de 2021 aprobó esta modalidad de pago para el dividendo correspondiente al ejercicio 2020. Por su parte, BCPE, en su junta general de accionistas de 27 de mayo de 2021, la aprobó para el pago del dividendo a cuenta del ejercicio 2021.

²¹ En este sentido, Fernández Delgado *et al.* (2013, p. 179), Aragón Tardón (2013, p. 137) y García García (2014, p. 189).

Consecuentemente, las sociedades han realizado una construcción jurídica propia, con su estructura y procedimiento, que les permite ofrecer a sus accionistas la posibilidad de recibir su dividendo en efectivo o recibirlo en nuevas acciones.

3.1. Régimen jurídico de las operaciones de *scrip dividends*

Al analizar el régimen de desarrollo del derecho a participar en las ganancias sociales contenido en la LSC, como ya hemos adelantado, no nos encontramos con una regulación específica para las operaciones de *scrip dividends* españolas.

Sin embargo, nos encontramos con el apartado 1 del artículo 276 de la LSC, en el que se confiere a la junta general de accionistas la facultad para determinar, en el acuerdo de distribución de dividendos, la forma de pago del dividendo. A estos efectos, dicho artículo no recoge un elenco de formas en que puede satisfacerse el pago del dividendo, ni establece una forma de pago del dividendo subsidiaria para el supuesto de falta de determinación por la junta²². Ello, *a priori*, podría considerarse como una atribución de competencias *ex lege* a la junta general de accionistas para determinar libremente la forma de pago del dividendo.

En este sentido, entendemos que la regulación de la LSC no establece obstáculo para que el dividendo pueda satisfacerse en bienes distintos al dinero, siempre que se presente como una opción al accionista –no como una obligación–²³, y se adopten las debidas cauteles para evitar que dicha forma de pago del dividendo contravenga el principio de integridad del capital y la regla de la proporcionalidad en el reparto de dividendos²⁴.

Consecuentemente, las operaciones de *scrip dividends* son operaciones jurídicamente permitidas, pero cuya configuración específica no viene establecida, ni legal, ni estatutariamente. De esta manera, en España, estas operaciones carecen de un régimen jurídico propio del que sí gozan en otros regímenes comparados como Francia o Reino Unido.

²² Por el contrario, el malogrado anteproyecto de Ley del Código Mercantil, en su versión de 30 de mayo de 2014, concretamente en el apartado 2 de su artículo 245-5 sí que preveía como forma subsidiaria de pago del dividendo el pago en dinero. Dicho artículo establecía que «a falta de determinación sobre esos particulares, el dividendo será pagadero en dinero en el domicilio social a partir del día siguiente al del acuerdo».

²³ *Vid.*, sobre la forma de arbitrar el pago en bienes distintos del dinero, Paz-Ares Rodríguez (1992b), cuyas conclusiones son extensibles al pago del dividendo en acciones de nueva emisión.

²⁴ Valpuesta Gastaminza (2015, p. 770) afirma que «el dividendo se pagará en metálico. La doctrina admite que los estatutos podrían establecer un pago en especie, aunque sería algo completamente inusual. Cuestión distinta es que cabría ofrecer el pago en metálico y, como alternativa, un pago en especie. De esta forma, el socio sería libre de elegir uno y otro, y no se contravendría la regla de pago en dinero. A veces las grandes sociedades anónimas ofrecen precisamente como pago acciones propias que tenga en autocartera. El problema es que habría que fijar un precio de acciones acorde con el de mercado, pues si se canjearan por un precio inferior al real se estaría ante una asistencia financiera para adquirir acciones o participaciones propias, prohibida con carácter general por los arts. 143 y 150 LSC».

3.2. La configuración jurídica de la operación de *scrip dividends*

Al no existir un régimen jurídico propio que resulte aplicable a estas operaciones²⁵, en la práctica, ante el deseo de las sociedades españolas de incorporar las operaciones de *scrip dividends* como modalidad retributiva para sus accionistas, ha resultado necesario configurarlas de tal manera que, recurriendo a otras operaciones societarias, se permita a los accionistas elegir entre recibir su dividendo en efectivo o recibirlo en acciones²⁶. Concretamente, esta fórmula retributiva se ha venido configurando jurídicamente mediante la coordinación de la distribución de dividendos y el aumento de capital con cargo a reservas (Aragón Tardón, 2018, p. 145)²⁷.

No obstante, no debe pasarse por alto que, en dicha coordinación, los accionistas no pierden ninguna de las opciones que les corresponderían si cada una de esas operaciones fuera ejecutada independientemente, sino que se les ofrecen todas ellas. Consecuentemente, los accionistas pueden elegir entre cuatro opciones:

1. Suscripción de acciones de nueva emisión; opera jurídicamente como una ampliación de capital con cargo a reservas ex artículo 303 de la LSC.
2. Venta de los derechos de asignación gratuita en el mercado secundario.
3. Venta de los derechos de asignación gratuita a la sociedad mediante la aceptación del compromiso irrevocable de compra. Esta es la opción que se considera como equivalente al tradicional dividendo en efectivo.
4. Combinación de las opciones anteriores conforme considere conveniente el accionista.

Sin embargo, para materializar todas estas opciones, una de las operaciones toma predominancia sobre la otra, constituyéndose como «operación base». Esta operación es el

²⁵ Esta imposibilidad de que, en España, el acuerdo de la junta general que aprueba las cuentas anuales y decide sobre la distribución de los resultados, pueda aprobar estas operaciones de *scrip dividends* ya ha sido puesta de manifiesto por Paz-Ares Rodríguez (1992b, p. 209, nota 3). Este autor afirma que, para lograr un efecto equivalente al que se obtiene a través de los *scrip dividends*, ha de seguirse el procedimiento especial de aumento de capital. *Vid.*, asimismo, la reflexión realizada por Girón Tena (1952, p. 204) sobre la posibilidad de ofrecer al socio acciones liberadas en vez de dividendo. De hecho, todas operaciones de *scrip dividends* realizadas por las sociedades cotizadas españolas se han configurado jurídicamente como ampliaciones de capital con cargo a reservas. En el mismo sentido, Vázquez Cueto (1995, p. 168).

²⁶ *Vid.*, sobre cómo se plantearon inicialmente estas operaciones de *scrip dividends* y las cuestiones jurídico-societarias más relevantes que suscitaron, Ferrada Lavall y San Miguel Barbón (2010).

²⁷ Algunos autores, como Iribarren Blanco (2012), en lugar de hablar de coordinación, hablan de combinación. En este sentido, afirma que «no se trata de yuxtaponer ambos regímenes, sino [...] de combinarlos convenientemente para componer el [régimen] específico de la operación objeto de este trabajo [operación de *scrip dividends*]» (p. 156).

aumento de capital con cargo a reservas, ya que sus distintos elementos y, más concretamente, los derechos de asignación gratuita atribuidos a los accionistas en el marco de su ejecución son los instrumentos a través de los cuales se satisfacen las distintas opciones que se ofrecen al accionista²⁸.

Así, a las opciones presentes, con carácter general, en una ampliación de capital con cargo a reservas –la suscripción de nuevas acciones mediante el ejercicio de los derechos de asignación gratuita (opción 1) o la venta de estos derechos de asignación gratuita en el mercado secundario (opción 2)–, se le añade la opción de recibir el dividendo en efectivo por parte de la sociedad. Este pago del dividendo en efectivo se produce a través de una especialidad que se incorpora, en el marco de estas operaciones de *scrip dividends*, con respecto a los aumentos de capital con cargo a reservas «puros». Esta especialidad consiste en un compromiso irrevocable de compra asumido por la sociedad para adquirir los derechos de asignación gratuita a un precio garantizado (opción 3).

Pasamos a analizar, a continuación: (3.2.1) la «operación base», esto es, el aumento de capital con cargo a reservas; y (3.2.2) la especialidad de estas operaciones, consistente en la venta de los derechos de asignación gratuita a la sociedad mediante la aceptación del compromiso irrevocable de compra asumido por la sociedad.

3.2.1. La «operación base»: el aumento de capital con cargo a reservas y sus derechos de asignación gratuita

Como hemos apuntado, conforme a la configuración actual de las operaciones de *scrip dividends* en España, los derechos de asignación gratuita juegan un papel esencial. De esta manera, estos derechos traspasan su función principal de conservar el valor relativo de la cuota de participación del accionista (Sánchez Andrés, 1973, pp. 383-390) y se convierten en los instrumentos que permiten a los accionistas elegir la opción que más se adecue a sus preferencias: ejercitándolos, transmitiéndolos en el mercado secundario o transmitiéndolos a la propia sociedad.

Con carácter general, en la ejecución de los aumentos de capital que sirven de base a las operaciones de *scrip dividends*, los accionistas recibirán un derecho de asignación gratuita por cada acción de la sociedad de la que sean titulares.

De esta manera, este número de derechos de asignación gratuita atribuidos a cada accionista cumple una doble función.

²⁸ De hecho, algunos autores se refieren a las operaciones de *scrip dividends* como «una modalidad de ampliación de capital que tiene como objeto principal la retribución del accionista». *Vid.*, en este sentido, Vives Ruiz y López-Jorrín Hernández (2010, pp. 52-53).

Por un lado, el número de derechos de asignación gratuita atribuido a cada accionista determina el porcentaje de participación de cada accionista en la operación de *scrip dividends*, el cual ha sido calculado conforme al número de acciones antiguas titularidad de cada uno de ellos²⁹. Por otro lado, estos derechos de asignación gratuita son el instrumento que permite al accionista elegir la opción que más se adecue a sus preferencias.

Así, el accionista puede optar por suscribir nuevas acciones mediante el ejercicio de dichos derechos (opción 1) o, en tanto que estos derechos de asignación gratuita son transmisibles en las mismas condiciones que las acciones de las que deriven (art. 306 LSC), el accionista puede optar por transmitirlos en el mercado secundario (opción 2). Asimismo, en virtud del compromiso irrevocable de compra asumido por la sociedad, el accionista puede optar por transmitírselos a esta a un precio garantizado (opción 3).

3.2.2. La especialidad: el compromiso irrevocable de compra asumido por la sociedad

Nos encontramos en la opción 3, en la que el accionista vende sus derechos de asignación gratuita a la sociedad, recibiendo como contraprestación un importe en efectivo cuya cuantía ha sido previamente fijada.

Doctrinalmente, y también en la práctica societaria, esta opción se considera como equivalente al tradicional dividendo en efectivo, no solo porque el resultado en ambos supuestos es el mismo –el accionista, como remuneración a su participación social, recibe un importe en efectivo desembolsado por la sociedad–, sino porque muchos de sus aspectos apuntan en este sentido. Sin embargo, no debemos pasar por alto que hay una diferencia fundamental entre ambos supuestos, ya que, mediante esta opción del *scrip dividend*, se produce un efecto adverso para los accionistas que no está presente en los pagos del tradicional dividendo en efectivo: la dilución.

Así, como consecuencia de la mecánica propia de las operaciones de *scrip dividends* en España, la recepción por los accionistas del correspondiente importe en efectivo por parte de la sociedad en el marco de las operaciones de *scrip dividends* no se configura como un pago tradicional del dividendo, sino que se configura como una compraventa de derechos de asignación gratuita entre la sociedad y los accionistas que así lo desean³⁰.

²⁹ A estos efectos, hemos de tener en cuenta que, en esta modalidad de retribución, los efectos del acuerdo de aumento de capital de la junta general de accionistas se posponen al momento de ejecución de dicho aumento de capital, concretamente, al momento de la publicación de su anuncio en el BORME. Debido a ello, es necesario incluir a aquellos accionistas que han adquirido tal condición entre la fecha del acuerdo de la junta general ordinaria de accionistas y la fecha de publicación en el BORME (García García, 2014, p. 173).

³⁰ Lyczkowska (2014, p. 98) se refiere a esta compraventa de derechos de asignación gratuita entre la sociedad y los accionistas como una «falsa» compra, ya que su única finalidad es la de abonar un importe en efectivo equivalente al dividendo.

Para realizar esta compraventa, con ocasión de la ejecución de cada aumento de capital, la sociedad asume un compromiso irrevocable de compra de estos derechos a un precio preestablecido para cada derecho de asignación gratuita. De esta manera, los accionistas tienen garantizada la posibilidad de vender sus derechos a la sociedad y, consecuentemente, recibir el importe en efectivo que corresponda conforme al número de derechos vendidos. Este compromiso de compra de derechos asumido por la sociedad constituye la especialidad de las operaciones de *scrip dividends* frente a los aumentos de capital con cargo a reservas «puros» del artículo 303 de la LSC, en los que la sociedad no asume un compromiso de compra en tal sentido³¹. La existencia de este compromiso de compra por parte de la sociedad es esencial, pues es el mecanismo que, *de facto*, permite al accionista recibir su dividendo en efectivo como remuneración directa de la sociedad.

3.3. El acuerdo de la junta general de accionistas

Como consecuencia de la interrelación existente entre la operación de distribución de dividendos y la operación de aumento de capital con cargo a reservas, aunque ambas operaciones forman parte de una operación común –la operación de *scrip dividends*–, estas continúan manteniendo sus características principales y sus reglas procedimentales propias.

Consecuentemente, el procedimiento aplicable a esta operación de *scrip dividends* debe tener en cuenta los procedimientos que resultan propios a cada una de las referidas operaciones, presentando, al mismo tiempo, algunas singularidades.

Así, las operaciones de *scrip dividends* deben ser aprobadas mediante acuerdo de la junta general de accionistas.

En relación con el contenido del acuerdo para la aprobación de las operaciones necesarias para ejecutar las operaciones de *scrip dividends*, hemos de tener en cuenta que, si bien las operaciones mantienen sus características propias, el contenido del acuerdo sí que se adecua a las singularidades de las operaciones de *scrip dividends*.

De esta manera, sobre el acuerdo de aplicación del resultado, hemos de tener en cuenta que, en realidad, se corresponde con la adquisición de los derechos de asignación gratuita por parte de la sociedad, por lo que el importe aplicado es el importe destinado por la sociedad a esta adquisición. Sin embargo, pese a configurarse como una compra de derechos, se siguen las reglas previstas en el artículo 273 de la LSC para la aplicación del resultado.

³¹ Ferrada Lavall y San Miguel Bardón (2010) se refieren a este compromiso irrevocable de compra de los derechos de asignación gratuita que asume la sociedad como un «complemento» al aumento de capital y no como una especialidad. Sin embargo, consideramos más oportuno denominarlo «especialidad», ya que es precisamente dicho compromiso lo que hace «especial» a este aumento de capital con cargo a reservas, distinguiéndolo de los aumentos de capital con cargo a reservas «puros».

Por lo que se refiere al acuerdo de aumento de capital social con cargo a reservas, este recogerá las bases y criterios de cálculo de los principales aspectos del aumento de capital cuyas condiciones, con posterioridad, serán fijadas por el consejo de administración en virtud de la delegación para la ejecución que, con carácter general, se recoge en el propio acuerdo.

Pasamos, a continuación, a analizar detalladamente los principales elementos recogidos en dicho acuerdo, en concreto: (3.3.1) el cálculo del precio de referencia; (3.3.2) la determinación del número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva; (3.3.3) el cálculo del precio del compromiso de compra asumido por la sociedad; (3.3.4) las soluciones a los desajustes respecto al número de derechos de asignación gratuita necesarios para suscribir una nueva acción («picos»), y (3.3.5) la opción que resulta de aplicación en caso de falta de elección expresa del accionista («opción subsidiaria»).

3.3.1. El cálculo del precio de referencia

En las operaciones de *scrip dividends* españolas la determinación del precio de referencia es un aspecto fundamental de la operación, debido a que el número de derechos de asignación gratuita necesarios para suscribir una acción nueva o el precio al que la sociedad adquirirá los derechos de asignación gratuita en virtud del compromiso de compra que asume son aspectos cuyo cálculo depende de este precio de referencia. Por este motivo, ha de aplicarse una gran cautela en la forma de cálculo del mismo y, consiguientemente, este precio de referencia debe calcularse de la forma en la que se ofrezcan las mayores garantías para los derechos de los accionistas.

En España, como consecuencia de la ausencia de regulación específica para estas operaciones, esta fórmula de cálculo no se encuentra regulada normativamente. Pese a esta ausencia de regulación, sí que existe uniformidad en la fórmula de cálculo que aplican las distintas sociedades cotizadas que realizan operaciones de *scrip dividends*.

Así, el precio de referencia de la operación suele corresponderse con la media aritmética de los precios medios ponderados de la acción de la sociedad en las bolsas de valores en las que cotiza –generalmente, Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, a través del Sistema de Interconexión Bursátil Español– en las cinco sesiones bursátiles anteriores al acuerdo del aumento del consejo de administración de llevar a efecto el aumento de capital («periodo de referencia»), redondeado a la milésima de euro más cercana y, en caso de la mitad de una milésima de euro, a la milésima de euro inmediatamente superior³².

³² En el caso de las sociedades no cotizadas que han recurrido a las operaciones de *scrip dividends* para retribuir a sus accionistas no puede aplicarse esta misma fórmula de cálculo del precio de referencia debido, principalmente, a que las acciones de dichas sociedades no cotizan. De esta manera, se utilizan referencias alternativas, p. ej., el valor teórico contable (VTC) por acción, según el último balance aprobado por la junta general de accionistas en el momento de adoptarse el acuerdo de ejecución del aumento de capital.

3.3.2. La determinación del número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva

Una vez calculado el precio de referencia, en la mecánica de la operación resulta necesario calcular el número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva, que será determinado automáticamente según la proporción existente entre el número de acciones nuevas a emitir y el número existente de acciones en circulación.

En relación con el resultado obtenido, este se redondeará al número entero inmediatamente superior. De lo contrario se produciría una vulneración de la prohibición de emitir acciones por debajo de la par, establecida por el artículo 59 de la LSC, en aras del principio de integridad del capital (García García, 2014, p. 172).

Realizado el cálculo anterior, puede resultar necesario que, para que el número de acciones nuevas a emitir sea un número entero y no una fracción, la sociedad tenga que renunciar a un número determinado de derechos de asignación gratuita. Este número se corresponderá con la diferencia existente entre el número de acciones en circulación y el número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva multiplicado por el número de acciones nuevas.

3.3.3. El cálculo del precio del compromiso de compra asumido por la sociedad

Finalmente, es necesario determinar el precio al que la sociedad adquirirá los derechos de asignación gratuita para satisfacer el importe en efectivo a aquellos accionistas que así lo desean.

Así, de manera general, la fórmula de cálculo de este precio del compromiso de compra se determina por la junta general y, como tal, se recoge en los acuerdos por los que se aprueban los correspondientes aumentos de capital para la ejecución de las operaciones de *scrip dividends*.

Concretamente, el precio de compra de cada derecho de asignación gratuita por la sociedad se corresponderá con el resultado de la división de dicho precio de referencia entre el número de derechos necesarios para recibir una acción nueva más uno, redondeado a la milésima de euro más cercana y, en caso de la mitad de una milésima de euro, a la milésima de euro inmediatamente superior.

Consecuentemente, el importe total que recibirán los accionistas que se decanten por la opción 3 se corresponde con el resultado de multiplicar el número de derechos de asignación gratuita sobre los que cada accionista desea aceptar el compromiso de compra, por este precio predeterminado para la adquisición de esos derechos por parte de la sociedad.

3.3.4. Las soluciones a los desajustes respecto al número de derechos de asignación gratuita necesario para suscribir una nueva acción («picos»)

Generalmente, cada accionista es titular de un número distinto de acciones y, correlativamente, de un número distinto de derechos de asignación gratuita. Por ello, resulta poco frecuente que el número de derechos de asignación gratuita que haya correspondido a un accionista como consecuencia de su participación previa en la sociedad sea un múltiplo exacto del número de derechos de asignación gratuita necesarios para recibir una acción nueva.

Debido al carácter indivisible de la acción (art. 90 LSC), resulta imposible que el accionista suscriba fracciones de acciones y, por tanto, siempre tendrá derechos de asignación gratuita «faltantes» o derechos de asignación gratuita «sobrantes». Por ello, hemos de plantearnos las posibilidades con las que cuenta el accionista en el actual régimen español para solucionar estos «picos», de manera que se le permita suscribir un número entero de acciones.

Algunos autores han propuesto como posible solución a estos desajustes el que, al ejecutar operaciones de *scrip dividends*, se establezca la obligación de las sociedades de designar un «agente de picos» (*odd-lot agent*), esto es, una sociedad de valores o entidad de crédito debidamente habilitada que, actuando por cuenta del emisor, adquiriera los derechos de asignación gratuita que no den derecho a una acción adicional de cada accionista que haya optado por recibir acciones (García García, 2014, p. 175).

Sin embargo, no compartimos esta tesis y consideramos más conveniente encontrar las soluciones en las propias operaciones de *scrip dividends*, concretamente, en las posibilidades que brinda la transmisibilidad de los derechos de asignación gratuita³³.

En el supuesto de que el accionista sea titular de un número de derechos inferior a aquel que le permite suscribir un número entero de acciones, no existe impedimento para que los accionistas que deseen suscribir un número de acciones superior al que les corresponde en función de su participación previa en la sociedad adquieran, durante el periodo de negociación de los derechos de asignación gratuita y en el mercado secundario, los derechos de adquisición gratuita «faltantes».

En el supuesto de que el accionista sea titular de un número de derechos superior a aquel que le permite suscribir el número entero de acciones que desea suscribir, el accio-

³³ Con carácter general, en las operaciones de aumento de capital con medios propios, algunos autores predicán la adecuación de esta compra o venta de derechos de asignación gratuita en el mercado como solución a los «picos». *Vid.*, por todos, Sánchez Andrés (1973, pp. 275-276), Martínez Nadal (1996, p. 492) y Fayos Febrer (2008, pp. 181-182).

nista puede transmitir los derechos de asignación gratuita «sobrantes» –bien en el mercado secundario o bien a la propia sociedad–, por lo que la solución pasa necesariamente por una combinación de opciones (opción 4).

3.3.5. La suscripción de acciones de nueva emisión como «opción subsidiaria»

En la práctica de las sociedades españolas, ante la ausencia de regulación legal específica, la opción 1, en virtud de la cual el accionista suscribe nuevas acciones de la sociedad, se presenta como la «opción subsidiaria» de las operaciones de *scrip dividends*. De esta manera, a falta de comunicación expresa por el accionista acerca de cuál es la opción por la que se decide o, verdaderamente, a falta de comunicación expresa por el accionista manifestando su deseo de recibir el dividendo en efectivo, se le aplicará esta opción por defecto y, consecuentemente, el accionista suscribirá acciones de nueva emisión³⁴.

Esta operativa enlaza con las características propias de los derechos de asignación gratuita en los aumentos de capital con cargo a reservas «puros», en los que la atribución de las acciones por parte de la sociedad se produce de manera automática, sin que sea necesario que el accionista realice ningún tipo de acto o declaración de voluntad expresa para la suscripción de los nuevos títulos que le correspondan³⁵.

³⁴ Así se recoge, de manera general, en los documentos informativos remitidos por cada sociedad a la CNMV con motivo de la ejecución de cada ampliación de capital para instrumentar operaciones de *scrip dividends* mediante previsiones como «los accionistas que no comuniquen su decisión recibirán el número de acciones nuevas que les correspondan» o «finalizado el periodo de negociación de los derechos de asignación gratuita en el mercado, los derechos de asignación gratuita se convertirán automáticamente en acciones de nueva emisión de la sociedad».

³⁵ Sánchez Andrés (1991, p. 894) establece como principios específicos del derecho de asignación gratuita, singularmente, «los principios de *gratuidad*, *exclusividad* y *automatismo* en cuanto al funcionamiento del derecho de asignación gratuita que debe aplicarse *ex officio* por la propia sociedad». En el mismo sentido, *vid.* la STS n.º 936/2006 (Sala Civil), de 6 de octubre (NCJ047505), en su fundamento de derecho tercero. Sobre el carácter automático de este derecho, *vid.* también Sánchez Andrés (1973, p. 274), quien señala que en los aumentos de capital con medios propios «la ley estima que el único interés atendible se identifica con la tutela de los derechos latentes de los socios sobre el patrimonio y les confiere por ello –en lugar de una simple preferencia– un derecho exclusivo y automático a la atribución de nuevas acciones»; Vicent Chuliá (1991, p. 775) afirma que «no es un derecho potestativo»; Martínez Nadal (1996, p. 517), sostiene que «en el caso del derecho de asignación gratuita, el significado del silencio del titular del derecho ha de interpretarse a la luz de su fundamento gratuito. [...] Por ello, el silencio del titular del derecho ha de interpretarse no en sentido negativo, sino en sentido positivo. [...] De forma que la inactividad del accionista ha de interpretarse como una asunción tácita de las nuevas fracciones de capital». En el mismo sentido, Fayos Febrer (2008, pp. 184-185), Martín Aresti (2006, pp. 32-33) y Sáenz García de Albizu (2011, pp. 2.244 y 2.246).

4. Propuestas de mejora para las operaciones de *scrip dividends* en España

A priori, los *scrip dividends* británicos y el *paiement du dividende en actions* francés podrían parecer semejantes a las operaciones de *scrip dividends* ejecutadas en España. En este sentido, si bien el resultado sí que podría ser equivalente, existen varias diferencias, con trascendencia jurídica y económica, entre las operaciones llevadas a cabo en estos tres países.

Aunque valoramos positivamente la incorporación de esta fórmula retributiva a la práctica societaria española a imagen de estas operaciones reguladas en otros regímenes extranjeros, existen diferencias notables en relación con determinados elementos. Estos elementos, en ocasiones, generan efectos adversos, problemas e, incluso, deficiencias en el régimen español. Esta situación nos lleva a plantearnos si la configuración jurídica que la práctica societaria ha otorgado a estas operaciones en España es totalmente adecuada o si, por el contrario, podría resultar apropiado dar un paso más y buscar la solución en el establecimiento de una regulación específica, semejante a la regulación establecida en regímenes extranjeros.

Así, comenzando por la previsión legal de la operación como una modalidad de pago del dividendo, y al margen de la misma, los principales elementos sobre los que podrían realizarse propuestas de mejora, serían:

4.1. La regulación de la operación como modalidad de pago del dividendo. Limitación de las opciones de los accionistas

La primera necesidad del actual régimen español de las operaciones de *scrip dividends* es dotarlo de una regulación específica que permita subsanar la actual carencia regulatoria en España y aportar a estas operaciones una mayor seguridad jurídica.

En este sentido, tendríamos: (a) por un lado, una regulación de la operación al estilo francés, en el que las principales condiciones de la operación se encuentran recogidas normativamente (arts. L. 232-18 a L. 232-20 del *Code de Commerce* francés); y, (b) por otro lado, un régimen híbrido, como el establecido para los *scrip dividends* en Reino Unido, en el que, si bien resulta una formalidad necesaria que los estatutos de la sociedad contengan el correspondiente *scrip dividend article*, este suele estar redactado en términos bastante amplios y contener diferentes opciones aplicables a los aspectos concretos de la operación, los cuales se determinan con ocasión de cada una de ellas.

En este sentido, el régimen francés proporciona seguridad jurídica respecto a las condiciones de la operación. No obstante, en determinados aspectos de la operación, el *Code de Commerce* establece las bases y deja un cierto margen de libertad a las sociedades para su determinación, sin que la seguridad jurídica de la operación se vea alterada (parte

del dividendo cuyo pago se ofrece en acciones, cotización utilizada para el cálculo del precio de referencia, porcentaje de descuento aplicado, plazo para el ejercicio de la opción o la solución que se adopta para los supuestos en que el importe del dividendo no se corresponda con un número entero de acciones).

Por su parte, el carácter híbrido del régimen británico presenta dos aspectos positivos. Por un lado, el hecho de que el procedimiento y las principales características de los *scrip dividends* que ofrezca la sociedad se encuentren previstos en los estatutos sociales, aunque sea una normativa autónoma de la propia sociedad, también proporciona al accionista seguridad jurídica y una información previa sobre la operación. Por otro lado, la amplitud con la que se redacta el referido *scrip dividend article* permite a las sociedades una mayor flexibilidad y adaptabilidad de estas operaciones a situaciones societarias concretas.

Sin embargo, en esta flexibilidad del régimen británico, encontramos un aspecto desfavorable: la ausencia de regulación de la fórmula de cálculo del precio de referencia, la cual, como apuntaremos más adelante, entendemos que debe estar debidamente determinada, ya que este precio es un aspecto esencial de la operación, pues de él depende el número de acciones que recibirá cada accionista en el *scrip dividend*.

Así, analizado el régimen jurídico español del derecho de los accionistas a participar en las ganancias sociales ex artículo 93, letra a) de la LSC, resulta posible que se establezcan modalidades de pago del dividendo distintas al pago del dividendo en efectivo. Los accionistas, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueden establecer en sus estatutos sociales fórmulas de pago de su dividendo en bienes distintos del dinero, como, por ejemplo, las acciones, sin que se haya considerado que esta cláusula estatutaria se oponga a las leyes (art. 28 LSC). En este sentido, si resulta posible establecer estatutariamente estas modalidades de pago del dividendo, también será posible introducirlas a través de una modificación normativa. La previsión legal, tanto de la posibilidad de pago del dividendo en acciones, como de sus condiciones, aportaría una mayor seguridad jurídica a estas operaciones en nuestro país.

Consecuentemente, consideramos que la regulación más idónea para las operaciones de *scrip dividends* en España sería aquella que incorporara estas operaciones en la normativa societaria, concretamente, en la LSC, configurándolas jurídicamente como una modalidad de pago del dividendo, al igual que se configura en los regímenes de derecho comparado, entre ellos, Reino Unido y Francia. En terminología española podría recibir el nombre de «pago del dividendo en acciones». Así, configurada como una alternativa al dividendo en efectivo, se encontraría sometida al régimen de aplicación del resultado y de distribución de dividendos, ya que esta es la finalidad de la operación y, por tanto, las reglas a las que debe someterse.

Al configurar estas operaciones como modalidad de pago del dividendo se produce una variación de la mecánica de la operación y, consecuentemente, ya no resultaría necesario que, como hasta ahora, la sociedad asuma un compromiso de compra de los derechos de asignación gratuita ni, por tanto, que se instrumente la compraventa de estos derechos

para que los accionistas puedan recibir el importe correspondiente en efectivo. Es más, al no configurarse como una ampliación de capital con cargo a reservas, no existen derechos de asignación gratuita ni, consiguientemente, estos pueden transmitirse.

Esta nueva mecánica conlleva una ventaja principal: se altera el orden de concreción de los diferentes aspectos, siendo el punto de partida el importe del dividendo, como si de un dividendo tradicional en efectivo se tratase, al igual que en Reino Unido y en Francia. Consiguientemente, la determinación del importe del dividendo en efectivo se efectúa directamente, sin necesidad de tener que realizar ningún tipo de cálculo y, con base en dicho importe, se concretan el resto de aspectos de la operación³⁶. Esto se traduce en una mayor claridad y facilidad para que el accionista adopte la opción que resulte más acorde a sus preferencias y necesidades, ya que, al tener conocimiento del importe del dividendo, del precio de referencia (equivalente al precio de emisión de las acciones) y de la cotización actual de las acciones, con una simple comparativa, el accionista dispone de un criterio financiero para adoptar una decisión fundada.

Asimismo, en tanto que el valor de este importe en efectivo no se calcula a partir del precio de referencia, se elimina la eventualidad de que el importe del dividendo en efectivo dependa de cualquier factor externo, como la propia cotización del valor en el mercado.

En línea con lo anterior, con la nueva configuración jurídica de esta fórmula retributiva en España, las cuatro opciones que actualmente se ofrecen a los accionistas quedarían limitadas a dos únicas opciones: recibir el dividendo en efectivo o recibir el dividendo en nuevas acciones, desapareciendo la actual opción 2, exclusiva de las operaciones españolas, ya que se deriva de su configuración jurídica como ampliación de capital con cargo a reservas (la posibilidad de vender los derechos de asignación gratuita en el mercado secundario al precio de cotización en cada momento, no a un precio garantizado por la sociedad), así como la actual opción 4. Con el ofrecimiento de estas dos opciones, se garantizaría la finalidad de la operación, que no es otra que la de satisfacer el derecho de los accionistas a participar en las ganancias sociales ex artículo 93, letra a) de la LSC.

³⁶ La mecánica de la operación, tanto en Reino Unido, como en Francia, se corresponde con la establecida por Sánchez Calero (1955, p. 164) para el supuesto en que la junta general ordinaria de accionistas pudiera fijar el dividendo en especie: «Los beneficios que son calculados en el balance y, por tanto, solamente en su cuantía dineraria, habrían de ponerse en relación con la especie que se quiere repartir, valuando esta y averiguando qué cantidades de unidades de estos bienes tienen un valor igual a los beneficios que se pueden repartir. Una vez realizada esta operación podría repartirse las unidades de esas especies no dineraria proporcionalmente al capital desembolsado por cada accionista». En este proceso, el autor encuentra un peligro para la garantía de la integridad del capital como consecuencia de los criterios de valoración que se empleen. Al respecto, entendemos que, en tanto que la valoración de los bienes a entregar, es decir, el precio de referencia de las nuevas acciones, se encuentra previamente determinado en los correspondientes estatutos sociales, se evita que pueda producirse una valoración errónea de las nuevas acciones.

4.2. La «opción subsidiaria»

Respecto a la «opción subsidiaria», hemos de recordar que la que actualmente opera en España se deriva de la actual configuración de estas operaciones de *scrip dividends* en nuestro país, difiriendo de la opción que opera por defecto tanto en el régimen británico como en el régimen francés.

Tanto en Reino Unido como en Francia se requiere una manifestación de voluntad expresa por el accionista para recibir el dividendo en acciones, de manera que, a falta de comunicación expresa por parte del accionista en ese sentido, este recibirá su dividendo en efectivo.

En principio, la elección de una u otra opción como «opción subsidiaria» podría parecer una cuestión menor. Sin embargo, si tenemos en cuenta que la operación en todos estos países tiene la misma finalidad principal, es decir, el reforzamiento de los fondos propios de la sociedad, podemos concluir que, en España, al margen de que esta opción subsidiaria venga dada por la propia configuración jurídica de la operación, hay una mayor preferencia por este reforzamiento, al elegir como opción subsidiaria la opción que contribuye a este fin (recibir el dividendo en acciones).

Resulta cierto que, si la operación se configura como una modalidad de pago del dividendo ofreciendo el pago del dividendo en acciones, ante la falta de aceptación por parte del accionista, este debería recibirlo en efectivo, ya que no puede imponerse al socio la recepción de acciones en pago de su dividendo³⁷.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que esta opción es menos protectora de los intereses de los accionistas, pues genera el efecto adverso de la dilución. Por ello, si se estableciera la recepción del dividendo en efectivo como «opción subsidiaria», entendemos que resultaría necesario establecer normativamente algún «mecanismo antidilución» para proteger los intereses de los accionistas. Estos mecanismos serían: (a) la reducción de capital social mediante la amortización de acciones propias; o (b) la entrega de acciones de la autocartera. La recompra de acciones para su amortización, aunque también puede considerarse uno de estos mecanismos, lo consideramos menos eficaz, en tanto que solo mitiga el efecto dilutivo y genera un desembolso de efectivo para la sociedad³⁸.

4.3. La fórmula de cálculo del precio de referencia

Debido a que este precio de referencia es uno de los principales aspectos de las operaciones de *scrip dividends*, de cuyo cálculo derivan los principales aspectos de la operación,

³⁷ Vid., por todos, Sánchez Andrés (1973, pp. 118-119).

³⁸ Vid., sobre estos mecanismos, Aragón Tardón (2018, pp. 223-233).

resulta conveniente dotarle de la mayor seguridad jurídica posible, de cara a evitar alteraciones en las condiciones de la operación.

En este sentido, para evitar la introducción de posibles modulaciones por las sociedades y, por tanto, para garantizar la integridad del capital social, resulta conveniente que esta fórmula de cálculo se encuentre recogida normativamente, como sucede en otros regímenes comparados, como, por ejemplo, el régimen francés (art. 232-19 del *Code de Commerce*). De esta manera, se evita que las condiciones de la operación se vean alteradas significativamente como consecuencia de elegir diferentes fórmulas de cálculo.

Para determinar la regulación de la fórmula de cálculo de este precio de referencia consideramos conveniente tomar como referencia las fórmulas de cálculo de los regímenes comparados³⁹. En este sentido, haremos referencia a: (4.3.1.) el número de sesiones bursátiles utilizadas como referencia; (4.3.2.) el criterio temporal para la selección de las sesiones, y (4.3.3.) la cotización de cada sesión que ha de tomarse en consideración.

4.3.1. El número de sesiones de referencia

En lo relativo al número de sesiones bursátiles utilizadas como referencia, la fórmula de cálculo actualmente aplicada en el régimen español guarda similitud con la fórmula aplicada en otros regímenes comparados, por ejemplo, el británico, ya que, en ambos regímenes, el número de sesiones bursátiles utilizado para el cálculo de este precio es de cinco. Sin embargo, este número de sesiones de referencia difiere de otros regímenes, como, por ejemplo, el régimen francés, en el que este número de sesiones bursátiles se eleva hasta veinte.

Sobre este aspecto, la cuestión radica en determinar qué es lo que resulta más apropiado de cara a determinar un precio de referencia para la emisión de las nuevas acciones, si considerar una muestra más amplia o más reducida.

Teóricamente, con un número de sesiones más reducido el precio de referencia se encontrará más cercano a las condiciones del mercado en el momento de su cálculo. Por su parte, con un periodo de referencia más amplio, hay mayor probabilidad de que sucedan eventos corporativos que pudieran alterar los precios de cotización de las acciones. Sin embargo, en la realidad, nada impide que un evento corporativo que afecte al precio de las acciones suceda durante las sesiones del periodo de referencia, aunque estas se reduzcan al mínimo. Por este motivo, entendemos que una muestra más amplia resulta más representativa y permite eliminar estas posibles alteraciones en el precio de cotización, por lo

³⁹ En el caso de las operaciones de *scrip dividends* de España, el planteamiento de la operación nos hace hablar de «precio de referencia», el cual entendemos que es equivalente al «precio de emisión» de las acciones en la operación francesa y al homónimo «precio de referencia» de las operaciones británicas.

que resulta más adecuado que el número de sesiones para el cálculo establecido se amplíe respecto a la fórmula actual, es decir, que sea superior a cinco, por ejemplo, veinte.

4.3.2. El criterio temporal para determinar las sesiones bursátiles de referencia

Por lo que se refiere al criterio temporal aplicado para seleccionar las sesiones de referencia, en el caso de España, se toma como referencia el acuerdo del consejo de administración por el que se ejecuta el aumento de capital. De esta manera, para el cálculo del precio de referencia, se utilizan los precios de cotización de las cinco sesiones bursátiles anteriores al referido acuerdo.

Este criterio temporal difiere del utilizado en otros países, como Reino Unido, donde el criterio mayoritario para determinar dichas sesiones es que estas se inicien en la fecha *ex-dividendo*, de manera que sean la sesión de dicha fecha y las cuatro sesiones siguientes las que se tomen en consideración para efectuar el correspondiente cálculo. Sin embargo, también se admiten otros criterios temporales de determinación, ya que en el régimen británico existe una gran libertad para determinar cuáles son las sesiones bursátiles cuyos precios de cotización se tomarán como referencia. Sin embargo, todos ellos tienen un rasgo común: las cinco sesiones tomadas como referencia han de ser posteriores a la fecha de cotización *ex-dividendo* o, en caso de que sean anteriores, ha de deducirse el importe del dividendo.

Este aspecto no se tiene en cuenta en el actual régimen español, aunque sí sucede algo semejante en el régimen francés. Pese a que el criterio temporal aplicado en Francia es el acuerdo de la junta general ordinaria y se toman en consideración los precios de cotización de las veinte sesiones bursátiles anteriores, la propia fórmula de cálculo prevé que, a la media de dichos precios de cotización, ha de deducirse el importe neto del correspondiente dividendo. De esta manera, se transforma el «precio medio» en «precio medio *ex-dividendo*».

Esta deducción resulta conveniente para neutralizar el *scrip dividend* y evitar que los accionistas que optan por el pago del dividendo en acciones se vean penalizados por el dividendo en efectivo recibido por otros accionistas⁴⁰. Por ello, consideramos conveniente tener esta deducción en consideración para la fórmula de cálculo del precio de referencia del régimen jurídico de los *scrip dividends* que proponemos para España.

Sin embargo, hemos de enlazarla con la consideración anterior, es decir, con el número de sesiones de referencia, de cara a elegir la forma de neutralizar el *scrip dividend* de la manera que resulte más adecuada.

⁴⁰ Mortier (2010, p. 246), Jacquemet Marie Jeanne, (1998, p. 48) y AA. VV. (2012, p. 84).

En este sentido, si establecemos que las veinte sesiones que hemos determinado anteriormente han de ser posteriores a la fecha *ex-dividendo*, la operación se alarga innecesariamente, ya que, debido a que los accionistas han de conocer el precio de referencia y las restantes condiciones derivadas del mismo antes del inicio del plazo para realizar la solicitud del dividendo en la forma deseada, es necesario que dichas veinte sesiones transcurran antes de comenzar dicho plazo. Si a ello le añadimos el plazo que debe establecerse para elegir entre las diferentes opciones, la operación se alarga en exceso.

Por ello, consideramos más práctico neutralizar el *scrip dividend* mediante la deducción del importe neto del dividendo en efectivo al precio de referencia calculado y estableciendo el criterio temporal en las sesiones anteriores al acuerdo por el que se ejecuta la operación de *scrip dividends*.

4.3.3. La cotización de cada sesión que se toma como referencia

En relación con la cotización que en cada sesión ha de tomarse como referencia, el régimen español presenta dos aspectos destacables: por un lado, en todos los documentos informativos puestos a disposición de los accionistas con motivo de los aumentos de capital se concreta cuál es el precio que ha de utilizarse para el cálculo del precio de referencia, de los distintos precios que registra un valor a lo largo de una sesión bursátil; por otro lado, ha de destacarse que existe uniformidad entre todas las sociedades cotizadas que recurren a esta modalidad retributiva, de manera que todas ellas establecen el mismo precio a tomar en consideración.

De esta manera, en España, para el cálculo de este precio de referencia se toma en consideración el precio medio ponderado de cada sesión bursátil, es decir, el precio medio de las operaciones realizadas durante la sesión bursátil, ponderadas por el número de acciones intervinientes en cada una de ellas.

Sin embargo, en otros regímenes comparados, como Reino Unido o Francia, no se produce tal concreción, lo cual otorga a las sociedades cotizadas la libertad de determinar qué cotización se toma en consideración para el cálculo del precio de emisión de las nuevas acciones⁴¹. Sin embargo, no consideramos que esta libertad sea un aspecto positivo, ya que la volatilidad a lo largo de las sesiones bursátiles puede ser muy amplia y, por tanto, la diferencia que resulte en el precio de emisión de las acciones, dependiendo de cuál de ellos se elija, no es despreciable y, consiguientemente, puede alterar significativamente las condiciones de la operación.

⁴¹ En este sentido, entendemos que, en estos regímenes en los que existe libertad para determinar los precios de cotización que se toman como referencia, el criterio que se aplique debe mantenerse para todas las sesiones que formen parte de un mismo cálculo, sin perjuicio de que, si acaso, en la siguiente operación a realizar dicho criterio pueda variar. *Vid.* Gaudemet (2014, p. 476; 1997, p. 4).

De acuerdo con ellos, consideramos adecuado determinar qué precio de cotización ha de tomarse como referencia y, con ello, evitar las dudas o diferencias que puedan surgir al respecto. A este respecto, consideramos que el precio medio ponderado de la sesión resulta más adecuado frente a otros posibles precios de cotización que podrían tomarse como referencia (precio de apertura, precio de cierre, precio máximo, precio mínimo, etc.).

4.4. Las soluciones a los desajustes respecto del número de acciones a recibir

En la configuración actual, las soluciones a los desajustes respecto al número de derechos de asignación gratuita necesarios para suscribir una acción nueva pueden determinarse libremente por el accionista en el marco de la propia operación, bien vendiendo los derechos de asignación gratuita «sobrantes» o adquiriendo los derechos de asignación gratuita «faltantes».

La primera de estas soluciones –venta de los derechos de asignación gratuita «sobrantes» que, a su vez, se corresponde con las opciones 2 y 3–, cuando se materializa a través de la opción 2, genera un efecto distorsionador de la finalidad de las propias operaciones de *scrip dividends*. Al transmitirse estos derechos a terceros en el mercado secundario que, consecuentemente, suscribirán las acciones de nueva emisión, se está ampliando el ámbito subjetivo de la operación respecto al que correspondería en el pago de dividendo, ya que se permite la entrada de terceros no legitimados para el cobro del dividendo en la *record date*, sin que se hayan seguido las reglas propias de la transmisión del derecho al dividendo, esto es, las reglas de la cesión de créditos.

Sin embargo, en el régimen jurídico que proponemos para los *scrip dividends* en España, configurado como modalidad de pago del dividendo, al margen de que no existen derechos de asignación gratuita cuya transmisibilidad pueda otorgar solución a estos desajustes, consideramos conveniente que las posibles soluciones a estos supuestos se encuentren previamente reguladas⁴² y, posteriormente, sea la junta general ordinaria de accionistas la que determine cuál de ellas resulta de aplicación en cada pago, tal como se recoge en el *Code de Commerce* francés y en el *scrip dividend article* británico.

Esta regulación debe concretar dos aspectos: la forma de las soluciones en sí mismas consideradas y quién ostenta la facultad de decidir qué solución se aplica.

En este sentido, consideramos adecuado que la regulación legal recoja dos posibles soluciones: recibir el número entero de acciones inmediatamente inferior más saldo exceden-

⁴² *Vid.*, en el mismo sentido, García García (2014, p. 175).

te en efectivo o recibir el número entero de acciones inmediatamente superior abonando el accionista el importe diferencial en efectivo, y que, posteriormente, sea la junta general ordinaria de accionistas la que determine cuál de ellas resulta de aplicación en cada pago.

5. Conclusiones

La internacionalización del mercado financiero ha permitido que las sociedades españolas hayan evolucionado en sus esquemas de retribución al accionista, incorporando una fórmula ampliamente utilizada en regímenes extranjeros: las operaciones de *scrip dividends*. Esta fórmula, además de otorgar flexibilidad al accionista para adaptar su remuneración a sus necesidades concretas, permite a las sociedades continuar transmitiendo una imagen positiva al mercado, por satisfacer la remuneración a sus accionistas. Todo ello, al tiempo que preservan su capital y refuerzan sus niveles de solvencia.

Sin embargo, esta fórmula retributiva se ha incorporado a la práctica societaria española sin un régimen regulatorio específico que les resulte de aplicación.

Consecuentemente, una vez incorporada de manera habitual a los esquemas retributivos de las principales entidades, se ha advertido que su actual configuración genera ciertos efectos adversos, problemas, e incluso, deficiencias. En este sentido, el recurso al derecho comparado nos permite, una vez más, tomar como referencia los regímenes extranjeros –especialmente, los *scrip dividends* británicos y el *paiement du dividende en actions* francés– para identificar posibles soluciones. Así, el análisis de estos regímenes nos permite identificar sus principales aspectos y sustentarnos en ellos para lograr establecer un régimen idóneo para las operaciones de *scrip dividends* en España.

En este sentido, se han identificado las siguientes propuestas de mejora del régimen actual:

- Resulta necesario regular las operaciones de *scrip dividends* como modalidad de pago del dividendo en la normativa societaria española (LSC), para aportar una mayor seguridad jurídica a esta fórmula de remuneración al accionista.
- Como consecuencia de su configuración como modalidad de pago del dividendo, la «opción subsidiaria» sería la recepción del dividendo en efectivo, de manera que únicamente aquellos accionistas que lo eligieran expresamente recibirían su dividendo en forma de acciones.

No obstante, para evitar posibles efectos negativos de esta opción, como es la dilución de la participación en la sociedad de aquellos accionistas que reciben su dividendo en efectivo, sería conveniente incorporar a la operación algún «mecanismo antidilución» (reducción de capital social mediante la amortización de

acciones propias, entrega de acciones de la autocartera, recompra de acciones para su amortización, etc.).

- En el nuevo régimen propuesto, la fórmula de cálculo del precio de referencia debe estar prevista normativamente para garantizar la integridad del capital.

En ella, se debería ampliar el número de sesiones de referencia y concretar la cotización que ha de utilizarse para realizar el cálculo. Asimismo, la operación de *scrip dividends* deberá neutralizarse mediante la deducción del importe neto del dividendo en efectivo al precio de referencia calculado.

- Las soluciones a los desajustes respecto del número de acciones a recibir deberían establecerse normativamente, concretando qué forma revisten estas soluciones y quién ostenta la facultad de decidir qué solución se aplica.

De acuerdo con el análisis realizado, podemos concluir que el recurso al derecho comparado ha sido relevante en relación con las operaciones de *scrip dividends* españolas, pues no solo nos ha permitido importarlas de los regímenes extranjeros, sino que, también, estos regímenes extranjeros serán los que nos proporcionen las mejoras necesarias a las deficiencias detectadas en el actual régimen aplicable a esta fórmula de remuneración al accionista en España.

Referencias bibliográficas

- AA. VV. (1991). *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Civitas.
- AA. VV. (2012). *Le commissaire aux comptes et les opérations relatives aux dividendes*. Collection notes d'information de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes.
- Aragón Tardón, S. (2013). Singularidades de los *scrip dividends* como nueva tendencia de retribución a los accionistas. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 13, 123-140.
- Aragón Tardón, S. (2018). *Las operaciones de scrip dividends de las sociedades cotizadas*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Aragón Tardón, S. (2021). Las operaciones de *scrip dividends* de las entidades de crédito ante las recomendaciones del Banco Central Europeo en la crisis del Covid-19. En *Anuario Jurídico Secciones del ICAM 2021* (pp. 139-146). Sepin.
- Campuzano Laguillo, A. B. (2011). Artículo 93. Derechos del socio. En A. Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (t. I pp. 789-799). Civitas-Thomson Reuters.
- Díaz Echegaray, J. L. (2006). *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales. A la luz de la doctrina sentada por la STS de 26 de mayo de 2005*. Thomson-Aranzadi.

- Fayos Febrer, J. B. (2008). Algunas reflexiones sobre el derecho de asignación gratuita en los aumentos de capital con cargo a reservas o beneficios (Comentario a la STS de 6 de octubre de 2006 [NCJ047505]). *Revista de Derecho Mercantil*, 267, 169-195.
- Fernández Delgado, L., Miguel Martínez de Aragón, A. de y Tortuero Ortiz, J. (2013). Scrip dividends in Spain: Analysis of current features and latest trends. *International Company and Commercial Law Review*, 5, 179-188.
- Ferrada Lavall, E. y San Miguel Barbón, F. (2010). Programa de retribución flexible: efectivo o acciones a opción del accionista. En R. Sebastián Quetglas (Coord.), *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos* (pp. 713-739). La Ley.
- García García, A. (2014). Aspectos prácticos del *scrip dividend* español. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 14, 167-191.
- Garrido de Palma, V. M. y Sánchez González, J. C. (1991). La sociedad anónima en sus principios configuradores. En V. M. Garrido de Palma (Dir.), *Estudios sobre la sociedad anónima* (pp. 21-73; 35-43). Civitas.
- Gaudemet, A. (1997). Paiement du dividende en actions: calcul du prix d'émission des actions. *Bulletin de l'Association Nationale des Sociétés par Actions*, 2901.
- Gaudemet, A. (2014). Le prix d'émissions des actions attribuées en paiement du dividende par les sociétés cotées : un (petit) espace de liberté. *Bulletin de l'Association Nationale des Sociétés par Actions*, 7, 474-477.
- Giner Bagüés, E. y Salas Fumás, V. (1995). Explicaciones alternativas para la política de dividendos: análisis empírico con datos empresariales españoles. *Investigaciones económicas*, XIX(3), 329-348.
- Girón Tena, J. (1952). *Derecho de sociedades anónimas. Según la Ley de 17 de julio de 1951*. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.
- Iribarren Blanco, M. (2012). Los dividendos electivos o *scrip dividends*. *Revista de Derecho Mercantil*, 284, 141-180.
- Jacquemet Marie Jeanne, C. (1998). *Le paiement du dividende en actions: motivation, signal et évaluation*. Thèse Strasbourg I.
- Lyczkowska, K. (2014). «Scrip dividend» y usufructo de las acciones: ¿cuántas clases de «scrip dividend» hay en el mercado? *El Notario del siglo XXI*, 57, 98-102. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-57/3850-scrip-dividend-y-usufructo-de-las-acciones-cuantas-clases-hay-en-el-mercado>
- Martín Aresti, P. (2006). *La participación de los socios en los aumentos nominales de capital. Sobre el denominado derecho de asignación gratuita*. Thomson-Aranzadi.
- Martínez Nadal, A. (1996). *El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima*. McGraw Hill.
- Mortier, R. (2010). *Opérations sur capital social. Aspects juridiques et fiscaux. Toutes sociétés*. LexisNexis.
- Paz-Ares Rodríguez, C. (1992a). Aproximación al estudio de los dividendos en especie. *Revista Jurídica del Notariado*, 3, 207-228.
- Paz-Ares Rodríguez, C. (1992b). Reflexiones sobre los dividendos *in natura* facultativos. *Revista Jurídica del Notariado*, 4, 193-205.
- Peinado Gracia, J. I. y González Fernández, M.^a B. (2012). Sistemática y clasificación de los derechos del accionista en la sociedad cotizada. En J. I. Peinado Gracia y J. Cremades García (Dirs.), *El accionista minoritario en la sociedad cotizada (Libro Blanco del Accionista Minoritario)* (pp. 67-103). La Ley.
- Rojo Fernández-Río, A. y Beltrán Sánchez, E. (Dirs.). (2011). *Comentario de la Ley*

- de Sociedades de Capital*, t. I y II. Civitas-Thomson Reuters.
- Sáenz García de Albizu, J. C. (2011). Artículo 303. Aumento con cargo a reservas. En A. Rojo Fernández-Río y E. Beltrán Sánchez (Dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (t. II, pp. 2.237-2.247). Civitas-Thomson Reuters.
- Salas Fumás, V. (2014). Regulación del capital y resultados de la empresa bancaria. En I. Fernández Torres y J. Tejedor Bielsa (Coords.), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España* (pp. 604-636). Civitas-Thomson Reuters.
- Sánchez Andrés, A. (1971). Notas sobre la función económica del aumento de capital con medios propios. En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* (t. III, pp. 193-215). Tecnos.
- Sánchez Andrés, A. (1973). *El derecho de suscripción preferente del accionista*. Civitas.
- Sánchez Andrés, A. (1991). Principios, casos y conceptos en materia de derecho de asignación gratuita de acciones. En *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena* (pp. 883-902). Civitas.
- Sánchez Calero, F. (1955). *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima*. Cuadernos del Instituto Jurídico Español-CSIC Delegación de Roma.
- Torrens Sánchez, A. M. (2002). El aumento de capital con cargo a reservas y beneficios en la sociedad anónima: función económica (Boletín n.º 28, año 1997, marginal 299). En F. Corral Dueñas (Coord.), *Trabajos y notas de colaboración* del Boletín del Colegio de Registradores de España. Años 1986-2001 (t. II pp. 3547-3557). Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.
- Ugena Torrejón, R. (2016). El nuevo marco general de actuación del sector bancario. En C. Alonso Ledesma (Dir.), *Hacia un sistema financiero de nuevo cuño: reformas pendientes y andantes* (pp. 35-58). Tirant lo Blanch.
- Uría, R. (1982). *Derecho Mercantil*. (10.ª ed.).
- Valpuesta Gastaminza, E. (2015). *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. (2.ª ed.). Bosch.
- Vázquez Cueto, J. C. (1995). *Régimen jurídico de la autocartera*. Marcial Pons.
- Vicent Chuliá, F. (1991). *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I. (3.ª ed.). Bosch.
- Vives Ruiz, F. y López-Jorrín Hernández, A. (2010). *El derecho de suscripción preferente y su exclusión en las sociedades cotizadas*. La Ley.



Hacia la puesta en marcha del registro de morosos del alquiler diez años después de la Ley 4/2013, de 4 de junio

Vicente Magro Servet

Magistrado del Tribunal Supremo (España)

Doctor en Derecho

<https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Extracto

Reflexiones acerca de la necesidad de poner en marcha el registro de morosos del alquiler que se aprobó en la reforma de la LAU por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en cuyo artículo tercero se establecía la creación de un Registro Público de Inquilinos Morosos, y, para ello, la publicación de un real decreto que regularía la organización y funcionamiento de dicho registro, destinado a que cuando un propietario de un inmueble estuviera en disposición de arrendarlo a tercero pudiera disponer de un sistema de «toma de conocimiento» acerca de la constancia de los posibles antecedentes de impago de rentas del solicitante para ocupar el inmueble. Ello evita las incomodidades posteriores acerca de la necesidad de tener que acudir a un nuevo procedimiento judicial contra el mismo arrendatario que ya fue deudor a otros arrendadores, al obligarles a acudir, también, al juzgado para recuperar la posesión. La existencia de otros registros previos con similares objetivos de control de datos permite avalar la posibilidad de la constitución de este registro.

Palabras clave: registro de morosos de alquiler; impago de rentas; morosidad.

Recibido: 15-12-2022 / Aceptado: 18-01-2023 / Publicado: 10/02/2023

Cómo citar: Magro Servet, V. (2023). Hacia la puesta en marcha del registro de morosos del alquiler diez años después de la Ley 4/2013, de 4 de junio. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 37-54. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.10323>



Towards the implementation of the registry of rent defaulters ten years after Law 4/2013, of June 4

Vicente Magro Servet

Abstract

Reflections on the need to implement the registry of rent defaulters that was approved in the reform of the LAU by Law 4/2013, of June 4, on measures to make the rental market more flexible and promote housing, in which article third, the creation of a Public Registry of Defaulting Tenants was established, and, for this, the publication of a royal decree that would regulate the organization and operation of said registry so that when an owner of a property was in a position to lease it to a third party, he could have a system of «acknowledgment» about the evidence of the possible history of non-payment of rents of the applicant to occupy the property. This avoids subsequent inconveniences about the need to go to a new legal proceeding against the same tenant who was already a debtor to other landlords by forcing them to also go to court to recover possession. The existence of other previous registries with similar data control objectives supports the possibility of establishing this registry.

Keywords: record delinquent rent; non-payment of rents; delinquency.

Received: 15-12-2022 / Accepted: 18-01-2023 / Published: 10/02/2023

Citation: Magro Servet, V. (2023). Hacia la puesta en marcha del registro de morosos del alquiler diez años después de la Ley 4/2013, de 4 de junio. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 37-54. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.10323>



Sumario

1. Introducción
2. ¿Por qué es preciso poner en práctica este registro de morosos del alquiler?
 - 2.1. Una necesidad práctica de crear el registro por decreto cuanto antes
 - 2.2. La existencia de registros centrales de control
3. Mecánica de puesta en marcha del anhelado registro central de inscripciones de sentencias firmes de desahucio
4. Conclusión



1. Introducción

La morosidad en el arrendamiento de viviendas es una de las razones por las que muchos propietarios de inmuebles se muestran reacios a alquilar sus inmuebles sin contar con una serie de garantías absolutas de que el arrendatario tiene la suficiente solvencia económica como para evitar sorpresas de que a los pocos meses deje de pagar las rentas y se tenga que acudir a un procedimiento judicial para poder obtener la recuperación posesoria, que se eterniza en el tiempo hasta obtener la recuperación. Pero no tanto solo por el trámite judicial, sino por los constantes decretos de prórrogas de ejecución de sentencias de desahucio que se están adoptando desde la salida del confinamiento por la covid-19, allá por el mes de junio de 2020, al haberse dictado decretos que van prolongando la ejecución del lanzamiento de estas sentencias si el arrendatario acredita situación de «vulnerabilidad», lo que a quien deja vulnerable es al arrendador, que ve como es el propio sistema de la Administración pública el que le impide la recuperación posesoria de su inmueble, causando un grave perjuicio al propietario, porque no puede obtener rendimiento económico a su inmueble, y, sin embargo, debe seguir pagando los gastos que ello le ocasiona, como puede ser el pago del préstamo hipotecario que pueda tener suscrito, el pago del IBI, los gastos de comunidad, las tasas de basuras, y, también, los gastos de servicios del inmueble si siguen estando a su nombre.

Esta situación de «inseguridad» de los arrendadores hace que el mercado de la oferta de vivienda se retraiga, porque si los propietarios de viviendas no ven seguridad, agilidad y rapidez en la recuperación posesoria, se verán abocados a no poner en circulación su inmueble, o a poner una serie de exigencias que llevará a unos pocos a poder arrendar, elevándose el precio de los inmuebles en alquiler si la oferta de estos es escasa.

No puede ser más lógico este planteamiento de los arrendadores de vivienda, ya que los propietarios no son los que deben proveer de viviendas a los ciudadanos que no pueden disponer de las mismas, sino que esta es misión de la Administración pública. Pero esta, lo que lleva a cabo es una función de postergar la entrega de las viviendas tras sentencia de desahucio con base en la prueba de la vulnerabilidad que puede que tenga el arrendatario. Pero ello no es culpa del propietario, y quien debe resolver las situaciones de vulnerabilidad de algunos ciudadanos es la Administración pública, no pudiendo recaer esta misión en los propietarios de viviendas que no están cobrando las rentas correspondientes fijadas en su contrato de alquiler.

Bajo esta filosofía básica de principio es preciso, hoy más que nunca, recuperar el registro de morosos del alquiler que se aprobó en la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, en su artículo 3, y que señala lo siguiente:

Artículo tercero. *Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.*

1. Se crea un Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler. Por real decreto se regulará su organización y funcionamiento.
2. Con la finalidad de ofrecer información sobre el riesgo que supone arrendar inmuebles a personas que tienen precedentes de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta en contratos de arrendamiento y que, por dicho motivo, hayan sido condenadas por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del artículo 250.1.1.º o del artículo 438 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el secretario judicial correspondiente remitirá dicha información al Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.
3. En el mismo sentido, los órganos de arbitraje competentes deberán poner en conocimiento de dicho Registro los datos relativos a aquellas personas que hayan sido declaradas responsables del impago de rentas de arrendamientos, por medio de laudo arbitral dictado al efecto.
4. Tendrán acceso a la información obrante en el Registro, los propietarios de inmuebles que deseen suscribir contratos de arrendamiento sobre los mismos, sean personas físicas o jurídicas. A tales efectos deberán presentar una propuesta de contrato de arrendamiento en la que se identifique al eventual arrendatario, limitándose la información a la que tendrá derecho, a los datos que consten en el Registro, relacionados exclusivamente con dicho arrendatario.
5. Las personas incluidas en el Registro podrán instar la cancelación de la inscripción cuando en el proceso correspondiente hubieran satisfecho la deuda por la que fueron condenadas. No obstante, la constancia en el citado Registro tendrá una duración máxima de seis años, procediéndose a su cancelación automática a la finalización de dicho plazo.

6. La inscripción a la que se refiere este artículo estará, en todo caso, sujeta a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La cuestión es que este registro de morosos del alquiler se incluyó en el artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio; se llegó a crear una comisión para su desarrollo y puesta en práctica, pero no llegó a aprobarse el decreto que permitiera su implantación definitiva, en virtud de lo cual los letrados de la Administración de Justicia mandaron a este registro las certificaciones de las condenas de desahucio por falta de pago y procesos acumulados. Ello es lo que hubiera permitido tener un control exacto de las situaciones de morosidad para controlar quién deja de pagar sus rentas y diera a los arrendadores información de morosidad para evitar contratar con quien ya había demostrado que no paga sus rentas, y ha obligado ya a un arrendador a acudir a un procedimiento judicial. Con esta información se evita la «cadena» constante de procedimientos judiciales que se incoan por estos casos, ya que existen muchos supuestos de «reincidencia» en el impago, ya que tras haberse producido el lanzamiento en los supuestos en donde no concurre situación de vulnerabilidad, en donde ahora se están concediendo prórrogas de lanzamiento, es reiterada esta situación de impago, lo que viene a encadenar otro procedimiento judicial de desahucio.

Como estamos manteniendo, 10 años después de que se hubiera aprobado la Ley 4/2013, de 4 de junio, es absolutamente necesario que se apruebe y publique este decreto que tienda a transmitir seguridad jurídica a los arrendadores, y que se pongan en circulación arrendaticia más inmuebles en alquiler ante la confianza de los arrendadores de disponer de una buena fuente de información acerca de quiénes ya han sido condenados por impago de rentas, y siguen manteniendo su deuda en un juzgado, y, por ello, no han cancelado su inscripción en el registro. Esta información es categórica, ya que si la persona que aspira a contratar con el arrendador no está en el registro, al menos le da al arrendador una información positiva de que no hay antecedentes por impago, y que existe la presunción de que es una persona que pagará puntualmente sus rentas por haberlo hecho antes, salvo que, ahora, circunstancias sobrevenidas de pérdida de puesto de trabajo determinen que no pueda hacerlo.

2. ¿Por qué es preciso poner en práctica este registro de morosos del alquiler?

2.1. Una necesidad práctica de crear el registro por decreto cuanto antes

La respuesta a esta pregunta que ponemos encima de la mesa es muy clara, puesto que es necesario transmitir mecanismos e instrumentos de confianza a los arrendado-

res, a fin de otorgar elementos para que puedan conocer mejor «los antecedentes» de sus posibles arrendatarios de futuro que deseen contratar con ellos sobre un inmueble, y se conozca si han dejado de pagar sus rentas en otros contratos de arrendamiento previos, evitando, con ello, un costoso y largo procedimiento de nuevo ante un posible impago de pensiones.

Este registro público alerta de la existencia de antecedentes de impagos previos, de tal manera que si en el registro público que se habilite al efecto con base en esta reforma del año 2013 consta que el posible arrendatario tiene antecedentes por impago de rentas con base en el envío en su momento de la certificación del letrado de la Administración de Justicia de la sentencia condenatoria, el arrendador no realizará el contrato de arrendamiento, porque ya tiene información exacta y fehaciente de que ya dejó de pagar su posible arrendatario a otro arrendador las rentas de otro contrato. Y nótese que este decreto está todavía pendiente de desarrollar en el año 2023, nada menos que 10 años después, para aprobar un decreto de desarrollo del artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio.

La solución, pues, pasa por crear un registro central en el Ministerio de Fomento, en donde se hicieran constar las anotaciones referidas a aquellas sentencias judiciales en donde una persona hubiera sido condenada por un procedimiento de desahucio por falta de pago, bien en la modalidad simple del artículo 250.1.1.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), o en el proceso acumulado del artículo 437.4.3.º de la LEC¹.

Hay que recordar que las estadísticas judiciales sobre procedimientos de desahucio por falta de pago nos permiten efectuar un análisis de la situación arrendaticia ante los supuestos de impago, y en este sentido, los datos del CGPJ reflejados nos ofrecen que en el año 2022 se llevaron a cabo 31.000 lanzamientos derivados del impago del alquiler, un – 1,99% en relación con el año anterior 2021.

Pero las noticias sobre estadísticas demuestran, por ejemplo, que el año 2021 se presentaron un total de 41.359 desahucios en España, un 30 % más que en 2020. Pero en comparación con el año 2019, es decir, con la prepandemia, los lanzamientos se redujeron un 25 %, y ello en razón a los sucesivos decretos de prórroga de los lanzamientos para quienes acrediten situación de vulnerabilidad, lo que ha llevado a la ralentización de la devolución de la posesión a los arrendadores que habían demandado, lo que produce un retraimiento lógico de la puesta en el mercado de alquiler de inmuebles por arrendadores que tienen miedo que les pase esta situación y se vean obligados a acudir a un pro-

¹ «La acumulación de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicios de desahucios de finca por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, con independencia de la cantidad que se reclame. Asimismo, también podrán acumularse las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario previo requerimiento de pago no satisfecho».

cedimiento judicial por impago, y que no puedan recuperar su inmueble si su arrendatario acaba en situación de vulnerabilidad y puede ampararse en los decretos de prórrogas de suspensión de lanzamientos.

Dado que estas medidas de suspensión de lanzamientos empezaron en el año 2020 con la pandemia, esto provocó que en 2020 el número total de personas que fueron desalojadas de su vivienda fuera 29.406, casi la mitad que en 2019.

Con ello, las sentencias dictadas cada año en procedimientos derivados de impago de rentas deberían ir accediendo a este registro, que ya está incluido y redactado en el antes citado artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, pero que está pendiente de desarrollo por un decreto, como consta en el artículo 3 de la citada ley en su apartado 1.º. Diez años han pasado desde su aprobación sin que este registro se haya creado.

Por ello, el objetivo de estas líneas es recordar la urgencia de la creación de este registro, que tiene una finalidad claramente preventiva, tendente a conseguir que los arrendadores que ponen en circulación su inmueble tengan garantías adicionales a la hora de arrendarlo a un tercero que, aunque en apariencia pueda demostrar cierto índice de solvencia, vaya a dejar de pagar a los pocos meses de haberlo ocupado. Con ello, llegado el caso de que una persona se planteara arrendar su inmueble y pudiera tener conocimiento de que el interesado en contratar el arrendamiento fuera uno de los que están inscritos en ese registro que se propone, se ahorraría el procedimiento judicial posterior si pudiera conocer sus antecedentes, al haber sido ya condenado por falta de pago de la renta, y, *a sensu contrario*, tendría más tranquilidad de conocer que quien desea contratar el arrendamiento no tiene antecedentes por falta de pago de la renta, ya que lo que se propone en estas líneas es la posibilidad de obtener los arrendadores certificados negativos de la constancia en el registro central de inscripción de sentencias firmes de desahucio mediante el conducto de los organismos o instituciones a los que se pueda habilitar para interesar al registro la información negativa antes expuesta.

Cierto y verdad es que, de todos modos, en la actualidad, y sobre todo tras la acuciante situación de crisis económica que afecta indudablemente al sector inmobiliario de adquisición y también alquiler de viviendas, se está recomendando el reforzamiento de las garantías adicionales que deben adoptarse por parte de los arrendadores a la hora de alquilar sus inmuebles.

Es cierto que es preciso recurrir ahora a medidas complementarias a la mera fianza que se exige con carácter obligatorio en el arrendamiento de vivienda y de local de negocio, tales como el aval o la póliza de seguro. Respecto del primero, cierto y verdad es que refuerza la tranquilidad en el cobro del arrendador, ya que podría incluir en el aval el aseguramiento de la renta pactada durante el periodo de un año, de tal manera que en el caso de dejar de abonar las rentas y acudir al procedimiento judicial, prácticamente tendría la seguridad de que cobrará con el aval el tiempo estimado en el que se pueda recuperar la

posesión. En esta vía se recomienda, incluso, la existencia del aval a primer requerimiento como el más ágil y eficaz. Otra medida complementaria es la suscripción de una póliza de seguro, a abonar su prima por el arrendatario, en la que se asegura que en el caso de dejar de pagar las rentas el arrendatario, sería la aseguradora la que cubriría el período pactado que, igualmente, lo sería por un año. Se trata de medidas que en la actualidad ya están muy extendidas como complemento a la prestación de una fianza que marca la LAU en el artículo 36, pero no a estas citadas, ya que ello suponen un gasto adicional a cubrir por el arrendatario por pacto. Sin embargo, la situación actual aconseja garantizar los contratos de arrendamiento con estas coberturas, ante la previsibilidad de que circunstancias coyunturales de trabajo en el arrendatario le lleven a dejar de pagar las rentas.

En cualquier caso, hay que recordar que el artículo 36.5 de la LAU señala que:

5. Las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias adicional a la fianza en metálico.

En el caso del arrendamiento de vivienda, en contratos de hasta cinco años de duración, o de hasta siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el valor de esta garantía adicional no podrá exceder de dos mensualidades de renta.

Este es el límite del importe de estas garantías adicionales.

Todas estas medidas de autoprotección del arrendador en las que tiene que colaborar la Administración pública mediante la exigente aprobación de este decreto de desarrollo de la Ley 4/2013, de 4 de junio, son necesarias para sacar a la luz un importante número de viviendas, ante el reforzamiento de la confianza de los arrendadores en el sistema, ya que en la actualidad las constantes prórrogas de lanzamiento tras sentencias de condena en casos de impago corren y operan en contra de querer reforzar esa garantía.

Hay que apuntar que existe un importante volumen de arrendatarios que actúan con mala fe y aparentan una inicial solvencia al arrendador para más tarde dejar de abonar las rentas, obligando a los arrendadores a iniciar un proceso judicial que suele eternizarse, por los obstáculos que el arrendatario introduce de mala fe. Y ello mediante las dificultades que ofrece a «dejarse notificar» o a realizar con él cualquier acto de comunicación que tenga como resultado final el dictado de la sentencia ordenando la ejecución del lanzamiento, y que ahora se agudiza con las prórrogas de la suspensión de los lanzamientos en los desahucios con sucesivos decretos, que así lo están acordando en los dos últimos años, introduciendo desconfianza en el sistema por los arrendadores y retrayendo las cifras de las ofertas de inmuebles en el mercado de alquiler, lo que encarece los precios ante la reducción de la oferta.

Recordemos, de todos modos, que el artículo 155.3.2 de la LEC señala, para facilitar las notificaciones en los procedimientos de desahucio que:

Cuando en la demanda se ejercite una acción de aquellas a las que se refiere el número 1.º del apartado 1 del artículo 250, se entenderá que si las partes no han acordado señalar en el contrato de arrendamiento un domicilio en el que se llevarán a cabo los actos de comunicación, este será, a todos los efectos, el de la vivienda o local arrendado.

Pues bien, para evitar que el arrendador tenga que pasar por estas situaciones y que existan desaprensivos que se aprovechen de las lagunas del sistema, para agilizar la devolución de la posesión del inmueble a los arrendadores apostamos por la puesta en marcha de este registro central de morosos del alquiler, ya creado sobre el papel de la Ley 4/2013, de 4 de junio, y destinado a inscribir a aquellas personas que hayan sido condenadas por impago de rentas, a fin de evitar que los propietarios de inmuebles que los ponen en el mercado arrendaticio contraten con aquellos que ya han tenido el antecedente de obligar a un arrendador a impetrar el auxilio judicial para recuperar la posesión.

2.2. La existencia de registros centrales de control

También es cierto que existen detractores hacia la instalación de este tipo de registros por su posible afectación a la protección de datos y la vulneración de los derechos de los implicados. No obstante lo cual, entendemos que en modo alguno puede hablarse de la existencia de obstáculos legales para la creación de un registro de morosos del alquiler, por cuanto ya se han creado otros registros similares para efectuar idéntica función de control nada más que en otras materias.

Pero, además, el apartado 6.º del artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, señala que «la inscripción a la que se refiere este artículo estará, en todo caso, sujeta a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal»

Así, esta idea de implantar registros centrales para optimizar el espíritu y eficacia de otras normas recientemente aprobadas ha determinado, por ejemplo, que se aprueben y pongan en funcionamiento varios de ellos.

Pues bien, citando a algunos registros centrales que podrían equipararse al que ahora se postula que sea aprobado por decreto, destacamos a:

- a) Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro Central de Rebeldes Civiles.

El artículo 157 de la LEC prevé que en el Ministerio de Justicia exista un Registro Central de Rebeldes Civiles. Así, como se recoge en su propia exposición de motivos este re-

gistro tiene por objeto evitar que los tribunales reiteren innecesariamente las diligencias para averiguar el domicilio desconocido de una persona demandada en el proceso. La creación del Registro Central de Rebeldes Civiles agiliza significativamente los trámites del proceso, en cuanto evita que se repitan por el mismo tribunal en otro proceso, o por otros órganos judiciales, las mismas averiguaciones en relación con un mismo demandado cuyo domicilio se desconoce. La constancia en un registro centralizado de las pesquisas judiciales indagatorias sin resultado positivo permite al juez acudir directamente a la comunicación a través de edictos, con la economía en tiempo y actividad procesal que ello representa.

Si no existiera este registro central, se retrasarían otros procedimientos dirigidos contra la misma persona que ya ha sido declarada en rebeldía, reiterando de forma innecesaria diligencias de averiguación de domicilio que ya han sido practicadas en otro procedimiento civil anterior que han desembocado en un resultado negativo. Por ello, la inclusión en este registro del demandado permitirá optimizar las sucesivas reclamaciones que frente al mismo se presenten. Este registro está regulado en el Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, por el que se regula el Registro Central de Rebeldes Civiles.

b) Real Decreto 435/1992, de 30 de abril, sobre comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes y a la Oficina del Censo Electoral de las condenas que lleven aparejada privación del derecho de sufragio.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 37 y 39 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la formación del censo electoral, el Registro de Penados y Rebeldes comunica antes del 1 de febrero de cada año cualquier circunstancia que pueda afectar a la inscripción en el censo.

Por otra parte, el Real Decreto 159/1987, de 23 de enero, establece que el Registro de Penados y Rebeldes comunicará las inhabilitaciones para el ejercicio del derecho de sufragio acordadas en vía penal, así como los datos mínimos necesarios para la identificación inequívoca del elector.

Así, los órganos jurisdiccionales del orden penal y de la jurisdicción militar comunicarán al Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia las sentencias en que se impongan condenas que lleven aparejada la privación del derecho de sufragio.

c) Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo instrumen-

to de protección frente a las infracciones penales cometidas en el entorno familiar, que se caracteriza, como expresa su exposición de motivos, por unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela, de manera que «a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal», y permita a las distintas Administraciones públicas activar los distintos instrumentos de tutela.

El artículo 544 ter introducido en la Ley de enjuiciamiento criminal por la Ley 27/2003, de 31 de julio, contempla en su apartado 10 la inscripción de la orden de protección en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica², a cuyo fin la disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio, establece que

el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en aquel, asegurando en todo caso su confidencialidad.

La efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva orden de protección resulta facilitada a través de la existencia de un único Registro Central, en el que conste la referencia de todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación frente a un mismo inculpado por este tipo de infracciones, ya hayan sido dictadas para la protección física de la víctima contra agresiones o para regular la situación jurídica familiar o paterno-filial que relaciona a la víctima con el presunto agresor.

Con esta finalidad, este real decreto regula la organización y contenido del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta.

Asimismo, se regula en este real decreto, mediante una disposición adicional, el sistema de comunicación por los secretarios judiciales de los correspondientes órganos judiciales a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social, que prevé el apartado 8 del citado artículo 544 ter de la Ley de enjuiciamiento criminal, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio.

² «La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género».

d) Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales.

La adecuada publicidad del concurso de acreedores tiene gran importancia para el cumplimiento de los fines de la institución concursal. Esta importancia explica que la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, dedicara en su momento, hace ya 20 años, específicamente a esta materia tres artículos (artículos 23, 24 y 198) y que sean abundantes las referencias a la publicidad que aparecen dispersas en el articulado.

1. Asegurar la publicidad meramente informativa o «publicidad-noticia» de la declaración del concurso y de otras resoluciones que se dicten a lo largo del procedimiento (artículo 23).
2. Exige la correspondiente constancia registral en los registros jurídicos de personas y de bienes (artículo 24).
3. Prevé la existencia de un sistema que «asegure el registro público de las resoluciones dictadas en procedimientos concursales declarando concursados culpables y acordando la designación o inhabilitación de los administradores concursales» a través del Ministerio de Justicia (artículo 198).

En la actualidad, ello se regula en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, en los artículos 35, 36 y 37.

Ventajas de este registro en materia concursal:

- a) La inscripción en un registro público reviste a lo inscrito del carácter de verdad oficial, de manera que el Estado protege al tercero que confía en la apariencia tabular.
- b) El registro de resoluciones concursales proporciona una parcial publicidad informativa legal que no sufre la que suministran los registros de personas ni puede aspirar a cumplir su función.
- c) Asegurar mediante una única plataforma técnico-informática la transparencia informativa y la divulgación estadística más completas posibles de toda la información concursal relevante para el tráfico.
- d) Se pretende que la publicidad sea coherente y útil para los interesados; y se pretende también que, a través de un coordinado sistema de publicidad, las resoluciones judiciales más significativas del concurso de acreedores puedan difundirse por «medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine», como señala de modo expreso la ley, garantizando, al mismo tiempo, la seguridad y la integridad de las comunicaciones.

- e) El real decreto no solo garantiza el acceso público y gratuito en equivalentes condiciones a sendos sistemas de publicidad legal en internet de las resoluciones concursales, sino que también asegura su coordinación.

3. Mecánica de puesta en marcha del anhelado registro central de inscripciones de sentencias firmes de desahucio

Hemos puesto de manifiesto que la situación actual de inseguridad económica debe llevarnos a reforzar los sistemas de garantía que permitan a las personas que van a iniciar un vínculo contractual con otra estar alerta de posibles antecedentes de reiteración en la morosidad, a fin de evitar que existan nuevas «víctimas civiles» por parte de quienes ya han sido condenados en sentencia firme por dejar de abonar las rentas pactadas en un contrato de arrendamiento. Y no se trata con este registro de penalizar o criminalizar la situación por la que puede atravesar una persona que en momentos de crisis económica se ve obligado a dejar de abonar las rentas que abona por no disponer de capacidad económica para hacer frente a sus deudas, sino de la situación de morosidad reiterada en la que incurren muchas personas, que bajo una aparente solvencia acaban por dejar de abonar sus rentas.

¿Cuál es la regulación que se plasmó en la Ley 4/2013, de 4 de junio? La hemos precisado en el epígrafe 1 de este artículo (véase página 5):

Así las cosas, debemos dejar sentado que los parámetros sobre los que debería girar la implantación de este registro serían los siguientes:

- a) Personas que deberían ser inscritas en el registro central de inscripciones de sentencias firmes de desahucio.

Dado que el objeto del registro es controlar a las personas que han obligado al arrendador a impetrar un procedimiento judicial, tan solo deben incluirse en el registro las personas que hayan sido condenadas por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del artículo 250.1.1.º de la LEC o del artículo 437.4.3.º de la LEC de acumulación de desahucio y reclamación de rentas. Ello conlleva a que la mera situación de impago no determina el acceso al registro, ya que el arrendatario puede pactar con el arrendador una moratoria en el pago, o bien entregar las llaves en el plazo de prórroga permitido por el arrendador, pero siempre permitiendo a este recuperar el inmueble en un plazo razonable.

Por otro lado, tan solo se accedería al registro por sentencia firme, de tal manera que la mecánica consistiría en que si la sentencia es recurrida, una vez se dicte el auto de firmeza de la sentencia, a su vez, el órgano judicial, por medio de su letrado de la Administración de Justicia, remitiría para su anotación la referencia del condenado para su inscripción en el registro central citado.

Este sistema es idéntico al que consta en el Real Decreto 355/2004, de 5 marzo (regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica), que ha sido modificado por el Real Decreto 660/2007, de 25 de mayo, en relación con el acceso a la información contenida en el registro central. Así, en el artículo 8.1 del citado real decreto se especifica que el acceso a la información contenida en el registro central quedará limitado a los órganos judiciales, Ministerio Fiscal, en esencia, y la sistemática para su acceso lo verifica mediante el correspondiente secretario judicial y de aquellos funcionarios adscritos a la oficina judicial por él designados.

Consta en el artículo 3.2 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, que sobre la inscripción en el registro de quienes

hayán sido condenados por sentencia firme en un procedimiento de desahucio del artículo 250.1.1.º o del artículo 438 (ahora 437.4.3.º) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el secretario judicial correspondiente remitirá dicha información al Registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

Con ello, con sentencia de desahucio dictada y no recurrida y con la de condena confirmada por la audiencia provincial se remitirá al registro por el letrado de la Administración de Justicia certificación de la sentencia condenatoria.

b) La remisión de la inscripción se verifica por conducto del letrado de la Administración de Justicia.

Al igual que se lleva a cabo con el Registro central de medidas cautelares en la violencia de género, los letrados de la Administración de Justicia serían los encargados de acceder a este registro por remisión de la certificación de la firmeza de la sentencia de condena y anotación de una persona en el mismo. Por ello, en este registro se recibirán las certificaciones de los letrados por las condenas de desahucio existentes, y ello en virtud de un desarrollo de la implantación de este registro central por un real decreto, al que remitirían los datos de la persona que ha sido condenada por una sentencia de desahucio por falta de pago, bien por la vía del artículo 250.1.1.º o bien del 437.4.3.º de la LEC.

c) Posibilidades de cancelación de la inscripción.

Se recoge en el apartado 5.º del artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, que:

Podrán instar la cancelación de la inscripción cuando en el proceso correspondiente hubieran satisfecho la deuda por la que fueron condenadas. No obstante, la constancia en el citado Registro tendrá una duración máxima de seis años, procediéndose a su cancelación automática a la finalización de dicho plazo.

Ello quiere decir que para cancelar la inscripción deben pagar «todo lo que ha dejado de pagar», sea un procedimiento o varios, de tal manera que si no abonan la deuda en su totalidad a uno o varios arrendadores, no se les podrá cancelar su inscripción.

No obstante, se introduce un plazo máximo de presencia en el registro de seis años. Con ello, tienen un plazo para pagar sus deudas de seis años, pero si no pagan, no podrán alquilar, porque cualquier arrendador podrá consultar el registro y cerciorarse de que está allí inscrito quien aspira a contratar sobre un inmueble.

Así, el interesado que quisiera darse de baja en ese registro podría hacerlo mediante el pago de la deuda que tuviere en el procedimiento judicial por el que se le ha condenado por impago de las rentas, de tal manera que debería consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial la suma que adeuda, y en este caso el letrado de la Administración de Justicia, del mismo modo que lo inscribió, procedería a su cancelación. En su defecto, se fija un periodo de seis años desde la inscripción, transcurrido el cual podría interesar la cancelación de la inscripción o llevarse a cabo de oficio.

d) Forma de que los propietarios accedan a esta información registral.

Señala el apartado 4.º del artículo 3 de la Ley 4/2013, de 4 de junio, que:

Los propietarios de inmuebles que deseen suscribir contratos de arrendamiento sobre los mismos, sean personas físicas o jurídicas. A tales efectos deberán presentar una propuesta de contrato de arrendamiento en la que se identifique al eventual arrendatario, limitándose la información a la que tendrá derecho, a los datos que consten en el Registro, relacionados exclusivamente con dicho arrendatario.

De esta manera, acudirán al registro con un documento donde consten los datos del posible arrendatario y la referencia del inmueble que se desee arrendar, a fin de que sobre ese arrendatario se expida certificación registral acerca de si consta inscrito, o no.

e) Esta inscripción no vulnera la actual Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

En modo alguno puede entenderse que este registro vulnera la protección de datos de las personas, ya que, como antes se ha señalado, existen otros registros con la misma finalidad y con una regulación avalada por protección de datos. Así las cosas, la propia Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, permite y habilita la creación de estos registros, y en el propio artículo 26, que lleva por rúbrica «Tratamien-

to de datos con fines de archivo en interés público por parte de las Administraciones Públicas», señala que:

Será lícito el tratamiento por las Administraciones Públicas de datos con fines de archivo en interés público, que se someterá a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica con las especialidades que se derivan de lo previsto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso, así como la legislación autonómica que resulte de aplicación.

Con todo ello, al menos, el arrendador tendría una cierta confianza en la inexistencia de antecedentes por morosidad de rentas en procedimientos previos que hubiera obligado a interponer por la posible falta de pago en contratos anteriores.

4. Conclusión

Las ventajas de la implantación del registro son enormes y este sistema posibilita que se incremente la oferta de inmuebles en alquiler, reforzando las garantías para que los arrendadores tengan la inicial seguridad de que quien con él quiera contratar no tiene antecedentes por morosidad arrendaticia.

Vemos, por ello, que las ventajas de la implantación del registro son enormes y que este sistema introduce en el parque del arrendamiento nacional la posibilidad de que los arrendadores que prefieren dejar su inmueble cerrado sin arrendar lo pongan en circulación y, con ello, se incremente la oferta de inmuebles en alquiler, y un reforzamiento de las garantías en el arrendamiento para que los arrendadores, además de las que pueden haber adoptado, como las expuestas de la obligatoria fianza o el aval y la póliza de seguro, tengan la inicial seguridad de que quien con ellos quieran contratar no tiene antecedentes por morosidad arrendaticia.

El registro se asemeja a otros que existen en la actualidad y que tienen una finalidad preventiva y de control en materia de incumplimientos.

La actual desconfianza que tienen los arrendadores es lógica, habida cuenta de que por muchas reformas procesales que se introduzcan, y que siempre vendrán muy bien para intentar agilizar la tramitación de los juicios por desahucio por falta de pago, siempre será mejor que el arrendador se prevenga de contratar con aquellas personas que ya han demostrado que han obligado a otros arrendadores a impetrar el auxilio judicial para recuperar la posesión de su inmueble. No se trata de inscribir en este registro a quien deje de



pagar las rentas de un inmueble, sino a quien obliga a los arrendadores a tener que acudir a la justicia para que se les obligue, mediante el lanzamiento judicial, a entregar la vivienda o local de negocio al arrendador.

El acceso a este registro lo será para quien deje de abonar sus rentas pactadas y sin pactar la entrega con el arrendador le obstaculice la recuperación posesoria, exigiéndole que tenga que ser en un procedimiento judicial donde se fije la obligación de salir del inmueble, lo que, además, lleva consigo que no lo hacen en la mayoría de los casos hasta que no hay lanzamiento por la comisión judicial.

La existencia del registro permite al propietario conocer que su posible arrendatario no tiene antecedentes por impago, una información muy importante hoy en día que transmite «confianza» al arrendador, algo fundamental hoy en día para potenciar el incremento de la oferta de pisos de cara al mercado del alquiler y la consiguiente bajada de precios ante el incremento de la oferta de viviendas.



El debate actual sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y sus posibles repercusiones en el contencioso-administrativo español

Tomás A. Arias Castillo

Abogado y profesor de Derecho Público y de Filosofía del Derecho

ariascastillo@ufm.edu | <https://orcid.org/0000-0003-2715-6294>

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito Domínguez, don José Damián Irazo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

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

Extracto

El presente trabajo consta de dos partes. En la primera parte, se hace una crítica de las instituciones del derecho administrativo, a la luz de los postulados liberales del Estado de derecho (en el plano político) y del Estado mínimo (en el plano económico) para poner en contexto el problema de la tutela judicial de los derechos y garantías particulares frente a la Administración. Y en la segunda parte, se muestra el estado del debate en los Estados Unidos sobre el llamado *Estado administrativo*, esto es, el conjunto de órganos y agencias gubernamentales de ese país, cuya actuación parece haber desbordado el marco de la Constitución y ha llegado al punto de lesionar los derechos y garantías particulares. El caso norteamericano se pone como ejemplo para analizar la situación actual del contencioso-administrativo en España, el cual no ha sido capaz de configurar un auténtico proceso judicial frente a la Administración pública, y con ello verificar que –tanto en los Estados Unidos como en España– el problema radica en la consagración de prerrogativas a favor de la Administración pública, tanto en sede administrativa como en sede judicial. Finalmente, el autor prevé el posible impacto que tenga en España el debate sobre el Estado administrativo en los Estados Unidos.

Palabras clave: Estado administrativo; contencioso-administrativo; derecho administrativo comparado; prerrogativas; derecho administrativo liberal.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 10-02-2023

Cómo citar: Arias Castillo, T. A. (2023). El debate actual sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y sus posibles repercusiones en el contencioso-administrativo español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 55-90. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.11577>



The current debate on the administrative state in the United States and its possible repercussions on Spanish administrative justice

Tomás A. Arias Castillo

Abstract

This article has two parts. On the first part, there is a critique of administrative law institutions, on the light of liberal principles such as the rule of law (political sphere) and the minimum State (economic sphere), in order to put into context the general problem of the judicial protection of rights and guarantees against public Administration. The second part shows the status of the debate on the *administrative state* in the US –i. e. on the government bodies and agencies which seem to have gone beyond the original framework of the Constitution, reaching the point of affecting individuals' rights and guarantees. The American case is shown as an example to also analyze the current situation of administrative justice in Spain, where it has not been possible to establish legally an authentic trial to confront public Administration's actions and omissions, verifying that both in the US and Spain, the problem still is the existence –both at administrative and judicial levels– of prerogatives in favor of public Administration. Finally, the autor foresees the possible impact in Spain of the current US debate on the administrative state.

Keywords: administrative state; administrative justice; comparative administrative law; prerogativas; libertarian administrative law.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2023 / Published: 10/02/2023

Citation: Arias Castillo, T. A. (2023). El debate actual sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y sus posibles repercusiones en el contencioso-administrativo español. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 55-90. <https://doi.org/10.51302/celegal.2023.11577>

Sumario

1. Introducción
2. Primera parte. Algunas ideas-fuerza sobre el derecho administrativo liberal
 - 2.1. La teoría general del derecho administrativo
 - 2.1.1. La Administración pública como persona jurídica
 - 2.1.2. Sobre la visión «sincrética» del derecho administrativo («equilibrio entre prerrogativas y derechos»)
 - 2.1.3. El derecho administrativo y su (falta de) perspectiva histórica
 - 2.1.4. Constitucionalismo y derecho administrativo
 - 2.1.5. La confusión derecho-justicia en el derecho administrativo contemporáneo
 - 2.2. Derecho administrativo económico
 - 2.2.1. La distinción entre sociedad civil y Estado
 - 2.2.2. Derechos sociales y administración prestacional
 - 2.2.3. La Administración pública debe concurrir en igualdad frente a los particulares
 - 2.2.4. La privatización en materia de gestión
 - 2.2.5. Es necesario detener la expansión del sector público y cortar el círculo vicioso policía-regulación-gestión pública
 - 2.3. Las garantías de los particulares frente a la Administración pública
 - 2.3.1. Los órganos y agencias administrativas irrespetan los derechos individuales
 - 2.3.2. La autotutela administrativa ha de ser la excepción y nunca la regla
 - 2.3.3. No existe justificación para la existencia separada del contencioso-administrativo
 - 2.3.4. Los jueces deben tener los mismos poderes para juzgar y ejecutar lo juzgado, independientemente de quienes sean las partes en juicio
 - 2.3.5. La doctrina sobre la deferencia judicial hacia la Administración pública convierte al derecho en plastilina
3. Segunda parte. El debate sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y la situación del contencioso-administrativo en España
 - 3.1. El *administrative state*, o los orígenes antiliberales del derecho administrativo estadounidense
 - 3.2. El debate doctrinal actual: sus vertientes dogmáticas y filosóficas
 - 3.3. La situación actual en España: ¿es el contencioso-administrativo un proceso o un control sobre la Administración pública?
 - 3.4. Sobre las repercusiones que puede tener en España el debate sobre el *administrative state*



4. Conclusiones

Referencias bibliográficas

Nota: El presente artículo constituye una versión del trabajo final de máster (TFM) presentado por el autor en el Máster Universitario en Práctica de la Abogacía de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, el 30 de octubre de 2022, el cual fue defendido y calificado (10/10) el 16 de noviembre de 2022 y cuyo director fue el profesor doctor Alfredo Alcañiz Rodríguez.

1. Introducción

El presente documento constituye una muestra del lugar que ocupa el derecho administrativo entre mis cavilaciones generales sobre el derecho, así como una reflexión sobre el derecho administrativo, si se quiere teórica, pero también a la luz de mi preocupación práctica por ejercer esta rama del conocimiento jurídico en España, luego de 20 años de experiencia profesional y académica en Venezuela.

Desde incluso antes de graduarme como abogado en la Universidad Central de Venezuela (28 de noviembre de 2002), ya tenía claro que me dedicaría al derecho administrativo, al ser la rama del derecho público que más problematizaba, día a día, caso a caso, las tensiones entre autoridad y libertad, en el marco de las sociedades hiperreguladas actuales. Parte de mi interés radicaba en que el derecho administrativo normaba un sinnúmero de situaciones, las cuales podían ir desde asuntos relacionados con la descentralización política y administrativa, pasando por casos sobre tráfico de vehículos y llegando hasta cuestiones urbanísticas. Ello me daría –así pensaba yo– no solo más campo de trabajo, sino una capacidad de analizar los más variados e interesantes casos legales, con la ventaja, además, de la relativa novedad del derecho administrativo frente a otras ramas como el derecho civil, el derecho penal o, incluso, el derecho laboral.

Lo que no entendía bien entonces (aún intento entenderlo bien hoy) es que:

- a) Esa multiplicidad y variedad de casos en los cuales resulta aplicable el derecho administrativo no era sino la evidencia de que la Administración pública –su organización, sus valores, sus fines y su interés, el llamado *interés público*– había penetrado e interferido prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas relevantes, incluso las anteriormente consideradas propias de la autonomía de la voluntad privada.
- b) El derecho administrativo contemporáneo ha venido construyendo un relato explicativo, pero también justificativo, de esa omnimoda presencia de la Administración pública en la sociedad, normalmente aduciendo un supuesto equilibrio entre prerrogativas del poder público, por una parte, y derechos, libertades y garantías de los particulares, por otra parte, cuando, bien analizado dicho relato, la verdad es que casi siempre se inclina a favor de dichas prerrogativas y en muy pocas ocasiones lo hace para favorecer derechos, libertades y garantías de los particulares administrados.

- c) El derecho administrativo es un producto de su tiempo y, por tanto, surgió, se desarrolló y se consolidó en un periodo de crecimiento del Estado, un periodo (siglo XIX y tres cuartas partes del siglo XX) en el que incluso la soberanía estatal fue un atributo indisputado y que permitía a los Estados producir regulaciones a lo interno, prácticamente sin límites.

Condensando un poco las anteriores observaciones, y luego del transcurso del tiempo, llegué a la conclusión de que quizás el derecho administrativo echaba de menos contrastar *de verdad* ese relato favorable a las prerrogativas de la Administración con otro relato alternativo sobre la burocracia y sobre el propio derecho administrativo, hecho desde el liberalismo, esto es, la doctrina o concepción del mundo que pone a la libertad como valor absoluto y que, en el plano práctico, comporta sostener: (a) el Estado limitado, o Estado de derecho, como ideal jurídico y político; y (b) el Estado mínimo, como el ideal desde el punto de vista económico¹.

En la primera parte de este trabajo, realizo un esbozo de las que considero ideas-fuerza de ese segundo relato, el relato liberal, el cual suele ser desconocido o muy poco empleado dentro del derecho administrativo. Se trata de ideas escritas desde mi reflexión individual, aun cuando, obviamente, hallan eco e inspiración no solo en los pensadores liberales clásicos y contemporáneos, sino también en parte de las críticas a lo interno del derecho administrativo, especialmente donde aparecen fallas, tanto teóricas como teleológicas, en la aproximación hacia las relaciones jurídico-administrativas.

La razón de esa primera parte es ver que las evaluaciones y críticas que hacemos a aspectos parciales del derecho administrativo –como en el caso del presente trabajo, relacionadas con la tutela judicial de derechos, libertades e intereses frente a la Administración pública– se encuentran en un contexto más amplio, que no es otro sino el de criticar la *permanente justificación*, desde el derecho administrativo, de una supuestamente necesaria superposición de la Administración pública frente a los particulares. Por eso, dichas ideas-fuerza tienen su aplicación en tres ámbitos: (a) la teoría general del derecho administrativo, (b) el derecho administrativo económico y (c) las garantías de los particulares frente a la Administración pública.

En la segunda parte de este trabajo, hacemos una exposición del estado actual del debate en los Estados Unidos de América sobre lo que allí llaman Estado administrativo (*administrative state*), lo cual, para nosotros, en la tradición jurídica europea continental, viene a significar la influencia y penetración del derecho administrativo en el contexto del *common law* angloamericano, la relativa pérdida de poder y significación de los jueces y la construc-

¹ En 2018, luego de conversar sobre este asunto entre abogados administrativistas, surgió una invitación para escribir un pequeño artículo para el Cato Institute, sobre los dos relatos sobre el poder de las burocracias. Véase: <https://www.elcato.org/la-tarea-de-los-liberales-y-los-dos-relatos-sobre-el-poder-de-las-burocracias>

ción de sus precedentes frente a la proliferación de agencias administrativas federales, así como la análoga pérdida de poder y significación cultural tradicional de los abogados frente a los expertos, técnicos y burócratas federales.

La justificación de la exposición del caso estadounidense radica no solo en la singularidad o la gran importancia política y económica de los Estados Unidos de América, sino también en el hecho de que el debate que allí se da hoy en día podría ser influyente en el curso que tome la regulación administrativa en otras partes del mundo y, si es así, ello también traerá sus repercusiones en la forma como se expone y enseña el derecho administrativo, no solo en los países del *common law*, sino también en los países del derecho civil, codificado o legislado.

Aparte de ello, la justificación de comparar la situación española con la estadounidense se encuentra en el hecho de poder ver los rasgos comunes y diversos que tienen la aproximación al derecho administrativo como análisis y contraste entre las prerrogativas del Estado, por un lado, y los derechos, libertades y garantías de los particulares, por el otro. No tengo la menor duda de que el debate sobre el *administrative state* es un debate entre Estado y sociedad civil, entre Estado intervencionista/planificador y Estado mínimo, entre centralización administrativa y federalismo, así como entre Estado soberano y Estado de derecho.

La situación del contencioso-administrativo, esto es, de la regulación de los pleitos judiciales con la Administración pública, se da en un contexto político, económico, social y jurídico. Veamos el muy reciente caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency –EPA–* (30 de junio de 2022) suscitado en el Tribunal Supremo de Justicia estadounidense, en el marco del debate sobre el Estado administrativo². Ya se sabe que una mayoría (6-3) de los miembros de dicho tribunal está a favor de desmontar la lógica de unos precedentes que previamente consagraron casi absoluta deferencia (*Chevron deference*, como veremos más adelante) hacia los dictados de las agencias administrativas federales, no solo en materia de hechos, sino incluso sobre los alcances y límites de las competencias de dichas agencias. Esa deferencia es la misma que tenemos en el sistema europeo continental a través del tratamiento como *acto administrativo*, esto es, de acto jurídico ejecutivo y ejecutorio, de cualquier manifestación de voluntad de la Administración Pública; de la asunción de un principio *favor acti*, o una supuesta presunción de legalidad y legitimidad de dicho acto administrativo con el objeto de preservar su validez y vigencia; con doctrinas sobre los límites para controlar el ejercicio de potestades discrecionales o sobre el carácter excepcional de las medidas cautelares; o mediante el postulado de la inembargabilidad de los bienes públicos para, así, hacer inejecutables en la práctica las sentencias favorables a los particulares administrados.

En el caso de *West Virginia v. EPA*, el Tribunal Supremo dio un golpe certero al Estado administrativo al señalar que la agencia en cuestión (la Agencia de Protección del Ambien-

² Cfr. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62011019>, <https://www.independentespanol.com/noticias/usa-clima-corte-epa-suprema-b2113069.html>

te) no podía dictar la regulación específica sobre calidad del aire, dado que no contaba con suficiente habilitación legislativa del Congreso para tal fin. Con ello se da mucha mayor concreción al requerimiento de un *principio inteligible* o *principio discernible* a partir del cual debe producirse la regulación y desmonta uno de los presupuestos del Estado administrativo contemporáneo: que para producir decisiones gubernativas legítimas basta con que estas sean generadas por parte de los técnicos y expertos de la Administración, quienes vendrían a ser los verdaderos concededores del estado de la ciencia y de la técnica en la sociedad actual, a diferencia de los legisladores y jueces, quienes solo siguen una lógica política «formal», y de los propios técnicos de las empresas y de la sociedad civil, quienes solo servirían a intereses particulares.

La decisión del Tribunal Supremo, a mi juicio, reposiciona al Estado de derecho como principio cardinal, en especial en lo atinente a la separación de poderes y a la garantía de los derechos a la libertad económica y a la propiedad privada. No hace falta entrar en consideraciones de contenido, sobre la idoneidad y la pertinencia de la regulación en materia de calidad del aire, o si tal regulación era la apropiada para obtener los resultados del actual gobierno del Partido Demócrata en materia de lucha contra el cambio climático antropogénico. Solo bastaba ver si la EPA contaba en verdad con un *principio discernible*, otorgado previamente por el Congreso, para regular dicha materia a nivel federal. Esta sentencia muestra, además, que el debate sobre el Estado administrativo no es una forma de «lucha agónica», o «lucha entre el bien y el mal». La mayoría sentenciadora no «eliminó», ni «erradicó» al Estado administrativo, sino que lo puso dentro de los límites del liberalismo: Estado de derecho (plano político y legal) y Estado mínimo (plano económico).

Volvamos a la introducción de la segunda parte del trabajo, luego del excursus –a mi juicio importante– sobre el reciente fallo *West Virginia v. EPA*. Es importante analizar este debate sobre el *administrative state* para ver cómo se sitúa el derecho administrativo en general, y cómo lucen las instituciones jurídico-administrativas españolas a la luz de dicho debate. He querido mostrar la deriva filosófica de tal debate, pues, corroborando mi intuición, en estos temas se puede bien empezar a discutir sobre una amplitud de cuestiones (*v. gr.* el cambio climático, las regulaciones para mejorar la calidad del aire, erradicar los gases de efecto invernadero o cumplir las metas fijadas por los distintos países para los años 2030 y 2050, producto del Acuerdo de París), pero terminaremos discutiendo sobre si el modelo regulatorio de un país es respetuoso o no con la libertad individual, si respeta la separación de poderes y los derechos fundamentales de las personas.

El debate sobre el Estado administrativo muestra no solo cómo los defensores maximalistas de aquel tienen parcial o total desdén hacia el Estado de derecho o hacia la economía de mercado, sino que, incluso, quienes, alternativamente, proponen una visión histórica del fenómeno lo hacen en defensa de la libertad individual. Sin ser reduccionistas o simplificadores, pareciera que no es posible situarse en este debate sin una concepción sobre la libertad individual. Incluso, en términos generales y no solo con relación a la realidad estadounidense, parece que ello es así. Por eso, por su alcance general, este debate jurídico y

filosófico, a nuestro juicio, resulta útil para analizar y comprender mejor la situación de las instituciones españolas y de otros países.

La democracia española (1978) es más joven que la democracia venezolana (1961-1998), lugar de donde yo vengo. Cuando estudiábamos las obras de Entrena Cuesta, Garrido Falla, García de Enterría, González Pérez, Nieto, Parada o Parejo, se nos decía que «España tenía Estado de Derecho, pero no tenía democracia». Y ello parecía cierto, precisamente, por obra del derecho administrativo, el cual logró un desarrollo descollante desde la mitad del siglo XX³. Las leyes administrativas, su interpretación por parte de los tribunales de justicia y la enseñanza y divulgación del derecho administrativo en España consolidaron una tradición dentro del derecho público, que luego se plasmó en la Constitución española de 1978 y su posterior desarrollo legislativo.

Ahora bien, ¿por qué se da esa sensación de poco progreso, o de estancamiento de las instituciones jurídico-administrativas? Es como si no se hubiese dado pleno desarrollo a las instituciones constitucionales y democráticas. En particular, ¿cómo es posible que, con la constitucionalización y democratización de España, los juicios frente a la Administración pública sigan siendo, en esencia, los mismos que con los presupuestos del régimen político anterior? La hipótesis de la cual parto en el presente trabajo es que, en España, dichas instituciones –sobre todo las expresivas de las prerrogativas regias del antiguo régimen absolutista– han tenido manifestación constante, en el sentido que da Tocqueville a la «continuidad histórica» entre el antiguo régimen absolutista y los regímenes actuales basados en la soberanía popular. Especialmente, las prerrogativas subsisten porque no se las contrasta directamente con el valor de la libertad, sino que se las ubica, en una especie de plano «estratégico», como si fuese posible instaurar y sostener un Estado democrático de derecho, administrado con criterios burocráticos y autocráticos.

Por tal razón –y con la mayor humildad– considero que es pertinente y útil estudiar en España debates como los del *administrative state* de los Estados Unidos de América, con el fin de problematizar más la relación entre Administración y libertad. ¿Los resultados? Difícilmente podríamos profetizar siquiera sobre ello, pero la anchura de miras siempre ha enriquecido el planteamiento y el análisis del derecho, incluso del derecho público, siempre tan influenciado por las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país. En el caso de la institución específica del contencioso-administrativo, me resulta ilu-

³ Particularmente, siempre me ha impresionado mucho que, en el marco de un régimen autoritario, autores como Eduardo García de Enterría desarrollasen con tanta solvencia instituciones tales como la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial del Estado (en el caso de García de Enterría, a partir de un único principio de indemnidad patrimonial de los particulares). Más allá del obvio mérito académico, veo en ello el triunfo de la civilidad y de los valores occidentales, sobre los permanentes intentos de imposición, incluso violenta, de la autoridad estatal. Específicamente sobre la concepción de García de Enterría en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y los ataques y críticas al «sistema objetivo» español, véase Arias Castillo (2008).

minador ver lo sucedido en los Estados Unidos: un país con amplia cultura sobre los litigios judiciales y con un alto valor sobre la función de abogados y jueces, donde irrumpió una tradición distinta –y hasta contraria– con la introducción de agencias reguladoras, que recibieron deferencia judicial (la típica que da el contencioso-administrativo en la realidad europeo continental) y que ahora debaten esa situación, posiblemente con miras a restaurar, así sea parcialmente, la tradición judicial del *common law*.

Quizás en España, si se debate a fondo, si el contencioso-administrativo es un auténtico proceso judicial, y si resulta plenamente respetuoso de postulados constitucionales como los de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución española de 1978), tal y como en los Estados Unidos de América se debate a profundidad sobre el Estado administrativo, no solo el contencioso-administrativo, sino las demás instituciones del derecho administrativo avancen, progresen, un poco más. Y esa, en el fondo, es mi intención con el presente trabajo.

2. Primera parte. Algunas ideas-fuerza sobre el derecho administrativo liberal

2.1. La teoría general del derecho administrativo

2.1.1. La Administración pública como persona jurídica

En derecho es común construir ficciones. Se trata de un procedimiento para desligarse deliberadamente de la realidad, sea creando *ex nihilo* cosas que no existen, o negándole existencia a cosas que sí existen. La *mayoría de edad*, por ejemplo, no existe como tal en el mundo sensible a la experiencia, sino que es un constructo –un invento, *una ficción*– útil para computar el momento a partir del cual tenemos capacidad y responsabilidad sobre los hechos y actos jurídicos en los que participamos. Otra ficción importante para el derecho es la *personalidad jurídica*, vale decir, la cualidad de ser persona en el mundo jurídico, que, como sabemos, no llega solo hasta el ser humano –la persona *natural*–, sino que se extiende hasta seres ficticios, no corpóreos, creados solo mediante el lenguaje. En el caso del derecho privado, estas *personas jurídicas* son una respuesta frente al carácter cooperativo de los individuos, los cuales participan voluntariamente en un mundo de relaciones interpersonales que se formaliza en sociedades y asociaciones del más diverso propósito. Allí, la función del derecho no es sino reconocer esa realidad preexistente y darle un grado de concreción y predictibilidad. En el campo del derecho público, por el contrario, las personas jurídicas son creadas verdaderamente *ex nihilo*, normalmente por una decisión política que, por más legitimidad, no deja de ser una imposición sobre la normal marcha de la sociedad.

En este sentido, resulta curioso cómo el derecho administrativo contemporáneo (García de Enterría, 1992) no deje de celebrar como su mayor logro haber llegado al punto en el que se haya reconocido a la Administración pública como *persona jurídica*. Se entiende el

razonamiento: al ser persona jurídica la Administración pública se le convierte en un *centro de imputación* y, en consecuencia, sus actos, omisiones, hechos ilícitos, actuaciones materiales, etc. pueden ser enjuiciados desde el punto de vista legal (*v. gr.* como las actuaciones de la Administración pública tienen efectos legales, un juez podría conocer de alguna acción por haber menoscabado aquella el derecho subjetivo de un particular).

Pero surge la duda fundamental: ¿cuál ha sido el beneficio *tangible* de emplear la ficción de la personalidad jurídica para la Administración pública? Una persona jurídica de derecho privado, al final, responde al interés de las personas –de carne y hueso– que participan en ella. El interés de esa persona jurídica no es sino el interés de sus socios, para decirlo claramente. ¿Con qué fin se personifica a la Administración pública? Para servir al *interés general*, se nos dice. Las constituciones –*v. gr.*, la Constitución Española– señalan esto de «servir con objetividad al interés general». La verdad es que tal interés general no existe o, al menos, las autoridades del derecho administrativo (legisladores, funcionarios, jueces, profesores) no han sido capaces en más de dos siglos de decirnos en qué consiste realmente. Por la regulación propia del derecho administrativo, llena de privilegios para la Administración, pareciera que, en todo caso, la personalidad jurídica de la Administración pública y el supuesto interés general a favor del cual opera aquella no es sino el interés de los funcionarios públicos, consistente en que sus actuaciones cuenten con respaldo y se mantengan, no obstante cuanta oposición exista frente a tales actuaciones. Si es así –y lo parece– nada nuevo hay que no hayamos conocido antes del surgimiento del Derecho administrativo. Más allá de las declaraciones de derechos, leyes de procedimiento y otras imposturas, los poderosos –ahora bajo la forma contemporánea de un ejército de funcionarios públicos– pueden imponer sus caprichos frente a la sociedad, hacer llamar a eso *derecho* (derecho *administrativo*, en este caso) y hacerlo valer como el fundamento de sus ejecutorías.

2.1.2. Sobre la visión «sincrética» del derecho administrativo («equilibrio entre prerrogativas y derechos»)

Se afirma también que el derecho administrativo consagra un «punto medio» entre las prerrogativas de la Administración pública y los derechos subjetivos de los particulares. ¿Cómo es esto posible? Las prerrogativas provienen del antiguo régimen absolutista y eran mecanismos alternativos al derecho, mediante los cuales el monarca obligaba a sus súbditos no mediante una ley del parlamento, o a través del proceso judicial, sino por medio de edictos: (a) *extralegales*, esto es, paralelos al proceso legal llevado a cabo mediante el parlamento y los tribunales de justicia; (b) *suprlegales*, en el sentido de que los reyes esperaban deferencia ante tales edictos por parte de los jueces; y (c) *consolidados*, pues el ejercicio de las prerrogativas suponía –y supone aún hoy– el ejercicio concentrado de las funciones estatales.

Así como es lógico preguntarse cómo un súbdito europeo de mediados del siglo XVIII podía haberse defendido frente al ejercicio de la prerrogativa monárquica (si era una práctica *extralegal*, *suprlegal* y *consolidada*), hoy cabe la misma exacta pregunta respecto de

nuestras robustecidas burocracias contemporáneas, a quienes los administrativistas les atribuyen casi idénticas prerrogativas que a los reyes del antiguo régimen. Difícilmente puede hacerse valer hoy un derecho subjetivo –v. gr. la propiedad privada, la libertad económica, la libertad de expresión, la libertad de culto, la libertad de circulación– si se permite al poder público actuar mediante prerrogativas. Ese «punto medio» no existe. Lo que plantea el derecho administrativo es una justificación «legal» de la prerrogativa, lo cual es un oxímoron.

2.1.3. El derecho administrativo y su (falta de) perspectiva histórica

En consonancia con lo anterior, importante es traer a colación que el derecho administrativo, especialmente el de origen francés e influencia francesa, se ufana de representar una revolución institucional inexistente. Alexander de Tocqueville tuvo mucha razón al defender enfáticamente la tesis de la continuidad histórica, frente a la más popular y difundida tesis de la *ruptura revolucionaria*. Si el derecho administrativo es un producto «revolucionario», solo lo es nominal y propagandísticamente, pues sus instituciones son –todas– provenientes del absolutismo del antiguo régimen y están basadas, como hemos dicho, en la práctica de la prerrogativa.

¿Cómo pueden, entonces, los profesores y jueces muy democráticos de hoy en día defender con tanta pasión el derecho administrativo? ¿No se han dado cuenta del grueso detalle de que el derecho administrativo no consagra instituciones democráticas sino autocráticas? ¿No nos habremos percatado los administrativistas de que en la disciplina que cultivamos hay una exaltación permanente hacia la rama ejecutiva, la más tradicionalmente peligrosa de todas? ¿Tampoco habremos notado los cultivadores del derecho administrativo que las leyes administrativas no son sino permanentes delegaciones al Ejecutivo, que muy poco recato tiene en expandir permanentemente el ámbito de sus facultades y competencias, o de hacer de la interpretación de dichas leyes un continuo ejercicio de negación de los derechos y libertades de las personas? ¿Será que reconocemos, finalmente, que existe dentro del derecho administrativo una clara corriente antiliberal y antidemocrática?

2.1.4. Constitucionalismo y derecho administrativo

Particularmente desde la posguerra, en lo relativo al derecho interno de los países, «la Constitución» es el lugar común permanente (en el ámbito internacional, lo serían «los derechos humanos»). Todo trata de llevarse al discurso constitucional, incluidos, por supuesto, los temas del derecho administrativo. Frente a ello es legítimo preguntarse: ¿existe un derecho administrativo *constitucional*? La primera respuesta –la del «Estado liberal decimonónico», nos dirán los administrativistas– la proporcionó el jurista británico Albert Venn Dicey: el paradigma del Estado de derecho, propio del constitucionalismo, es totalmente contradictorio con el del régimen administrativo. Ello es así porque principios tales como la separación de poderes, el principio de legalidad o la supremacía de los derechos individuales no pueden ponerse en práctica si, a su vez, se prevé la existencia de una burocracia llena de prerrogativas (repetimos: extralegales, supralegales y consolidadas). La segunda

respuesta la intitulamos como un conocido libro de Manuel García-Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Así, se nos afirma que han ocurrido cambios irrevocables en la dinámica de la sociedad –algo sinceramente difícil de creer o aceptar, por su sola formulación– que hacen necesario un orden estatal proactivo y no meramente reactivo, y que ayude a configurar la realidad social, y no se conforme con ser un mero espectador de esta. Lo anterior equivale a decir que, luego de haberse «superado el Estado liberal decimonónico», no hay razones para mantener las otrora restricciones sobre el poder estatal y, por el contrario, existen muchas razones sustantivas para otorgar «títulos habilitantes» a los funcionarios para meterse donde antes no lo hacían.

Esta segunda respuesta tiene evidentes problemas de orden legal, precisamente constitucional, ya que una constitución sin un planteamiento claro sobre la limitación del poder pierde el propósito para el cual fue inicialmente redactada. Que hayan existido intentos –tal y como ocurre con la cláusula del *Estado social*– de adminicular el intervencionismo estatal con los límites constitucionales no significa que hayan sido muy exitosos, particularmente en lo relacionado con la aludida limitación del poder. Más aún, esta segunda respuesta parece incluir la inaceptable condición de que, en caso de colisión entre el intervencionismo estatal y los límites constitucionales, deba prevalecer el primero frente a los segundos.

2.1.5. La confusión derecho-justicia en el derecho administrativo contemporáneo

Ser y deber ser son categorías analíticas importantes. Una cosa realmente existe si produce consecuencias en el mundo real, y para determinar si esa cosa existe basta una descripción lo más objetiva posible. Por el contrario, si una cosa debe ser o no debe ser, depende de la concepción que tengamos del mundo, de nuestras aspiraciones y del contenido que le demos a determinados valores (libertad, igualdad, justicia, etc.). La Administración contemporánea (este *Estado administrativo*), en su afán por intervenir más la sociedad, en su pretensión abarcadora de cuanto tema o problema exista, y en su interés de terminar con la distinción entre lo público y lo privado, va copando espacios de la política sustantiva llevada a cabo en los parlamentos conforme al principio representativo, así como arrojando a la justicia como imparcialidad, que es desarrollada normalmente por los tribunales. Por su parte, el derecho administrativo contemporáneo trata de recoger esta realidad, esta expansión de lo administrativo, y lo hace de dos formas típicas: (a) describiendo como «derecho» cualquier criterio –cambiante, por cierto– que asuma la Administración pública; y (b) justificando el accionar de la Administración, al fundarlo en principios tales como la eficacia, la eficiencia, la celeridad y, sobre todo, la *justicia*.

Hay mucho de autorreferente en el concepto de derecho manejado por el derecho administrativo, pues vendría a ser algo así como *cualquier declaración emanada de la Administración pública que cree, modifique o extinga una relación jurídica, conforme a criterios que deben ser respetados tanto por el parlamento como por los jueces, así como acatados por los particulares, dado que la Administración pública, en nuestro estado administrativo contem-*

poráneo, es a quien compete establecer –conforme a los principios más elevados de nuestro ordenamiento– qué es el interés general y cuál es la justa medida de la intervención estatal en la vida de las personas. También hay mucha autoindulgencia de los administrativistas: ¿cómo y por qué nos sentimos tan confiados en poder determinar tan peliagudas cuestiones?

2.2. Derecho administrativo económico

2.2.1. La distinción entre sociedad civil y Estado

El derecho administrativo contemporáneo no acepta –al menos de buena gana– la distinción entre sociedad civil y Estado. Para ello, les ha sido muy útil aceptar acrítica e ideológicamente la cláusula de *Estado social*, como supuesta superación del Estado liberal o, incluso, más directamente, del liberalismo como corriente del pensamiento aplicable hoy en día. ¿Qué clase de responsabilidad debe asumir la Administración Pública y frente a quién debe asumirla si no hay distinción entre Estado y sociedad? La cuestión, sin duda, va más allá de lo antiliberal que puedan ser los administrativistas.

La buena marcha de la economía depende de que el sector público comprenda su rol, no intente sobrepasarlo, y sobre todo permita un clima propicio para los acuerdos voluntarios de las personas, siendo dichos acuerdos los que traen prosperidad a las naciones. *Las instituciones manejadas por el sector público (v. gr. la justicia, el sufragio universal, directo y secreto, el parlamento, la ejecución de las leyes) están subordinadas a la buena marcha de un orden económico que es principalmente espontáneo, sin planificación, pero no por ello anárquico.* En tal sentido, es necesario desideologizar la intervención administrativa, darle un cariz genuinamente utilitarista y ponerlo al servicio de la sociedad. Esta, la sociedad, no se erige sobre la base de mandatos, edictos y órdenes, como sí lo hace la burocracia. La distinción entre Estado y sociedad es útil justamente para hacerlos conscientes de ello.

2.2.2. Derechos sociales y administración prestacional

Un corolario de la cláusula de Estado social son los llamados *derechos sociales* (a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda, al trabajo, a la protección social y a la alimentación). Dichos derechos son entendidos en la versión estándar del derecho administrativo contemporáneo como *derechos prestacionales*, vale decir, *requerentes de prestaciones de hacer* –y no de *prestaciones de no hacer*, como en el caso de los derechos clásicos de libertad– por parte del sector público y de la Administración en particular. ¿Significa todo esto que la Administración Pública debe proporcionar de forma permanente salud, educación, vivienda, alimentación, empleo y seguridad social? En este punto, importante es recordar que no todos los derechos constitucionales operan de la misma manera, por la sencilla razón de que *no pueden hacerlo*. ¿Qué puede hacer un juez, por ejemplo, si un ciudadano le plantea que no tiene trabajo, vivienda o alimento? ¿Ordenar que le den trabajo, vivienda

o alimento? La respuesta, por fuerza de la razón, solo puede ser negativa. Por ese motivo, bajo la Constitución española los derechos sociales no son considerados derechos fundamentales, tutelables mediante la acción de amparo, y se encuentran conectados con los principios rectores de la vida económica y social, lo cual viene a decir que todo gobierno, no obstante su integración u orientación, debe tener una política económica y social tendiente a asegurar a todas las personas una vida digna. Ello, tal y como ocurre con los jueces, no significa que la Administración pública deba proveer salud, educación, vivienda, alimentación, empleo y seguridad social, sino que debe aplicar políticas efectivas para que las personas puedan satisfacer esas necesidades básicas.

Volviendo al punto anterior sobre la distinción entre el Estado y la sociedad civil, es importante recordar que es en el marco de los intercambios voluntarios, propios de la sociedad civil, que las personas logramos prosperar, mejorar nuestro entorno material y, en general, satisfacer nuestras necesidades. Si a mayor intervención del sector público, hubiese mayor satisfacción de las necesidades, los Estados comunistas –los del socialismo real y los que cayeron bajo las garras del *socialismo del siglo XXI* en Iberoamérica– habrían sido los campeones en proporcionar mayor calidad de vida a sus ciudadanos. Nada más alejado de la evidencia empírica.

2.2.3. La Administración pública debe concurrir en igualdad frente a los particulares

Como el derecho administrativo da cobertura legal a las prerrogativas del antiguo régimen absolutista, y la Administración pública contemporánea quiere incluso gestionar actividades con contenido económico (basándose para ello en la cláusula de Estado social y en los derechos sociales como *derechos prestacionales*), pretende llevar sus prerrogativas al campo de la economía, esto es, *quiere relacionarse con los agentes económicos –demandantes y oferentes– como si fuese un monarca del siglo XVIII*.

Desde el punto de vista de la actividad unilateral, aquí la Administración despliega una paño­plia de técnicas para supervisar, controlar y muchas veces asfixiar el proceso económico mediante regulaciones, procedimientos sancionatorios o ablatorios, controles, inspecciones, autorizaciones, reservas de actividades, declaratorias de servicio público, de interés público o de interés general y expropiaciones, para mencionar las más notorias. Todas estas técnicas están basadas en una desigualdad formal entre la Administración (*potentior personae*, se nos dice) y los particulares. En un mundo tan dinámico como el que describen los administrati­vistas, es completamente irracional que un solo sujeto, una sola persona, la Administración pública, pueda ejercer estas potestades tan amplias, sin especificar con claridad las condiciones –siempre excepcionales, se supone– bajo las cuales habrá de hacerlo. *Si el derecho administrativo es tan moderno y responde tanto a los avances de la sociedad, debería admitir la plena posibilidad de que estas funciones se sustituyan progresivamente por acuerdos voluntarios y que solo sea la excepción última el uso de la amenaza y la coacción estatales*.

Desde el prisma de la llamada actividad bilateral, como sabemos, la estrella fulgurante es el *contrato administrativo*. Esta figura de nuevo coloca a la Administración como *potentior personae* en un supuesto marco contractual. *¿Qué sentido tiene acudir a la figura del contrato si, finalmente, lo que se quiere es que los funcionarios públicos puedan variar unilateral y sobrevenidamente las condiciones de dichos contratos? ¿Es eso un contrato?* Si la Administración pública desea contratar como una persona jurídica debe hacerlo como eso, y no como un funcionario que le da órdenes a sus subalternos. En todo este marco de intervención en la economía, de interacción con la sociedad, a la Administración pública debe aplicársele la estricta igualdad ante la ley.

2.2.4. La privatización en materia de gestión

Si bien los mercados no son omnipotentes, ni una panacea frente a cualquier asunto humano, al menos sabemos que son más eficientes que los gobiernos para proveer bienes y servicios en principio inexistentes o, al menos, escasos. Por eso, los liberales son defensores del principio de subsidiariedad y solo cuando el mercado no provee en forma y cantidad suficiente un bien o un servicio, encuentran justificado que el sector público ingrese en una determinada actividad (y se retire, luego de que el sector privado haya llegado). Hay una razón muy importante para esto, además, y es el uso de los recursos públicos, provenientes de exacciones forzosas a los particulares, y que no deben emplearse para actividades donde esté presente el riesgo empresarial.

En los casos donde el sector público decide entrar a gestionar una actividad económica e, incluso, frente a actividades reservadas a la titularidad del sector público, los liberales también defienden la privatización, esto es, que sean particulares quienes realicen la gestión, por las anotadas razones de eficiencia.

2.2.5. Es necesario detener la expansión del sector público y cortar el círculo vicioso policía-regulación-gestión pública

El péndulo entre regulación y desregulación se mueve así: (a) el gobierno y la Administración pública detectan *fallos de mercado* (monopolios, competencia imperfecta, asimetrías de información, inestabilidad de los ciclos económicos, externalidades, bienes públicos, desigual distribución de la renta) y, en orden gradual, entran a supervisar, regular (lo cual incluye disciplinar y sancionar) o directamente a gestionar la economía; (b) las medidas tienen un efecto positivo aparente y, a corto plazo, se ven favorecidas por la opinión de la gente; (c) comienza la ineficiencia en la asignación de recursos y el gigantismo, propio de la gestión burocrática frente a la gestión empresarial; (d) vienen males mayores para la economía, tales como desinversión, fuga de capitales, paro, escasez, inflación e inestabilidad política; (e) los gobernantes y los órganos y entes de la Administración –el Ejecutivo– intentan infructuosamente modificar la política regulatoria, y cambian a los titulares de los car-

gos públicos; (f) la gente se hastía y viene el cambio político; (g) se quitan las regulaciones antes consideradas necesarias y esenciales; (h) el sector privado se fortalece y la economía se recupera; y (i) se vuelve al punto de inicio.

Según el pensamiento y las prácticas liberales, la única forma de impedir este círculo vicioso es deteniendo a tiempo la expansión gubernamental, mediante restricciones al gasto público, al endeudamiento, al poder de los gobiernos de gravar a sus ciudadanos y a crear dinero inorgánico-inflacionario. Asimismo, es necesario limitar al máximo los mecanismos heteronormativos propios del derecho administrativo económico, aplicar la igualdad ante la ley a la Administración pública, impedir legalmente las nacionalizaciones y defender la propiedad privada en toda su extensión. De nuevo, se trata de respetar la separación entre Estado y sociedad civil, no sobrepasar las funciones del sector público en la economía y crear un marco jurídico que permita interacciones voluntarias entre las personas. Las crisis económicas –la Gran Depresión, la crisis financiera de 2008– proporcionan el punto (a) arriba descrito y son el «parque de atracciones» (*field day*, como suele decirse en inglés) de los creadores de burocracia y gigantismo gubernamental. En momentos de crisis, es función de la economía, de la política y del derecho brindar racionalidad y, así, no tener que pasar sino por los puntos (g) y (h). *Los delirios de planificadores y burócratas resultan muy costosos en vidas humanas y nada efectivos para las supuestas bondades que dicen traer consigo.*

2.3. Las garantías de los particulares frente a la Administración pública

2.3.1. Los órganos y agencias administrativas irrespetan los derechos individuales

*A través del Derecho administrativo se intentan imponer instituciones jurídicas paralelas, todo en afán de justificar la posición política, económica y legal de la Administración pública. Así, el acto jurídico se vuelve acto administrativo (unilateralmente ejecutivo y ejecutivo), el contrato «de toda la vida» se convierte en contrato administrativo (con su famoso *ius variandi* a favor de la Administración) y el proceso ordinario se desdobra en procedimiento administrativo (inquisitorio, tanto en primer grado, o *constitutivo*, como en segundo grado, o *revisor*) y en contencioso-administrativo (proceso judicial con menores garantías y donde se le asegura deferencia a la Administración y su expediente administrativo).*

Es el caso que, en sede administrativa, el llamado procedimiento administrativo resulta en una burla a los derechos individuales, pues: (a) la Administración es jueza en su propia causa, esto es, no hay imparcialidad; (b) el mecanismo en sí es inquisitorio, vale decir, no está regido por los principios dispositivo y contradictorio, sino que la Administración tiene libertad para «ir buscando la verdad»; (c) no hay preclusión y, por tanto, la Administración, en medio del procedimiento, puede hacer reposiciones, emitir órdenes para mejor proveer,

etc.; (d) no hay cosa juzgada y, en consecuencia, la Administración puede abrir un nuevo procedimiento, o incluso reabrir el procedimiento inicial, en desmedro de la situación jurídica del particular. En síntesis, no hay debido proceso, ni puede lógicamente haberlo por el punto (a). Si ello es así, en la actuación medianamente formalizada del *procedimiento administrativo*, no digamos ya en las actuaciones materiales u *off the record*. Estas últimas también afectan la vida, la libertad y la propiedad de las personas y ni siquiera cuentan con la pretendida objetividad del procedimiento administrativo.

Pero, volviendo al procedimiento, su resultado normal es un *acto administrativo*, el cual, aparte de haberse producido en ese contexto institucional tan poco garantista, es un título ejecutivo –no requiere pase judicial– y ejecutorio, esto es, impuesto materialmente en sus efectos incluso con nuestra objeción y resistencia. Dicho llanamente, los órganos y las agencias administrativas, por su propia configuración con prerrogativas y poderes concentrados (dictan regulaciones, las imponen coactivamente y hasta resuelven controversias entre particulares), violan casi impunemente los derechos individuales.

2.3.2. La autotutela administrativa ha de ser la excepción y nunca la regla

La existencia de procedimientos y actos administrativos es el producto de la aplicación del principio cardinal del derecho administrativo: *el principio de autotutela*, conforme al cual, la Administración pública satisface por sí misma sus pretensiones en derecho y no tiene el deber de acudir ante un juez para hacerlas valer. Por eso, si la Administración quiere multarnos, embargarnos, retener nuestra propiedad, ordenar la demolición de un inmueble ajeno, entre miles de etcétera, lo hace ella misma, directamente. El principio de autotutela viene a consagrar, básicamente, un estado de agresión potencial o real, pero permanente por parte del sector público hacia los particulares. A diferencia de estos, quienes no pueden hacerse justicia por su propia mano, la Administración sí lo hace, miles de veces, a diario.

Si el derecho administrativo contemporáneo es tan respetuoso de los principios más elevados, debería convertir a la autotutela administrativa en una auténtica excepción y no la regla de la actuación de la burocracia frente a la sociedad a la cual debe servir. Afirmar que el ejercicio de la autotutela puede corregirse o matizarse luego, sea con un eventual e improbable proceso judicial, o con una reposición o alzada en sede administrativa, es una gran irresponsabilidad.

2.3.3. No existe justificación para la existencia separada del contencioso-administrativo

Un asunto que diferencia al régimen administrativo del *rule of law* –si no el más esencial– es la consuetudinaria defensa en el continente europeo de la necesidad de unos tribunales diferentes –el contencioso-administrativo– para juzgar a la Administración pública, mientras que en el Reino Unido solo existe un orden jurisdiccional, igual para todos.

¿Por qué esta insistencia? Porque en el contencioso-administrativo, la Administración pública pretende ser tratada con deferencia: deferencia hacia su expediente administrativo, hacia las premisas fácticas de su razonamiento, la interpretación que hizo de la ley, el ejercicio que realizó de su discrecionalidad, así como frente a los comunes y graves vicios de su accionar. Si lo anterior fuese poco, los jueces contencioso-administrativos suelen manejarse con un sistema cerrado de recursos (y no uno amplio de pretensiones declarativas, constitutivas, de condena, del pago de sumas de dinero), y tienen importantes restricciones a la hora de decretar medidas cautelares o –peor aún– ejecutar sus fallos contra la Administración. ¿Se le puede llamar «derecho» o «proceso» a algo similar? ¿Cómo llegó el proceso judicial a contaminarse con los dogmas y prerrogativas del derecho administrativo? ¿Podremos finalmente juzgar a la Administración sin privilegios odiosos o estamos resignados a mantener esta separación entre justicia ordinaria y contencioso-administrativo?

2.3.4. Los jueces deben tener los mismos poderes para juzgar y ejecutar lo juzgado, independientemente de quienes sean las partes en juicio

En íntima conexión con lo anterior, un juez, para ser tal, tiene que poder juzgar y ejecutar lo juzgado, con independencia de si la parte perdedora es la Administración pública. Aquí existe una evidente intromisión del derecho administrativo que daña a la justicia y, en particular, a su imparcialidad. Si la Administración obtiene recursos, asume competencias e interviene en la sociedad, debe asumir los costos de sus litigios. Doctrinas tales como las de la *inembargabilidad de los bienes públicos* resultan mucho más costosas en términos de inseguridad jurídica y falta de competitividad de los países que el patrimonio supuestamente resguardado para el uso de sus burócratas. Una justicia que trata de forma benévola a los funcionarios públicos que obran mal y causan daños a terceros perpetúa un enorme desajuste institucional y termina justificando una ética pública completamente distorsionada o, incluso, corrompida.

2.3.5. La doctrina sobre la deferencia judicial hacia la Administración pública convierte al derecho en plastilina

Si un juez conoce un caso *ex novo*, debe ser consistente y establecer *ex novo* la premisa fáctica de su razonamiento, así como debe tener absoluta independencia para proporcionar la correcta interpretación de las distintas fuentes aplicables en juicio. Tomar como *hechos* en el proceso los establecidos unilateralmente por la Administración en su expediente administrativo va en contra del principio contradictorio, de la libertad del particular de alegar y probar en juicio (en síntesis, del debido proceso), y representa una ilícita ventaja para la Administración pública, que desnaturaliza la función judicial. Tanto peor resulta la deferencia en cuanto a interpretación de textos legales, dado que en un sistema jurídico cualquier

ra es función indeclinable de los jueces tener la última palabra sobre lo que el derecho es. *Permitirle a la Administración pública decir qué es el derecho significa autorizarle –ahora en sede judicial– a ser juez en su propia causa.*

3. Segunda parte. El debate sobre el *administrative state* en los Estados Unidos de América y la situación del contencioso-administrativo en España

3.1. El *administrative state*, o los orígenes antiliberales del derecho administrativo estadounidense

Con el término *administrative state*, o Estado administrativo, se denomina en los Estados Unidos de América al conjunto de órganos de la rama ejecutiva que conforman la Administración pública a nivel federal y, más específicamente, a las agencias independientes que cuentan con poderes concentrados para regular determinados sectores económicos, llevar a cabo labores de *enforcement* –o puesta en aplicación de dichas regulaciones– y asimismo dirimir conflictos entre particulares a través de procedimientos que se asemejan a los procesos judiciales. El término en sí fue acuñado por el politólogo Dwight Waldo en 1948, en su tesis doctoral –y luego libro– *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration* (Waldo (1948)⁴, obra clave de las ciencias de la administración en ese país y en la que su autor hizo un notable esfuerzo por superar la histórica dicotomía entre política y administración, o lo que es lo mismo, entre el arte de gobernar y el arte de gerenciar.

El resultado –como parte del título del libro así lo anuncia– es una teoría que realza el carácter político de la Administración pública, la cual, según su autor, es más que la mera ejecutora de las decisiones producidas por el sistema político encarnado por el Congreso y la Presidencia, para pasar a ser uno de los actores clave de la vida institucional estadounidense en la contemporaneidad⁵.

⁴ Véase también su traducción al castellano: Waldo (1961).

⁵ En España, el término Estado administrativo es conocido, y aun cuando hace alusión a la contraposición entre el liberalismo y el intervencionismo, tiene connotaciones distintas: «Se hace necesario, a modo de presentación, advertir que es comúnmente reconocido como "Estado Administrativo" para España la época que discurre entre 1843 y 1876 (con excepción del periodo que supuso el Sexenio Revolucionario). Además, la expresión "Estado Administrativo" se utiliza para contraponerla a otro periodo que se ha denominado "Estado Constitucional Liberal" que abarca los años 1836 a 1843. Realmente, estas dos expresiones para calificar el Estado ponen de manifiesto las tensiones de naturaleza constitucional que van a dominar durante todo el siglo XIX español. Si bien es cierto que ambos Estados son constitucionales, no lo es menos que sus soluciones a los problemas de la vida nacional son completamente diferentes» (Rosado Pacheco, 2000, p. 9).

Tanto para los defensores de una presencia más activa de la burocracia –como claramente lo fue Waldo– como para quienes no tienen la misma simpatía hacia el protagonismo de *managers* y técnicos en el gobierno, el planteamiento detrás del *administrative state* presenta un problema de resolución nada fácil: la Constitución americana fue dictada a finales del siglo XVIII, cuando prevalecía en el país una economía rural, bastante poco dada al intervencionismo en materia económica y social, y estableció en su breve articulado –en sus primeros tres artículos– un mecanismo de separación de poderes en el que –para resumir las cosas– la función legislativa fue otorgada con exclusividad al parlamento –o *Congreso*– con el propósito de que las políticas nacionales fuesen determinadas por los representantes electos democráticamente (artículo 1); la función de ejecutar tales políticas quedaron bajo responsabilidad del presidente (artículo 2), con lo cual el Gobierno y la Administración fueron puestos también bajo el mando de una persona electa (aun cuando indirectamente) por el pueblo; y la función jurisdiccional fue dejada al cuidado de un Tribunal Supremo –o *Corte Suprema*– y demás tribunales establecidos por el Congreso, a cargo de jueces independientes y virtualmente vitalicios.

Como puede fácilmente ser apreciado, la realidad actual de las agencias independientes (vale decir, independientes no solo del Congreso y de los tribunales de justicia, sino también del propio presidente como cabeza del Poder Ejecutivo) no solo no fue prevista en la Constitución propuesta en 1787 por la Convención de Filadelfia, sino que difícilmente puede ser justificada a la luz de su texto pues, como hemos dicho, su puesta en operación ha implicado una concentración de funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, por parte, además, de funcionarios no electos ni responsables ante el pueblo.

Aun cuando existen textos célebres como *El Federalista*⁶, donde pueden apreciarse los debates y las ideas de los llamados «padres fundadores» de la nación norteamericana (Hamilton, Madison y Jay, entre otros), no siempre es fácil conectar las previsiones constitucionales con las corrientes clásicas, modernas y contemporáneas del pensamiento político y económico. Así, por ejemplo, aun cuando sería tentador afirmar que el sistema económico previsto en la Constitución es el liberalismo en su versión de *laissez faire*, esto es, el abstencionismo gubernamental frente al desenvolvimiento del sector privado, ello podría llevarnos a un camino sin salida, pues si bien no hay previsión alguna sobre la intervención del Estado en la economía, desde el mismo artículo 1 se prevé que todo el Poder Legislativo será conferido al Congreso, con lo cual este bien podría –y vaya si pudo desde finales del siglo XIX– optar por una legislación intervencionista en materia económica y social.

Mutatis mutandis, podríamos decir lo mismo respecto del Estado administrativo y sus agencias independientes, esto es, que aun cuando no fueron incorporadas directamente en la Constitución, son producto de una escogencia política legítima por parte del legislador, no solo para normar aspectos antes no regulados de la vida económica y social (el comercio, la industria, el urbanismo, la educación, la salud, la cultura, entre tantos otros), sino también

⁶ Hamilton y Madison (2004).

para hacerlo por medio de nuevas autoridades administrativas alojadas en la rama ejecutiva, pero no subordinadas directamente al presidente en muchos de los casos, sino sujetas a controles previos, concomitantes y posteriores del Congreso, responsable de su creación⁷.

La cuestión aquí radicaba en si el antiliberalismo de esa nueva política económica y social –que fue ganando ascendencia desde la regulación antitrust de finales del siglo XIX, se consolidó con el *New Deal* posterior a la Gran Depresión y llegó a su cénit con las regulaciones medioambientales de las décadas de 1960 y 1970– podía llevarse a cabo por *medios* antiliberales, como la centralización administrativa, la concentración de funciones, el establecimiento por vía administrativa de límites a la propiedad y a la libertad económica, o la aplicación de sanciones sin el debido proceso previsto en las enmiendas V y XIV, de 1791 y 1868, respectivamente. Y allí, en el terreno del Estado de derecho si se quiere, estaría por darse una batalla legal que prosigue hasta nuestros días, porque quisieran o no los miembros del movimiento –luego partido político– progresivo de finales del siglo XIX, así como los posteriores reformadores de la Administración pública que dieron fin al *spoils system*, conforme al cual cada presidente traía consigo una nueva *administración*, para pasar a conformar una burocracia estable y profesional, lo cierto es que la Constitución impuso límites a la expansión gubernamental con el propósito de prevenir el autoritarismo y garantizar la libertad de los ciudadanos.

Contrario a lo que ocurre en Europa –en Europa continental, para ser más precisos– en los Estados Unidos la noción misma de derecho administrativo es reciente y la disciplina como tal, referida a las modernas Administraciones públicas, sus potestades y límites, muy poco protagonismo tuvo hasta bastante bien entrado el siglo XX. Tomemos en consideración que la batalla legal a la que antes hemos hecho alusión, para determinar la constitucionalidad de la existencia de agencias independientes en el seno de la Administración federal, con concentración de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales (o «cuasi judiciales»), con el propósito de regular profundamente la propiedad privada y la libertad económica, nos llevó desde la Gran Depresión de 1929 hasta el año 1937, como veremos enseguida.

Como es comúnmente sabido, luego del *crash* bursátil de 1929, el liderazgo político, con el presidente Franklin Delano Roosevelt a la cabeza desde 1933 hasta 1945, optó por una serie de medidas de corte intervencionista conocidas como *New Deal*, mediante las

⁷ En realidad, como lo advierte Fareed Zakaria (2000), el nuevo modelo regulatorio vino acompañado del triunfo (hasta ahora definitivo) de la rama ejecutiva, en su permanente pugna con el Congreso por la supremacía política, así como de la expansión de los intereses norteamericanos en el exterior: «Las décadas de 1880 y 1890 marcaron el comienzo del moderno Estado norteamericano, que surgió principalmente para afrontar las presiones internas generadas por la industrialización. Las exigencias de una economía nacional creciente, junto con los fracasos del Congreso por obtener la supremacía, dieron al gobierno federal una estructura más centralizada, menos política y más racional. Y, en su condición de único funcionario elegido nacionalmente, el Presidente emergió con una autoridad fortalecida. Esta transformación de la estructura del Estado complementó el crecimiento continuado del poderío nacional, y antes de promediar la década de 1890, el Poder Ejecutivo ya estaba en condiciones de prescindir del Congreso –o de ejercer presión sobre él– para llevar los intereses norteamericanos al exterior» (pp. 23-24).

cuales el sector público buscaba controlar los resultados del proceso económico, lo cual incluía, entre muchas cuestiones, establecer barreras a la entrada, permanencia y salida de oferentes de bienes y servicios, poner límites a los precios de dichos bienes y servicios, establecer condiciones a las operaciones de fusiones y adquisiciones para evitar la aparición de monopolios o *trusts*, proteger a los consumidores y usuarios frente a posibles cláusulas abusivas en la contratación masiva por medio de contratos por adhesión, resguardar el salario de los trabajadores mediante el establecimiento de salarios mínimos obligatorios, asegurar condiciones de seguridad, higiene y salud laboral, regular o en su caso prohibir el trabajo de mujeres embarazadas y niños, y asegurar el pleno empleo acudiendo incluso al presupuesto estatal para crear nuevos puestos públicos.

Para lograr tales fines, el *New Deal* recurrió al derecho administrativo y, por ende, es en esta época donde los norteamericanos pudieron conocer mejor sobre su existencia, ya que, con anterioridad a ello, muy poco se sabía sobre él, más allá de que era un subproducto de la Revolución Francesa y de la sustitución del antiguo régimen absolutista, que no había tenido cabida en la tradición anglosajona del *common law*. La estrategia consistió en introducir en el Congreso lo que se conoció como *enabling laws* o *enabling acts*, esto es, piezas de legislación contentivas de los principios generales que habrían de disciplinar determinados sectores de la economía (pongamos, por ejemplo, las industrias de productos alimenticios y farmacéuticos). Dicha legislación incluía casi siempre la creación de agencias independientes, quienes quedarían a cargo de desarrollar, en detalle, los principios puestos por la legislación habilitante.

La posición inicial del Tribunal Supremo, desde su fallo en el caso *Lochner* (1905), fue de rechazo a las interferencias de los poderes públicos sobre las actividades económicas de los particulares, pues entendía que vulneraban la libertad contractual. Tal rechazo era mayor si dichas interferencias provenían de las autoridades federales, pues ello iba en desmedro de la cláusula de comercio (artículo 1, sección 8, clausula 3) de la Constitución y las competencias de los estados en materia económica, conforme a la enmienda X, de 1791. Así las cosas, el reparto de atribuciones entre el poder federal y el poder de los estados fue el argumento principal del Tribunal Supremo para declarar la nulidad de legislación habilitante en materia administrativa. Con lo cual llegamos al 27 de mayo de 1935, día en el que el Tribunal Supremo dictó tres sentencias: (a) *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford*, que anuló una ley en materia hipotecaria; (b) *Humphrey's Executor v. US*, que anuló la facultad del presidente de cesar en sus puestos a los miembros de las agencias independientes; y (c) *Shechter v. US*, que declaró la nulidad de gran parte de la Ley de recuperación industrial de 1933, uno de los pilares del *New Deal*. En el mismo año de 1935, el Supremo declaró nuevamente la nulidad parcial de la Ley de recuperación industrial, en el fallo *Panama Refining Co. et al. v. Ryan et al.*, y para el año de 1936, hizo lo propio con ciertas medidas tributarias en materia agraria (*US v. Butler*) y con la Ley de defensa del carbón bituminoso (*Carter v. Carter Coal Company*)⁸.

⁸ Véase, ampliada con una traducción y un análisis de las sentencias señaladas, la obra siguiente: Beltrán de Felipe y González García (2006, p. 216-260).

En ese mismo año de 1936, el 3 de noviembre, Franklin Delano Roosevelt obtuvo una amplia victoria para un segundo mandato (tuvo cuatro en total, hasta su prematura muerte en 1945, siendo el presidente con más tiempo en el ejercicio del cargo) y, con base en su respaldo político y popular, propuso un plan para cambiar las cosas en el Tribunal Supremo pues, a su juicio, no era posible que un plan de recuperación industrial que contaba con el apoyo en las urnas electorales de más de 130 millones de estadounidenses, fuese descartado por «cinco ancianos» basados en ideas decimonónicas sobre el *common law*.

El 5 de febrero de 1937, Roosevelt y sus seguidores anunciaron el proyecto de Ley de reforma de procedimientos judiciales, mediante el cual se proponía adelantar la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo y aumentar su número, de 9 a 15 jueces, con lo cual vendría un nombramiento inmediato de 6 jueces por parte del propio Roosevelt. El proyecto legislativo, conocido como *Court Packing Plan* (o plan para empaquetar la Corte), no fue visto con buenos ojos por parte de la opinión pública, y Roosevelt fue mostrado como alguien capaz de modificar a capricho las instituciones, más no obstante ello produjo los resultados esperados y, en 1937, el Tribunal Supremo cambió su línea jurisprudencial y dio luz verde, por fin, al *New Deal* de Roosevelt: (a) el 29 de marzo, en la sentencia *West Coast Hotel v. Parrish*, avaló constitucionalmente una ley que estableció el salario mínimo para las mujeres; (b) el 12 de abril, igual respaldo constitucional obtuvo la Ley de relaciones laborales (*National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*); y (c) el 24 de mayo, también pasó el examen de constitucionalidad la norma de la Ley de seguridad social que incentivaba la contratación de personas discapacitadas (*Stewart Machine Company v. Davis*). Al final, Roosevelt no solo hizo que los jueces del Tribunal Supremo dieran su aval al *New Deal*, sino que también fue el único presidente, además de Washington entre 1789 y 1796, que pudo nombrar a todos los integrantes de dicho órgano, entre 1937 y 1941⁹.

Salvo un breve pero influyente comentario dejado caer en la sentencia recaída en el caso *US. v. Carolene Products Co.*, de 25 de abril de 1938, sobre la posibilidad de aplicar un control de constitucionalidad más estricto cuando estuviese en juego la igualdad efectiva ante la ley, o casos de subrepresentación política de personas, grupos o asociaciones, puede decirse que el Tribunal Supremo pasó a ser un órgano por regla deferente en lo referido a la constitucionalidad de la legislación administrativa, dando pie a la consolidación del *administrative state*, del cual se ha llegado a decir que es una cuarta rama del poder público, u otro Estado incluso, dentro de los Estados Unidos de América¹⁰. En cualquier

⁹ Cfr. Beltrán de Felipe y González García (2006).

¹⁰ La definitiva consolidación, en el plano legal, del Estado administrativo, aparte del cambio en la actitud del Tribunal Supremo para su recepción, vino dado por la aprobación, después de varios intentos, de una Ley federal de procedimiento administrativo (*Administrative Procedure Act*), en 1946. Dicho instrumento normativo vino a instituir dos maneras estándar para el proceder de la Administración federal: (a) las regulaciones, o actos con carácter normativo –o «cuasi-legislativo»–, con participación más abierta a los sectores involucrados y al público en general; y (b) las adjudicaciones, o actos con destinatarios

caso –sea o no considerado un poder bajo el esquema constitucional, sea apreciado o no como un Estado paralelo– la realidad de su dimensión política es la puesta en relieve por Dwight Waldo en su obra *The Administrative State*, de 1948, y es la que ha dado lugar a un debate, sobre todo político y doctrinal, pero también legal, sobre su adecuación no solo a la Constitución, sino a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales, surgidas particularmente desde mediados de la década de 1970, cuando se quebró, en todo el mundo, el consenso en torno al modelo macroeconómico keynesiano de regulación de los mercados y se dio paso a un proceso de desregulación comercial e industrial que dio pie al surgimiento de una economía globalizada y potenciada por el cambio tecnológico.

En medio de ese proceso de desregulación, el 25 de junio de 1984, el Tribunal Supremo estadounidense dictó la sentencia hasta ahora más citada de su historia, en el caso *Chevron USA INC. v. National Resources Defense Council*, donde de manera paradójica –dado que se trataba de analizar la constitucionalidad de una interpretación hecha, en clave desreguladora, a la Ley de protección ambiental, de 1977– se exageraron las potencialidades políticas del Estado administrativo y sus agencias independientes (en este caso concreto, la Environmental Protection Agency, o EPA), quienes gozan –a decir del fallo– de toda la discrecionalidad posible a la hora de interpretar no solo la regulación que van produciendo, sino, además, de la misma legislación que las creó y les otorgó competencias en sus determinados campos de acción. La presencia en el terreno académico, político y de la opinión pública, de un conjunto de ideas liberales y conservadoras, contrarias al *New Deal* y al Estado administrativo, aupadas por la presencia de un presidente defensor de dichas ideas, Ronald Reagan (activo defensor de un orden liberal en el plano interior, así como de la definitiva terminación del bloque socialista soviético, en el plano de la acción exterior), trajo consigo lo que se ha venido a llamar en los Estados Unidos *derecho administrativo liberal*, o *derecho administrativo libertario*¹¹.

Los defensores del derecho administrativo libertario postulan, de alguna forma u otra, un retorno a la tradición clásica de la Constitución de 1787, con su separación de poderes, su federalismo dual y la revalorización de los poderes de los Estados, así como el respeto irrestricto a los derechos contenidos en la Carta de Derechos, o *Bill of Rights*¹². Consideran, asimismo, que el Estado administrativo es una importación extranjera, de Europa concretamente (Prusia y Francia), cuyos sistemas políticos e institucionales no prevén la separación de poderes ni un federalismo ascendente, como sería el caso de los Estados Unidos de América. Aparte de ello, ven en el derecho administrativo europeo una nueva manifiesta-

particulares –o «cuasi-jurisdiccionales»–, donde las agencias actúan como jurados y jueces a la hora de tomar una decisión sobre la conducta sometida a su conocimiento.

¹¹ Véase, en todo bastante crítico, Sunstein y Vermeule (2015). Los profesores Sunstein y Vermeule son los mayores defensores del Estado administrativo y, por ende, los más grandes adversarios del derecho administrativo libertario.

¹² Un claro ejemplo en tal sentido lo encontramos en las obras del profesor Richard A. Epstein (2011 y 2014).

ción de las prerrogativas regias, contrarias no solamente al derecho constitucional moderno, sino de todo el derecho evolutivo y jurisprudencial conocido en el mundo anglosajón como derecho común, o *common law*, basado en la facultad de jueces independientes de ir decidiendo casos en atención a precedentes de casos similares y en aplicación preponderante de un razonamiento por analogía.

3.2. El debate doctrinal actual: sus vertientes dogmáticas y filosóficas

Luego del fallo *Chevron*, de 1984, y por la irrupción del llamado derecho administrativo libertario, se cuestionó a fondo un elemento *sine qua non* del Estado administrativo, esto es, la noción misma de ley habilitante (*enabling law* o *enabling statute*) en razón de lo que se ha conocido como *nondelegation doctrine*, o doctrina sobre la no delegación, lo cual viene a ser una construcción a partir de la primera oración del primer artículo constitucional, cuya letra dispone que «el Congreso queda investido de *todo* el poder legislativo» y, en consecuencia, mal puede el Congreso mismo dictar legislación para habilitar, o delegar, a la rama ejecutiva el ejercicio de funciones legislativas. Se trata de un asunto casuístico, pues la doctrina sobre la no delegación pierde fuerza si el Congreso dicta principios suficientemente inteligibles a ser desarrollados luego por las agencias, a través de los procedimientos de regulación y adjudicación previstos en la Ley de procedimiento administrativo de 1946.

Aquí, el reclamo de los defensores de la doctrina de la no delegación es que los jueces –y en especial los jueces del propio Tribunal Supremo– ejerzan un control más fuerte sobre la legislación administrativa, con el fin de determinar si el Congreso ha delegado indebidamente su función legislativa, reste o quite deferencia a las propias agencias de cara a la determinación de las atribuciones de estas, y proceda a anular un mayor número de leyes sobre la base de la aplicación de la doctrina de la no delegación. Es lo que se ha denominado *Chevron Step Zero*, o vuelta al control pleno sobre la constitucionalidad de las leyes habilitantes¹³.

El otro cuestionamiento proveniente del derecho administrativo libertario es la evasión de los derechos vinculados a la cláusula constitucional del debido proceso (formal y sustancial) por parte de las agencias del Estado administrativo. La Constitución no solo prevé que no se podrá privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal, sino que, además, prevé una serie de garantías como es la referida al establecimiento de jurados, requisito que no reúnen los procedimientos administrativos. Ello ha

¹³ Algo así ha hecho el Tribunal Supremo norteamericano en el reciente caso *West Virginia v. EPA*, de junio de este año 2022, referido en la introducción de este trabajo. En tal caso no se aludió a la doctrina de la no delegación, pero el resultado, a mi juicio, ha sido el mismo.

generado que los procedimientos administrativos sean vistos como resabios de la prerrogativa regia, la cual era un mecanismo bajo el cual los reyes en el antiguo régimen absolutista lograban obligar a sus súbditos, no mediante el derecho, sino a través de edictos o mandatos: (a) *extralegales*, vale decir por vías distintas a los parlamentos y los tribunales de justicia; (b) *supralegales*, dada la deferencia judicial que recibían; y (c) *consolidados*, dado que el monarca ejercía todas las funciones, vale decir, dictaba las reglas aplicables y las ejecutaba, incluso en controversias entre particulares, tal y como lo hacía Enrique VIII en la *Star Chamber*, o Corte de la Cámara Estrellada, en el siglo XVI.

A juicio del profesor Philip Hamburger, autor de un extenso y completo libro de corte histórico y filosófico, de 2014, intitulado *Is Administrative Law Unlawful?*¹⁴ (*¿Es ilícito el derecho administrativo?*), la prerrogativa regia ha vuelto a los Estados Unidos de América a través de la aceptación de los postulados antiliberales del Estado administrativo. Según Hamburger, las agencias podrían obligar a los ciudadanos a través de mecanismos legales ordinarios, con el auxilio de los tribunales de justicia previstos en el artículo 3 de la Constitución, pero prefieren hacerlo a través de sus propios tribunales administrativos, donde cuentan con un foro más propicio para hacer valer sus propios intereses, aun cuando los ciudadanos tengan menos garantías jurídicas y procesales.

De igual manera, a falta de una mejor regulación, las agencias podrían acudir al Congreso para que dicte una ley, pero prefieren optar por dictar dichas regulaciones ellas mismas, en desmedro de los derechos políticos (participación y sufragio) de los estadounidenses. A juicio de Hamburger, es un error llamar *derecho administrativo* a las inconstitucionales delegaciones del Congreso y a las regulaciones dictadas por las agencias, pues, en todo caso, de lo que se trata es del ejercicio de un «poder administrativo», extralegal, supralegal y consolidado, bastante similar al de la prerrogativa regia del antiguo régimen absolutista.

Como respuesta principalmente al libro de Hamburger, se han publicado una serie de libros y artículos en defensa del Estado administrativo, comenzando por el artículo «No», del profesor Adrian Vermeule (2015), en el cual niega las acusaciones de un retorno a la situación preconstitucional de la prerrogativa regia. Asimismo, en una actitud claramente defensiva, el mismo profesor Vermeule publicó en 2016 el libro *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*¹⁵, cuya tesis central viene a ser que el derecho, siguiendo su propia lógica, se replegó, o *abdicó*, en sus pretensiones de regular la conducta de las personas mediante los procedimientos legislativos y jurisdiccionales, dando paso al contemporáneo Estado administrativo, el cual no habría surgido como un asalto a las instituciones políticas y constitucionales, sino, precisamente, como resultado de la puesta en práctica de dichas instituciones establecidas en 1787.

¹⁴ Hamburger (2014). Una versión mucho más resumida de sus argumentos, en Hamburger (2017).

¹⁵ Vermeule (2016). Hay traducción al castellano del profesor Luciano Parejo Alfonso (2018). *La abdicación del Derecho*. Tirant lo Blanch.

Ello vendría a explicar cómo los parlamentos, siguiendo su propia lógica, fueron delegando más y más funciones normativas en la rama ejecutiva, así como también los tribunales de justicia fueron más y más deferentes hacia las reglas e interpretaciones de las agencias independientes. Por cierto, llama la atención a Vermeule que el profesor Ronald Dworkin, el mayor teórico y filósofo jurídico de los Estados Unidos, nunca consideró a las agencias dentro de su *Imperio Jurídico*¹⁶, lo cual demuestra no solo la desatención y la falta de relativa relevancia del derecho administrativo en tal país, sino cómo también la teoría jurídica se queda estática ante la irrupción de nuevos fenómenos que bien valdría ser analizada en toda su complejidad.

De hecho, luego de la publicación de este libro del profesor Vermeule, puede apreciarse un mayor giro filosófico jurídico en el debate sobre el Estado administrativo. Dicho giro ya venía de un poco más atrás, con la publicación de la obra *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*, del profesor Daniel R. Ernst¹⁷, quien más allá de conjeturar sobre lo escandalizado que se encontraría hoy Alexis de Tocqueville frente al Estado administrativo (siendo que en su día alababa al sistema norteamericano y su alianza con los hombres de negocios)¹⁸, se dedicó a hurgar en las ideas –muchas de ellas ciertamente importadas de Europa, y de Alemania más precisamente– que dieron pie a las reformas administrativas desde la era Progresiva, pasando por el *New Deal* y llegando hasta la Ley de procedimiento administrativo (*Administrative Procedure Act* –APA– de 1946).

Siguiendo en el tono iusfilosófico, desde 2018, los profesores Cass Sunstein y Adrian Vermeule (2018) vienen defendiendo la tesis según la cual el Estado administrativo cuenta con una *moralidad interna*, ello en alusión a la obra del filósofo del derecho Lon L. Fuller, *The Morality of Law*¹⁹, de 1964. Fuller (1902-1978) fue un eminente profesor en Harvard, siendo su principal preocupación las conexiones entre derecho y moral²⁰, y fue particularmente conocido por las condiciones o requisitos que él identificó y describió para que un orden jurídico pudiera considerarse realmente existente, amén de aspirar a ser un orden justo, a saber, que las reglas de dicho orden: (a) sean aplicadas a casos futuros, con lo

¹⁶ En alusión a la obra de Dworkin, *Law's Empire*, de 1986, donde explicita su concepción filosófica y teórica acerca del Derecho. Véase la traducción castellana: Dworkin (1992).

¹⁷ Ernst (2014).

¹⁸ Véase, en tal sentido, Herrera Guerra (2009): «La estrecha y benéfica relación entre hombres de negocios y gobierno, una de las peculiaridades del sistema norteamericano de la que tan bien nos hablaba De Tocqueville, se ha desfigurado y ha perdido sus contornos para pasar a configurarse en la forma vil que tanto se temía» (p. 171).

¹⁹ Hay traducción al castellano: Fuller (1967).

²⁰ En 1958, cuando el profesor británico H. L. A. Hart visitó Harvard y defendió su tesis sobre el positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral, Fuller respondió con la tesis de la *moralidad interna*, para hacer ver que no toda legislación, o no toda regulación, podía hacerse valer como derecho, así fuesen dictadas por autoridades competentes.

cual quede prohibida, en general, su aplicación retroactiva; (b) puedan ser conocidas por sus todos, es decir, que no puedan existir reglas secretas; (c) puedan ser cumplidas por sus destinatarios; (d) sean generales y no casuísticas; y (e) sean coherentes y no entren en contradicción unas con otras²¹.

En el libro *Law & Leviathan. Reedeming the Administrative State*²², de 2020, los profesores Sunstein y Vermeule defendieron nuevamente al Estado administrativo sobre la base de cumplir con los requisitos de la moral interna, tal y como fueron proporcionados por Lon L. Fuller desde la década de 1960. En respuesta a ello, el mismo año 2020, el profesor Richard A. Epstein publicó su libro *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*²³ (*La dudosa moralidad del derecho administrativo moderno*), en el cual no solo niega que el Estado administrativo se acomode a los principios del Estado de derecho, sino que además estima que los postulados de Fuller se quedarían cortos para reprobar al Estado administrativo y su desconocido número total de agencias y presupuesto, amén de la producción normativa descontrolada, no solo en cantidad, sino en acatamiento del sistema constitucional norteamericano.

Finalmente, la obra más reciente en este debate sobre el Estado administrativo, *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*²⁴, pertenece al profesor Philip Hamburger, quien repasa nuevamente los señalamientos hacia el Estado administrativo y muestra cómo su establecimiento ha contribuido, a su juicio, a una nueva forma de sumisión de los ciudadanos.

3.3. La situación actual en España: ¿es el contencioso-administrativo un proceso o un control sobre la Administración pública?

Las instituciones del Derecho administrativo se sostienen en España, incluso hoy en día, gracias a un equilibrio inestable entre tendencias absolutistas que se remontan al surgimiento histórico de la disciplina, por una parte, y los más recientes influjos propios del constitucionalismo y su acento en los derechos individuales, del Estado de derecho como conjunto de límites jurídicos al poder para la libertad, y de la democracia como régimen político, por otra parte.

²¹ A mi entender, se trata de una defensa un tanto criticable del Estado administrativo, al querer mostrar a este plenamente consistente con el Estado de derecho, cuando, por ejemplo, los propios autores reconocen que las agencias crean reglas y las aplican a los casos *sub examine*, aun cuando ello contraviene la irretroactividad de las reglas sostenida por el profesor Lon L. Fuller.

²² Sunstein y Vermeule (2020).

²³ Epstein (2020).

²⁴ Hamburger (2021).

En el caso específico del contencioso-administrativo, se trata de una institución que ha seguido la suerte del derecho administrativo y de las señaladas tendencias en equilibrio inestable. Bien pudo dicha institución pasar a formar parte del derecho procesal (y ser un *derecho procesal administrativo*)²⁵, al tratarse de la activación del aparato jurisdiccional del Estado para lograr la satisfacción de pretensiones fundadas en derecho, pero, precisamente, el contencioso-administrativo no ha sido escindido del derecho administrativo por la presencia de tendencias absolutistas (v. gr., consagradoras de prerrogativas que, como tales, están por encima del derecho ordinario; en este caso, del derecho procesal ordinario).

Esa situación bien podía ser comprensible antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 o, incluso, en los primeros años del proyecto democrático, sea debido a la influencia cultural del anterior régimen, a la falta de adecuación del marco normativo, o como resultado del influjo de un modelo –el contencioso-administrativo francés decimonónico y su recurso *por exceso de poder*– que se ha idealizado como *modular* respecto del equilibrio entre prerrogativas y derechos, aun cuando hace bastante tiempo –desde la década de 1990, para ser más exactos– pasó a ser un modelo plenamente judicial, esto es, de tutela de situaciones jurídicas subjetivas o, simple y llanamente, *subjetivo*.

La inercia institucional fue tal que la preconstitucional Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, mantuvo su vigencia hasta el año 1998 –casi diez años luego de dictada la Constitución española–, cuando fue derogada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y dicho nuevo instrumento normativo vino precedido por la aparición de un trabajo doctrinal muy significativo, liderado por el profesor Eduardo García de Enterría, sobre el sentido y la orientación que debía tener el contencioso-administrativo a la luz no solo del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 del texto constitucional, sino de la tendencia en países tales como Alemania y Francia, los cuales, como corolario de sus respectivas constituciones de posguerra, así como producto de su experiencia institucional, pasaron a contar con sistemas de control judicial sobre las Administraciones públicas, cuyo eje pivotal pasó a ser la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, por sobre la revisión de la legalidad en sede administrativa como lo fuere en otros tiempos y circunstancias²⁶.

En la exposición de motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a medida que se van vertiendo las razones para conservar aquello que mejor funcionó bajo el amparo de la derogada legislación preconstitucional, así como para introducir innovaciones, se fue tajante en

²⁵ El profesor Jesús González Pérez dedicó parte de su abundante obra a este *derecho procesal administrativo* (título de su obra clásica), pero la verdad es que, en España, así como en los demás países con fuerte influencia del derecho administrativo, ha sido este, y no el derecho procesal, quien se ocupe de estudiar y analizar los pleitos judiciales con la Administración pública.

²⁶ Como claros ejemplos de la señalada tendencia doctrinal, tenemos las dos obras siguientes: García de Enterría y Fernández Torres (1998).

cuanto a la superación del carácter objetivo o revisor (el otrora «juicio al acto»), en los términos siguientes:

Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. *Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración (cursiva añadida).*

Más adelante en la exposición de motivos, así como en otros pasajes de esta, se aclara que el objeto del recurso contencioso-administrativo abarca la actividad administrativa *in toto*, lo cual incluye los actos y contratos administrativos, la actividad prestacional, las actuaciones materiales y las omisiones, lo cual, junto con otras partes de la reforma (v. gr. la supresión de la categoría de los actos políticos), propende a la idea de universalidad en el control judicial sobre la Administración pública.

Pero, aun así, tomando en cuenta el anteriormente aludido equilibrio inestable entre prerrogativas, por un lado, y derechos y garantías individuales, por el otro lado, bien valdría preguntarse si la regulación y la práctica actuales del contencioso-administrativo en España nos llevan a concluir que se ha instaurado definitivamente un sistema subjetivo o judicial, tal y como parece haber sido la tendencia o la inspiración, digamos, en la década de 1990, o si, por el contrario, por la presencia y defensa de esas prerrogativas en poder de las Administraciones públicas (v. gr. potestad de autotutela, presunción de legalidad del acto administrativo, potestades discrecionales de distinto tipo, e inembargabilidad de bienes públicos), a decir verdad nos encontramos con un tipo de proceso revisor (un *control*, con sus fortalezas y debilidades) sobre la actuación administrativa y no de un auténtico y completo proceso judicial regido por el artículo 24.1 de la Constitución española, vale decir, por el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, lo cual conlleva poder transitar un proceso jurisdiccional con plenas posibilidades para deducir pretensiones basadas en derecho (y no solo ejercer *recursos*), tener plena libertad probatoria y no dar preferencia al expediente administrativo, obtener una sentencia en tiempo, donde el juez pueda analizar, incluso *ex novo*, la situación fáctica que dio pie al pleito, así como la interpretación y aplicación de todos los textos normativos que vengan al caso; y, por último, que dicha sentencia se pueda ejecutar sin que la Administración pueda aducir privilegios si resulta perdedora en el juicio²⁷, con pleno restablecimiento de la situación jurídica y sin que la parte reclamante deba sufrir perjuicios económicos o morales.

²⁷ En la Ley 29/1998 (art. 105.3) existe incluso la posibilidad de que la Administración perdedora en juicio expropie al particular, con el objeto de evitar la ejecución del fallo. Entendemos que dicha expropiación procedería en casos realmente extremos (temor fundado de guerra o quebranto de la integridad terri-

Luego de más de 20 años de puesta en práctica de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la conclusión va por la segunda de las opciones (el contencioso-administrativo como un mecanismo de control y no como un auténtico y completo proceso judicial)²⁸, y, en tal sentido, vemos que se pronuncia la doctrina reciente²⁹, con lo cual vemos confirmadas al menos ciertas de las aprehensiones del derecho administrativo liberal frente al derecho administrativo tradicional, referidas a las garantías de los particulares frente a la Administración pública, y más concretamente las relativas a la (in)existencia de verdaderos procesos jurisdiccionales para dirimir los conflictos en los que una de las partes sea la Administración pública.

No obstante lo antes dicho, el balance de las dos décadas de vigencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, no es del todo negativo, y como aspectos positivos de la implementación de dicho texto legal, la doctrina reciente ha señalado los siguientes:

- Reducción general de los plazos de tramitación hasta dictada sentencia.
- Mayor –aun cuando insuficiente– especialización de los jueces en la materia.
- Digitalización de la tramitación judicial (Baño León, 2019, pp. 262-266).

Sin menospreciar esos aspectos positivos, me parece que existe consenso académico y profesional en España sobre el estancamiento general del contencioso-administrativo. Desde el punto de vista académico, me resulta un tanto insostenible en esta tercera década del nuevo milenio sostener y defender la coexistencia de una Constitución democrática, consagrada de un Estado democrático y social de derecho, donde en materia

torial), pero su sola inclusión en el texto legal, con las evidentes repercusiones que ello tiene sobre el principio de separación de poderes, nos dice mucho sobre cuán lejos se está dispuestos a llegar, con el propósito de no aceptar la ejecución de los fallos del ámbito contencioso-administrativo.

²⁸ Luciano Parejo Alfonso (2003), al precisar el objeto del recurso contencioso-administrativo, era (y sigue siendo) tajante: «Por ello mismo, el proceso aquí es impugnatorio y la jurisdicción revisora. La previa existencia de una decisión jurídico-pública (normativa o concreta, expresa o presunta), una inactividad o una actuación material es condición inexcusable. Se entiende así la importancia de la regulación, con ocasión de la del objeto del proceso, de la actividad impugnable».

²⁹ Cfr. Baño León (2019): El autor, al referirse a la práctica inveterada de los jueces de lo contencioso-administrativo españoles de defender la posición de la Administración, aun cuando ello no esté previsto así legalmente, señala que ello matiza «el argumento de que se trata de un auténtico proceso entre partes; es desde luego un proceso pero el interés público siempre planea sobre la decisión del juez, haya sido o no adecuadamente sostenida por el defensor de la Administración Pública» (pp. 264-265). No es solo de esta aseveración parcial del autor de la cita que extraemos la conclusión según la cual, en España, el contencioso-administrativo no es un auténtico proceso judicial, sino del resto del artículo citado, donde se muestran las deficiencias en aspectos clave, siendo preponderantes: (a) la prevaleciente y sostenida naturaleza impugnatoria del recurso contencioso-administrativo; y (b) el problema de la ejecución de los fallos dentro de dicho orden jurisdiccional (pp. 271-273 y 276-278, respectivamente).

judicial rige el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas, por un lado, y sostener y defender la necesidad de un proceso judicial frente a la Administración pública plagado por los privilegios que esta ostenta tanto en sede administrativa como, también, en sede jurisdiccional. Desde un punto de vista profesional, resulta preocupante –a mí me lo resulta en un plano existencial, porque empezaré a ejercer profesionalmente en esta jurisdicción a partir de 2023– que las pretensiones en derecho de los particulares no puedan aducirse y defenderse adecuadamente mediante el proceso judicial (única vía, o al menos la vía tradicional, para poner fin a los conflictos jurídicos; vistas además las limitaciones en esta materia para aplicar los medios alternativos de solución de controversias, o ADR, por sus siglas en inglés).

3.4. Sobre las repercusiones que puede tener en España el debate sobre el *administrative state*

Aun cuando parecen dos mundos aparte, la realidad del contencioso-administrativo español no dista tanto de la situación presentada en los Estados Unidos con relación al debate en torno al Estado administrativo, debido al hecho de que dicho debate ahora reviste carácter más general. Desde mi punto de vista, este tipo de disputas doctrinales tienen vocación de eternizarse, en especial por incluir aspectos valorativos de todo tipo (no solo morales) y es muy difícil, si no imposible, afirmar ganador a un bando u otro. Lo que sí está claro es el relativo desfase que existe en los Estados Unidos de América entre los fundamentos liberales y republicanos de sus orígenes institucionales, y las prácticas que se están acometiendo en las distintas ramas de gobierno, así como en España parece existir un desfase entre el contencioso-administrativo y la Constitución de 1978 y la consagración de un proceso judicial que garantice el derecho a una tutela judicial efectiva.

¿Cuál podría ser el desenlace? Yo personalmente opino que el ala liberal va ganando más adeptos en estas discusiones y es muy probable que ello conlleve a sucesivas reformas liberalizadoras dentro del Derecho público, tanto en los Estados Unidos de América como en España (allí podrían tener incidencia también las instituciones europeas). En particular, creo que los liberales llevan ventaja en dos puntos: (a) Estados Unidos surgió como una lucha contra la omnipotencia gubernamental y siempre podrá buscar o recuperar ese origen o fuente; y (b) en el caso de España, si a cualquier ciudadano informado le preguntan dónde considera que sus derechos y libertades pueden estar mejor garantizados, si le dan a escoger entre un procedimiento con las características del procedimiento administrativo o el proceso judicial, creo que respondería que preferiría lo segundo. Aun cuando hoy en día valoramos tanto la agilidad, la rapidez y el conocimiento científico, estimo que la relación con el poder político siempre tendrá sus peligros.

Hoy en día, cuando los ciudadanos –incluso los extranjeros– estamos más permanentemente expuestos que nunca a la actividad administrativa, las garantías jurídicas no sobran, ni están de más.

4. Conclusiones

En la primera parte del presente trabajo, hemos presentado unas ideas-fuerza, de corte liberal, sobre cómo pueden analizarse problemas álgidos del derecho administrativo, desde el punto de vista de la reivindicación del valor de la libertad individual y su corolario institucional; desde el punto de vista político y jurídico con la defensa del *Estado limitado*, o *Estado de derecho*, y desde el punto de vista económico, con la defensa de un orden de mercado con intervenciones mínimas necesarias, o lo que es conocido como *Estado mínimo*. Entre dichas ideas-fuerza se encuentran las relativas a la reevaluación del contencioso-administrativo, a la luz del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva, tal y como prevé el artículo 24.1 de la Constitución española, ello con el objeto de que el contencioso-administrativo deje de ser un mecanismo de control a un acto o actuación previa y se convierta en un genuino proceso judicial, con todas las garantías de imparcialidad e idoneidad para todas las partes involucradas.

Dichas ideas-fuerza muestran la necesidad de articular de manera sistemática y orgánica tanto los conceptos jurídicos fundamentales de la teoría general del derecho administrativo, como todo lo relacionado con el derecho administrativo económico y el tratamiento a las garantías jurídicas frente a la Administración pública (entre ellas, la existencia de genuinos procesos judiciales, como ya se ha apuntado), pues se trata de asuntos complejos y conectados entre sí. Genuina y sinceramente pienso que el tratamiento que se da el contencioso-administrativo español tiene conexión plena con la concepción que se tenga sobre qué es acto administrativo (ejecutivo y ejecutorio), qué es contrato administrativo, cuáles son los límites del ejercicio de las potestades discrecionales, o cuál es el rol de los órganos y entes creados en materia de regulación económica, pues, al final, las mismas prerrogativas y la noción de libertad individual que enturbian el manejo de la parte adjetiva del Derecho administrativo igualmente condicionan la parte sustantiva de este.

En la segunda parte de este trabajo, presenté un caso de estudio, el del *Estado administrativo* de los Estados Unidos de América, desde una perspectiva comparada (entendiendo y advirtiendo que se trata de una tradición jurídica distinta) y con el objeto de reconocer en un debate, en principio «ajeno», aspectos propios de nuestra realidad jurídica e institucional. Por más o menos diferencias que existan entre los sistemas jurídicos del *common law* y los sistemas jurídicos del derecho civil, la irrupción de una Administración pública centralizada o federal plantea desafíos similares, especialmente si se les ve desde la situación de las libertades individuales. En el caso estadounidense, parte fuerte de la crítica liberal al Estado administrativo radica en la distorsión del proceso judicial originario y la pérdida de garantías procesales (debido proceso, imparcialidad, libertad para alegar y probar, ser juzgado por sus pares en el caso de la previsión de jurados y grandes jurados). Eso es lo mismo que se discute –con terminología distinta– cuando se debate en el ámbito europeo continental si el contencioso-administrativo representa un *verdadero* proceso judicial.

No conocemos el desenlace del debate sobre el *administrative state* en los Estados Unidos, aun cuando empezamos a ver cierta acción por parte del Tribunal Supremo (para

una muestra, significativo es el «botón» del fallo *West Virginia v. EPA*, de junio de 2022), en el sentido de reivindicar a la parte liberal del debate sin, por ello, dar por finiquitado dicho debate en un sentido u otro. Personalmente pienso, como ya he dicho antes, que los argumentos liberales, sobre todo porque tienen hondas raíces en el constitucionalismo originario de dicho país, tienen gran pertinencia a la hora de evaluar las instituciones políticas y administrativas contemporáneas. Estados Unidos ha sido el emblema del capitalismo mundial y un referente en materia de libertades individuales, por más críticas que se le puedan hacer a ese país. ¿Seguirá el curso –o la desviación, según se le vea– de mantener un modelo regulatorio casi directamente contrario a la letra de su Constitución, mediante agencias que concentran las funciones de las distintas ramas del Estado, en clara desventaja para su tradición judicial? ¿O, por el contrario, será posible dar paulatina marcha atrás mediante una jurisprudencia reivindicadora de los valores liberales y republicanos originales?

Ambas opciones son posibles, así como la opción que ve en el debate sobre el Estado administrativo una posible *confluencia* entre el derecho administrativo del *common law* y el derecho administrativo europeo continental. Pero lo que este trabajo y su autor pueden concluir con mayor asertividad es que estudiar el debate sobre el *administrative state* y su posible desenlace, a la luz de la contraposición directa entre prerrogativas y libertades, permitirá analizar mejor la situación de las instituciones jurídico-administrativas –como es el caso del contencioso-administrativo en el ámbito español– y ver posibilidades de mejora. Sin duda alguna fue una premisa de este trabajo considerar preferible tener un auténtico proceso judicial a tener un pseudoproceso plagados de prerrogativas, que es la situación actual en España. La idea de ver la realidad de un país cuya tradición es tener verdaderos procesos, cultura judicial y de pleitos entre abogados, y la excepción ha sido este *Estado administrativo* de agencias administrativas todopoderosas más propio del siglo XX que del siglo actual, me sigue pareciendo pertinente y válida. Así la defiendo y la sostengo.

Referencias bibliográficas

- Arias Castillo, T. A. (2008). ¿García de Enterría 2000 vs. García de Enterría 1954? El debate sobre el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en España. *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, 114, 7-20.
- Baño León, J. M. (2019). La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de la vigencia de la Ley 29/1998. *Revista Gallega de Administración Pública*, 57, 261-279.
- Beltrán de Felipe, M. y González García, J. V. (2006). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de Justicia de los Estados Unidos de América*. (2.ª ed.). CEPC-BOE.
- Dworkin, R. (1992). *El Imperio de la Justicia*. (2.ª ed.). [Law's Empire, 1986]. Gedisa.

- Epstein, R. A. (2011). *Design for liberty. Private Property, Public Administration, and the Rule of Law*. Harvard University Press.
- Epstein, R. A. (2014). *The Classical Liberal Constitution. The Uncertain Quest for Limited Government*. Harvard University Press.
- Epstein, R. A. (2020). *The Dubious Morality of Modern Administrative Law*. Rowman & Littlefield.
- Ernst, D. (2014). *Tocqueville's Nightmare. The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford University Press.
- Fernández Torres, J. R. (1998). *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*. Civitas.
- Fuller, L. L. (1967). *La moral del derecho*. [The Morality of Law, 1964]. Trillas.
- García de Enterría, E. (1992). *Hacia una nueva justicia administrativa*. (2.ª ed.). Civitas.
- Hamburger, P. (2014). *Is Administrative Law Unlawful?* The University of Chicago Press.
- Hamburger, P. (2017). *The Administrative Threat*. Encounter Books.
- Hamburger, P. (2021). *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*. Harvard University Press.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2004). *El federalista*. (2.ª ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Herrera Guerra, C. A. (2009). La vocación de universalidad del Derecho administrativo: el Administrative State para un país que no es administrado por ángeles. *Revista de Administración Pública*, 178, 143-173.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho administrativo*. Ariel.
- Rosado Pacheco, S. (2000). *El Estado administrativo en la España del siglo XIX: liberalismo e intervencionismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sunstein, C. R. y Vermeule, A. (2015). Libertarian Administrative Law. *University of Chicago Law Review*, 82(1), 393-474.
- Sunstein, C. R. y Vermeule, A. (2018). The Morality of Administrative Law. *Harvard Law Review*, 131(7), 1.924-1.978.
- Sunstein, C. R. y Vermeule, A. (2020). *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*. Harvard University Press.
- Vermeule, A. (2015). No. *Texas Law Review*, 93(6), 1.547-1.568.
- Vermeule, A. (2016). *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*. Harvard University Press.
- Vermeule, A. (2018). *La abdicación del derecho*. [Law's Abnegation, 2016]. Tirant lo Blanch.
- Waldo, D. (1948). *The Administrative State. A Study of the Political Theory of American Public Administration*. The Ronald Press Company.
- Waldo, D. (1961). *Teoría política de la administración pública. El estado administrativo*. [The Administrative State, 1948]. Tecnos.
- Zakaria, F. (2000). *De la riqueza al poder. Los orígenes del liderazgo mundial de Estados Unidos*. [From Wealth to Power. The Unusual Origins of America's World Role, 1998]. Gedisa.



Las sentencias Schrems I (2015) y Schrems II (2020) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de datos de carácter personal en las relaciones internacionales

Nicolás Cabezudo Vidal

Capital markets legal trainee. Ramon y Cajal Abogados (España)

nicabe99@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4729-0469>

Extracto

El objeto principal de este trabajo se centra en el análisis de las garantías y mecanismos de protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de las transferencias internacionales de datos que se producen entre un Estado de la Unión Europea y un tercer Estado, lo que llevará, entre otros extremos, al análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Schrems I, de 15 de julio de 2015, y Schrems II, de 16 de julio de 2020, dos casos paradigmáticos que suponen un importante avance en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión relativa al derecho a la protección de datos de carácter personal y que nos ofrecen una interesante información acerca de la dificultad de fijar medidas de protección eficaces cuando los datos personales traspasan las fronteras de la Unión.

Palabras clave: Schrems; datos personales; transferencias internacionales de datos; *safe harbour*; *privacy shield*.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 27-09-2022 / Publicado: 10-02-2023

Cómo citar: Cabezudo Vidal, N. (2023). Las sentencias Schrems I (2015) y Schrems II (2020) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de datos de carácter personal en las relaciones internacionales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 91-126. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.15785>



The Schrems I (2015) and Schrems II (2020) judgments of the Court of Justice of the European Union and the personal data protection in international relations

Nicolás Cabezudo Vidal

Abstract

The main purpose of this paper is to analyse the guarantees and mechanisms of protection of the fundamental right to personal data protection in the field of international data transfers that occur between a State of the European Union and a third State, which will lead, among other things, to the analysis of the judgments of the Court of Justice of the European Union Schrems I, of July 15, 2015, and Schrems II, of July 16, 2020, two paradigmatic cases that represent an important advance in the doctrine of the Court of Justice of the Union regarding the right to personal data protection and that offer us interesting information about the difficulty of establishing effective protection measures when personal data cross the borders of the Union.

Palabras clave: Schrems; personal data; international data transfers; safe harbour; privacy shield.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 27-09-2022 / Published: 10-02-2023

Citation: Cabezudo Vidal, N. (2023). Las sentencias Schrems I (2015) y Schrems II (2020) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de datos de carácter personal en las relaciones internacionales. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 265, 91-126. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.15785>

Sumario

1. Introducción
 2. La protección de los datos de carácter personal como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea
 3. La normativa europea dirigida a la protección de los datos personales en las transferencias internacionales de datos
 4. Las transferencias de datos de carácter personal entre Europa y Estados Unidos
 - 4.1. El «acuerdo de puerto seguro» (*safe harbour*) recogido en la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000
 - 4.2. Cuando la vulneración del derecho a la protección de los datos personales no procede de los particulares, sino de las autoridades públicas norteamericanas
 5. Análisis de la sentencia Schrems I (STJUE de 6 de octubre de 2015, en el asunto Maximilian Schrems vs. data protection comisionen de Irlanda)
 6. Consecuencias de la sentencia Schrems I: de la nulidad del «acuerdo de puerto seguro» (*safe harbour*) a la aprobación del «acuerdo de escudo de privacidad» (*privacy shield*)
 7. La sentencia Schrems II (STJUE de 16 de julio de 2020, en el asunto *data protection comisionen* y Schrems vs. Facebook Ireland)
 8. Consecuencias de la sentencia Schrems II: la nulidad del «acuerdo de escudo de privacidad» y la pérdida de fiabilidad de las decisiones de adecuación de la Comisión Europea
 9. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo tiene su origen en las investigaciones que el autor comenzó en el marco de las actividades de una beca de colaboración en el área de Derecho Constitucional de la facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, durante el curso 2020-2021, y que se plasmaron en el trabajo de fin de grado, dirigido por el profesor Juan Fernando Durán Alba, defendido como conclusión de sus estudios, que obtuvo la máxima calificación (accesible en https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/51199/TFG-D_01281.pdf?isAllowed=y&sequence=1). El presente texto desarrolla y precisa algunos aspectos abordados en dicho trabajo.



1. Introducción¹

La complejidad técnica, cada vez más sofisticada, de lo que se ha venido a calificar como «tecnologías disruptivas»², junto al fenómeno de la globalización, plantean importantes retos en relación con la protección de datos de carácter personal. Por un lado, los avances tecnológicos permiten que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas realicen operaciones de tratamiento de datos personales, como la recogida, registro, conservación o difusión, en una escala cuantitativa sin precedentes, y por otro, la integración de la economía en un mercado global, con una continua movilización de bienes y servicios, de capital y de trabajadores fuera de las fronteras nacionales, unido a la proliferación de las redes de comunicación social en sitios web o mediante aplicaciones³, conlleva una continua circulación de datos personales más allá de las fronteras del propio Estado.

Este continuo flujo transfronterizo de datos personales hace que sea muy complicado establecer mecanismos jurídicos que protejan a las personas frente al tratamiento no autorizado de sus datos de carácter personal, pues el mundo digital carece de fronteras geográficas, los distintos Estados cuentan con muy diversos estándares de protección de los

¹ Valga esta primera nota para manifestar mi agradecimiento a mi amigo y profesor de Derecho Constitucional Juan Fernando Durán Alba por su constante ayuda y apoyo tanto en la elaboración de este trabajo como en el desarrollo de mi formación universitaria.

² Se utiliza el adjetivo «disruptivas» para calificar a las nuevas tecnologías que se caracterizan por una radical innovación que deja obsoleta la tecnología anterior. Son ejemplos claros el *big data*, la inteligencia artificial, la prestación de servicios de *cloud computing* o la tecnología *blockchain*, entre otras.

³ Facebook y Twitter, por ejemplo, pero hay otras destinadas a compartir contenido audiovisual (YouTube, Snapchat, Instagram), a facilitar contactos laborales (LinkedIn), a promover el social *blogging* (Medium, Tumblr) o a fomentar debates (Reddit, Quora).

datos de carácter personal y los prestadores de bienes o servicios *online* pueden fijar su sede en cualquier lugar físico, por lo que ostentan una posición dominante en el mercado frente a los ciudadanos, que se encuentran en una clara situación de inferioridad.

Por todo ello, tal y como se intentará argumentar a lo largo de las siguientes líneas, la Unión Europea ha asumido, desde hace décadas, una importante labor en la articulación de instrumentos jurídicos dirigidos a garantizar un nivel elevado de protección de los datos personales de los ciudadanos comunitarios, no solo dentro de la Unión, sino también cuando los datos personales se transfieren a un tercer Estado como consecuencia de operaciones comerciales o de otra naturaleza. En esta última situación se exigirá que el país receptor garantice un nivel de protección sustancialmente equivalente al existente en la Unión Europea.

Pues bien, el objeto principal de este trabajo se centra en el análisis de las garantías y mecanismos de protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de las transferencias internacionales de datos que se producen entre un Estado de la Unión Europea y un tercer Estado, lo que llevará, entre otros extremos, al análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Schrems I, de 15 de julio de 2015 (Gran Sala)⁴, y Schrems II, de 16 de julio de 2020 (Gran Sala)⁵, dos casos paradigmáticos que suponen un importante avance en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa al derecho a la protección de datos de carácter personal y que nos ofrecen una interesante información acerca de la dificultad de fijar medidas de protección eficaces cuando los datos personales traspasan las fronteras de la Unión.

En el marco de lo expuesto anteriormente, una idea general atraviesa transversalmente este trabajo, y es que no se puede entender el derecho, las normas jurídicas, al margen de los hechos, de los fenómenos sociales o de los avances tecnológicos. Por ello, solo a partir de un conocimiento realista de los casos en que la tecnología invade y limita nuestros derechos fundamentales es posible articular mecanismos jurídicos para hacer frente a las amenazas que emanan de un mundo digital sin fronteras físicas. Pero junto a esta consideración, las reglas que rigen las relaciones comerciales privadas, muchas de ellas vinculadas al principio de la autonomía de la voluntad, ponen énfasis en la necesidad de que los datos de carácter personal fluyan sin cortapisas fuera de las fronteras nacionales, porque, caso contrario, se pone en peligro la integración de la economía nacional o europea en un mercado global, con una continua movilidad de bienes, de servicios, de capital, de trabajadores y, necesariamente, de datos de carácter personal.

En esta encrucijada se encuentra tanto el derecho constitucional, cuyo ámbito de protección y control natural se ciñe a las fronteras del Estado respecto del que proyecta sus

⁴ Sentencia de 6 de octubre de 2015, Schrems (C-362/14, EU:C:2015:650).

⁵ Sentencia de 16 de julio de 2020, Schrems (C-311/18, EU:C:2020:559).

efectos la Constitución normativa, como el derecho de la Unión Europea, desde el que se está realizado un elogiado esfuerzo con la finalidad de articular instrumentos jurídicos dirigidos a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los ciudadanos comunitarios, no solo dentro de la Unión, sino también *ad extra*, exigiendo que terceros países con los que se realice cualquier tipo de transferencia de datos personales, ya sea en el ámbito público o en el privado, garanticen un nivel de protección sustancialmente equivalente al prestado dentro del territorio comunitario y, caso contrario, prohibiendo la transferencia de datos a dichos países.

La pregunta es obligada: ¿puede la Unión Europea intervenir en las relaciones comerciales con terceros Estados hasta el extremo de prohibirlas cuando no es posible asegurar la protección de los datos de carácter personal de los usuarios de esos servicios? La respuesta nos reconduce a los *leading cases*, que constituyen el núcleo principal de este trabajo: las STJUE Schrems I y II del TJUE. No obstante, el punto de arranque de nuestra investigación lo podemos situar en junio del año 2013, cuando el señor Edward Snowden, un joven informático norteamericano que trabajaba para la NSA (National Security Agency, de los Estados Unidos) filtró a la prensa diversos documentos calificados «de alto secreto», que revelaban la existencia de varios programas de vigilancia estatal masiva, como PRISM o Upstream. Estas revelaciones contemplaban la recogida y tratamiento a gran escala de datos personales de ciudadanos norteamericanos y de terceros países, entre los que se encontraban, como no podía ser de otra manera, ciudadanos europeos.

Estas filtraciones rompieron la relación de confianza con los Estados Unidos en lo que respecta a la protección de los datos personales de los ciudadanos comunitarios y dieron lugar a un tsunami de críticas dirigidas a las autoridades estadounidenses. Sin embargo, la Comisión Europea no suspendió, como hubiera sido procedente, la «decisión de adecuación del año 2000», que declaraba que Norteamérica era un «puerto seguro» para los datos personales de los ciudadanos comunitarios, cuestión sobre la que volveremos más adelante. Ahora bien, frente a la pasividad de la Comisión Europea, será otro particular, el señor Schrems, quien decidió emprender una lucha personal digna de ser comparada con la batalla entre David y Goliat, iniciando una contienda judicial contra la empresa norteamericana Facebook Inc., red social de la que era usuario y cuya filial en Europa tiene sede en Irlanda, denunciando ante la autoridad de protección de datos irlandesa que dicha empresa no garantizaba la seguridad de sus datos personales frente a una eventual intervención de las autoridades norteamericanas amparada en presuntas razones de seguridad nacional.

Como se explicará a lo largo de las siguientes líneas, el caso llegó al TJUE y la Gran Sala dictó sentencia, de fecha 6 de octubre de 2015, anulando la citada decisión de adecuación de la Comisión Europea. Dicho de otro modo: el TJUE le grita al mundo que los Estados Unidos no son un «puerto de destino seguro» para los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea y, por extensión, para ninguna persona, sea cual fuere su nacionalidad. Las consecuencias de esta sentencia fueron muy serias: pérdida de fiabili-

dad de las decisiones de adecuación de la Comisión Europea, inexistencia de garantías de protección de los datos personales en las relaciones comerciales con los Estados Unidos e incertidumbre para las empresas, al ponerse en peligro la fluidez de las relaciones comerciales con dicho país.

Todo ello va a forzar, en el año 2016, una segunda decisión de adecuación de la Comisión, que lleva aparejado el calificado como «acuerdo del escudo de privacidad», con el ingenuo planteamiento de que los Estados Unidos han reforzado su sistema de garantías para una efectiva protección de los datos personales de los ciudadanos comunitarios. Sin embargo, la historia se repite, Schrems vuelve a acudir a los tribunales irlandeses y el caso llega de nuevo al TJUE, que anula la segunda decisión de adecuación de la Comisión respecto de los Estados Unidos y reitera su doctrina respecto de lo que son los estándares europeos de protección de datos personales. Cuestiones, todas ellas, sobre las que se pretende profundizar a lo largo de las siguientes páginas.

2. La protección de los datos de carácter personal como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea

Seguramente es ocioso recordar que el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 por los Estados miembros de la Unión Europea⁶, constituye un paso definitivo en el «prolongado esfuerzo por revestir la construcción europea de dimensión constitucional» (López Aguilar, 2017, p. 557), no solo porque incorpora al Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) preceptos que aseguran la fuerza vinculante de los principios generales y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como fuente del derecho europeo (arts. 2, 3, 4 y 6 TUE), sino también porque, tras su firma, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (CDFUE)⁷, que pasará a tener el mismo valor jurídico que los tratados, tal y como prevé el artículo 6 del TUE. Asimismo, la Unión reconoce que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales formarán parte del derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE)⁸ y, como ha tenido ocasión de

⁶ Denominado formalmente «Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁷ Proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada y firmada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo por los mismos órganos.

⁸ Para una mayor profundización sobre esta cuestión puede consultarse, entre otros muchos: Balaguer Callejón (2008) y Carmona Contreras (2016).

declarar el TJUE, aunque los derechos contenidos en la Carta se correspondan con derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, este no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión, toda vez que la Unión aún no se ha adherido formalmente a él⁹.

A los efectos de este trabajo, nos interesa reparar en algo ya plenamente asumido, como es la importancia de la incorporación de la CDFUE de la Unión Europea como derecho vinculante, tanto para las instituciones, órganos y organismos de la Unión, como para los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión¹⁰, así como en la trascendental labor del TJUE en la defensa de estos derechos y en la delimitación de su contenido y garantías. En este sentido, los estudios más recientes de la doctrina especializada señalan al menos tres ámbitos específicos de incidencia decisiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la de los tribunales garantes de los ordenamientos de los Estados miembros: el acceso a la justicia y a la tutela judicial; la igualdad de trato y no discriminación; y, en lo que ahora nos ocupa, la privacidad, la vida privada y la protección de datos¹¹.

Centrándonos en el último de los ámbitos señalados, el artículo 7 de la CDFUE establece que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones», y el artículo 8. 1 de la CDFUE reconoce a toda persona «el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan», lo que ha de completarse con lo previsto en el apartado segundo de ese mismo artículo, en el que se recoge que los datos de carácter personal «se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley». El artículo 8 de la CDFUE se cierra con un tercer apartado, en el que se indica que «el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente».

Más allá de los artículos reproducidos, la Carta no ofrece una definición detallada de este derecho, pero, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE y de las normas comunitarias dirigidas a proteger el derecho a la protección de datos personales, en el ámbito de la Unión Europea el valor o bien jurídico protegido por este derecho fundamental es la libertad del individuo frente a los abusos y presiones a los que puede verse sometido, por poderes públicos o por particulares, como consecuencia del acceso y tratamiento de sus

⁹ SSTJUE de 26 de febrero de 2013, *Akerberg Fransson* (C617/10, EU: C:2013:105), apartado 44 y jurisprudencia citada, y de 20 de marzo de 2018, *Menci* (C524/15, EU:C:2018:197), apartado 22.

¹⁰ Para Mangas Martín (2008, p. 814) «parece inevitable que la Carta penetre en la totalidad de la actividad normativa y ejecutiva del Estado», de tal manera que los ciudadanos pueden invocar «los derechos reconocidos en la Carta ante los jueces sin distinciones de si la efectividad interna es competencia propia o competencia atribuida».

¹¹ Sobre el importante papel del TJUE en la defensa de los derechos de la Carta puede consultarse Saiz Arnaiz (2005).

datos personales, que no son solo aquellos que pueden calificarse como íntimos, sino toda información relativa a una persona física identificada o identificable¹².

Asimismo, no se ha de olvidar que, conforme al artículo 52.1 de la CDFUE, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá estar prevista en la ley y respetar su contenido, lo que ha de completarse con lo recogido en el artículo 52.1 de la CDFUE, en el que se indica que, atendiendo al principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones a dichos derechos y libertades cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de otros derechos y libertades reconocidos en la Carta, lo que, trasladado a la protección de datos de carácter personal, ha llevado al TJUE a sostener que para cumplir el principio de proporcionalidad, los posibles límites a la protección de los datos personales «no deben exceder de lo estrictamente necesario», insistiendo en que «la normativa controvertida que conlleve la injerencia debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso»¹³. En particular, dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario¹⁴.

Por ello, la jurisprudencia del TJUE dictada en materia de protección de datos ha tenido una influencia decisiva para la configuración del contenido de este derecho por parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, siendo interesante resaltar desde estas líneas que el TJUE siempre se ha mostrado especialmente severo a la hora de exigir que la Unión Europea garantice unos estándares de protección rigurosos en la protección de los datos personales, no solo dentro de las fronteras de la Unión, sino también respecto de terceros países. También es importante aclarar que, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, dada la ausencia en el derecho de la Unión de una remisión expresa al derecho nacional de los Estados miembros, la interpretación de los derechos de la Carta no se realiza a la luz del derecho nacional, aunque sea de rango constitucional¹⁵, incluso en aquellos supuestos en los que los Estados miembros mantengan unos altos estándares de protección, como es el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, que ha tenido un papel muy importante en la configuración del derecho fundamental a la protección de

¹² Como recogía, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, la Directiva 95/46/CE, en su artículo 2 a).

¹³ Así lo indica en el apartado 176 de la sentencia Schrems II, que analizaremos con detenimiento más adelante.

¹⁴ Véase, en este sentido, el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UECanadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 140 y 141 y jurisprudencia citada.

¹⁵ Como se indica en la STJUE de 18 de octubre de 2016, Nikiiforidis (C135/15, EU:C:2016:774), apartado 28.

datos de carácter personal como derecho fundamental, con un contenido autónomo, distinto al derecho a la intimidad, pudiendo destacar las SSTC 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, dado que son las primeras que reconoce un derecho fundamental *ex novo* a la protección de datos de carácter personal a partir del artículo 18.4 de la CE¹⁶, sin perjuicio de que hay otras sentencias previas, como la STC 254/1993, de 20 de julio, en la que el Tribunal Constitucional ya indica que del artículo 18.4 de la CE se desprende un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor que es, además, en sí mismo, «un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos» (FJ 6)¹⁷.

3. La normativa europea dirigida a la protección de los datos personales en las transferencias internacionales de datos

Desde estas líneas no se pretende llevar a cabo un análisis pormenorizado de la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, sino solo examinar la regulación que está directamente relacionada con las transferencias de datos personales desde la Unión Europea a terceros países o a organizaciones internacionales, en especial cuando la transferencia se produce como consecuencia de las relaciones comerciales entre dos o más operadores jurídicos. Pues bien, desde un punto de vista cronológico, el primer instrumento jurídico relevante se materializa en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁸, que nace para hacer frente a todos los problemas derivados de la legislación divergente entre los Estados miembros de la UE en materia de protección de datos y que estuvo vigente hasta la entrada en vigor del actual Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación.

En lo que ahora nos interesa, la directiva preveía que las transferencias de datos personales a un tercer país que no garantizase un nivel de protección adecuado solo podrían realizarse cuando el responsable del tratamiento ofreciera garantías suficientes dirigidas a asegurar la vida privada y el resto de derechos y libertades fundamentales que pudieran

¹⁶ Que dispone: «Se limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

¹⁷ Sobre esta materia puede consultarse, entre otros, Aguado Renedo (2010). Más recientemente Bilbao Ubillos (2020, pp. 66 y ss.).

¹⁸ La Directiva 95/46/CE fue transpuesta en España en diciembre de 1999, mediante la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos (LOPD), que entró en vigor en enero del 2000.

verse afectados. Dichas garantías podían derivarse «de cláusulas contractuales apropiadas», que deberían controlarse a través de las autoridades de control de la protección de datos de carácter personal existentes en los Estados miembros, siendo abundante la jurisprudencia del TJUE que pone especial énfasis en su importancia¹⁹.

Siguiendo una exposición cronológica de los principales instrumentos jurídicos de la Unión Europea en relación con la protección de datos objeto de las transferencias a terceros países, debemos llamar la atención sobre diversas decisiones de la Comisión²⁰, comenzando con la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, conocida coloquialmente como «acuerdo de puerto seguro», que constituye una de las denominadas «decisiones de adecuación» a las que se refiere la directiva²¹, en este caso con la finalidad de fijar las condiciones de protección de los datos de carácter personal en las transferencias de datos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica, que constituye el objeto de impugnación de la STJUE Schrems I.

Adelantamos que se trata de una decisión de adecuación parcial, es decir, su mera aprobación no supone la presunción de adecuación de la totalidad de las empresas estadounidenses, sino que únicamente afectará a aquellas que formen parte del acuerdo y, por lo tanto, solo servirá de cobertura legal a las empresas norteamericanas que se comprometan a cumplir todos los principios recogidos en el mismo, pero, en todo caso, resulta un caso paradigmático que pone de relieve algunos de los problemas que surgen con terceros países (no necesariamente del tercer mundo) cuando se trata de proteger los datos de carácter personal que se transfieren desde la Unión Europea.

También destaca la Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15 de junio de 2001, relativa a las «cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país», en la que se define las «cláusulas contractuales tipo» como un instrumento idóneo para garantizar un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos de la UE a

¹⁹ SSTJUE de 9 de marzo de 2010, Comisión/Alemania (C518/07, EU:C:2010:125), apartado 25 y de 8 de abril de 2014, Comisión/Hungría (C288/12, EU:C:2014:237), apartado 48 y la jurisprudencia citada. Para garantizar esa protección, las autoridades nacionales de control han de lograr un justo equilibrio entre el respeto del derecho fundamental a la vida privada y los intereses que exigen la libre circulación de datos personales (véanse, en ese sentido, las STJUE citadas, en sus apartados 24 y 51, respectivamente).

²⁰ De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 288 y siguientes del TFUE, la decisión vincula de manera directa e inmediata a sus destinatarios en todos sus elementos. Una decisión puede dirigirse a las instituciones, órganos, organismos y funcionarios de la Unión, a uno o varios de sus Estados miembros, o a particulares.

²¹ El artículo 25.6 de la directiva disponía: La Comisión podrá hacer constar, de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 31, que un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, suscritos especialmente al término de las negociaciones mencionadas en el apartado 5.

terceros países y que fue modificada pocos años después por la Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, mediante la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales para la transferencia de datos personales a terceros países. Unos años más tarde, todas las decisiones anteriores se sustituyen por la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, también relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que forma parte del objeto de análisis de la STJUE Schrems II, así como la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de privacidad entre la Unión Europea y los Estados Unidos, sobre las que también volveremos más adelante.

Finalmente, el 14 de abril de 2016, tras un largo proceso legislativo, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (RGPD), que establece nuevas reglas y sustituye el marco regulador anteriormente descrito. Su aplicación directa a los diferentes Estados miembros, sin necesidad de trasposición por las normas nacionales, ha permitido la armonización de la protección de datos en todos los Estados miembros de la Unión Europea²².

En el considerando número 101, el reglamento hace una primera referencia a los flujos transfronterizos de datos personales a países y organizaciones internacionales no pertenecientes a la Unión, constatando que dicha transferencia de datos es necesaria «para la expansión del comercio y la cooperación internacionales», pero también insistiendo en que si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países, «esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión por el presente Reglamento». En este sentido, en el considerando 103 el reglamento adelanta el importante papel que se le otorga a la Comisión, pues será el órgano encargado de decidir, con efectos para toda la Unión, que un tercer país, un territorio o un sector específico de un tercer país, o una organización internacional, ofrecen un nivel de protección adecuado de los datos de carácter personal transferidos desde la Unión, aportando de esta forma seguridad y uniformidad jurídica a toda la Unión. Todo ello se regula de manera pormenorizada en el capítulo V del RGPD, que se dedica a la «transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales» (arts. 44 al 50), que, por razones sistemáticas, analizaremos con detenimiento más adelante.

²² Pese a la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea, que comenzó a aplicarse en España a partir del 25 de mayo de 2018, fue necesaria la elaboración de una nueva ley orgánica en España, que se concretó en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

4. Las transferencias de datos de carácter personal entre Europa y Estados Unidos

4.1. El «acuerdo de puerto seguro» (*safe harbour*) recogido en la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000

Como ya hemos adelantado, la Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, fue adoptada por la Comisión con apoyo en el artículo 25.6 de la Directiva 95/46/CE²³, con la finalidad de establecer un nivel adecuado de protección de los datos de carácter personal en las transferencias desde la Unión Europea a los Estados Unidos de América.

Para entender la importancia de esta decisión, hay que tener en cuenta que la aprobación de la Directiva 95/46/CE provocó cierta preocupación entre las empresas europeas y norteamericanas, pues se temía que las duras exigencias de protección de datos exigidas por la Unión Europea afectarían negativamente a las relaciones comerciales entre ambos países, dado que la legislación norteamericana resultaba (y resulta) mucho más laxa que la europea, pues se apoya en un sistema de «autorregulación» entre las empresas y los interesados, mientras que en Europa se parte de una legislación general directamente vinculante para poderes públicos y particulares. Esta situación llevó al Departamento de Comercio de Estados Unidos a iniciar en 1998 negociaciones con la Comisión Europea, con la finalidad de establecer unos estándares de protección adecuados que facilitarían el flujo de datos personales entre la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica²⁴.

Desde la entrada en vigor de esta decisión, el 26 de julio de 2000, hasta el 6 de octubre de 2015, fecha en que el TSJUE anuló dicha norma comunitaria mediante la sentencia Schrems I, las transferencias internacionales de datos realizadas entre la Unión Europea y los Estados Unidos estaban basadas en el llamado «acuerdo de puerto seguro» (*safe harbour*), regulado en la citada decisión, de tal manera que todas aquellas empresas norteamericanas suscritas a dicho acuerdo asumían el cumplimiento de la normativa europea relativa a la protección de datos de carácter personal, evitando así la necesidad de un control individualizado de todas las transferencias de datos realizadas entre cualquiera de los países de la Unión y las empresas.

²³ El artículo 25.2 establecía: «El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países».

²⁴ Algunos documentos relevantes relativos a dichas negociaciones pueden encontrarse en: http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018496.asp

En síntesis, la Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, establecía que el nivel adecuado de protección de la transferencia de datos desde la Unión Europea a los Estados Unidos de América solo podría alcanzarse si las entidades y empresas norteamericanas cumplían un conjunto de requisitos calificados como «principios de puerto seguro» (recogidos en el anexo I de la decisión). Asimismo, se recogía un elenco de preguntas y respuestas englobadas bajo las siglas FAQ (*frequently answers and questions*), a través de las que se proporcionaba orientación para aplicar los referidos principios. Por su parte, las entidades y empresas norteamericanas debían dar a conocer públicamente sus políticas de protección de los datos de carácter personal y someterse a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission), que prohíbe actos o prácticas desleales o fraudulentas en el comercio o en relación con él.

Hay que recordar, como ya advertimos, que estamos ante una decisión de adecuación parcial, por lo que su mera aprobación no suponía la presunción de adecuación de la totalidad de las empresas estadounidenses, sino que únicamente afectaba a aquellas que suscribían el «acuerdo de puerto seguro» y que, en consecuencia, se comprometían a cumplir los principios que se derivaban del mismo. Con esta finalidad, las empresas que se quería adherir a este sistema de protección debían presentar una «carta de autocertificación» ante el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, a través de la que manifestaban su adhesión. ¿De qué modo una entidad «autocertificaba» su adhesión a los «principios de puerto seguro»? Se trata de una pregunta frecuente (FAQ), por lo que en el anexo II de la decisión se explicaba que para proceder a la autocertificación las entidades podían proporcionar al Departamento de Comercio una carta firmada por uno de los responsables de la empresa en nombre de la entidad, declarando su adhesión al «acuerdo de puerto seguro».

Por lo demás, las empresas norteamericanas que suscribían el «acuerdo de puerto seguro» estaban sujetas a la jurisdicción de uno de los organismos públicos estadounidenses que figuraban en el anexo VII de la decisión, facultados para investigar las quejas que pudieran presentarse y para solicitar medidas provisionales contra las prácticas desleales o fraudulentas, así como para establecer las reparaciones que fuesen necesarias para los particulares perjudicados, independientemente de su país de residencia o de su nacionalidad.

En el anexo I de la decisión se recogen los «principios de puerto seguro», que pueden resumirse en los siguientes puntos: a) principio de notificación (*notice*): establece la obligación que tienen las entidades y empresas de informar a los interesados de los fines y tratamiento de sus datos de carácter personal; b) principio de opción (*choice*): dispone la obligación de las entidades y empresas de ofrecer a los particulares la posibilidad de decidir si sus datos de carácter personal pueden ser o no cedidos a un tercero; c) principio de transferencia ulterior (*onward transfer*): señala que para revelar información a terceros que no participen en el «acuerdo de puerto seguro», las entidades y empresas deberán

aplicar los principios de notificación y de opción; d) principio de seguridad (*security*): dispone que las entidades y empresas que se encarguen de la recogida de datos de carácter personal deberán tomar todas las precauciones que estimen oportunas con el fin de evitar la pérdida, modificación o destrucción de los mismos; e) principio de integridad de los datos (*data integrity*): señala que los datos de carácter personal deben ser pertinentes con respecto a los fines para los que se recaban; f) principio de acceso (*access*): recoge el derecho de los particulares a conocer aquellos datos de carácter personal que las entidades tengan sobre ellos y el derecho a poder corregirlos, modificarlos o suprimirlos en caso de que sean inexactos; g) principio de aplicación (*enforcement*): fija la necesidad de incluir una vía de recurso para los interesados que se vean afectados por el incumplimiento de la normativa sobre la transferencia internacional de datos de carácter personal entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

De acuerdo con lo expuesto, todo parecía indicar que la Decisión 2000/520/CE garantizaba que los Estados Unidos era un Estado seguro respecto de las garantías de protección de los datos personales de los ciudadanos europeos. Sin embargo, como veremos a continuación, los principios generales antes expuestos cedían en aquellos supuestos en que las autoridades norteamericanas invocasen genéricas razones de «seguridad nacional», sin que la normativa de los Estados Unidos previese recurso alguno ante ningún órgano judicial para impugnar la proporcionalidad de dicha intervención estatal. Dicho de otro modo, los «principios de puerto seguro» eran solo aplicables a particulares y empresas estadounidenses que se hubiesen adherido a él, pero las autoridades públicas norteamericanas no estaban sometidas a dicho régimen, prevaleciendo las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley de los Estados Unidos, lo que estaba previsto en el anexo I de la Decisión 2000/520/CE.

4.2. Cuando la vulneración del derecho a la protección de los datos personales no procede de los particulares, sino de las autoridades públicas norteamericanas

Como se recordará, pues la prensa nacional e internacional dio buena cuenta de la noticia, en junio de 2013 el Sr. Edward Snowden, un joven informático norteamericano que trabajaba para la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos (NSA), descubrió e hizo pública la vigilancia ejercida por el Ejecutivo de los Estados Unidos sobre ciudadanos norteamericanos y de terceros países, quien, sin autorización judicial e invocando genéricos «intereses relacionados con la seguridad nacional», interceptaba teléfonos y correos electrónicos, accedía a datos de carácter personal de ficheros de empresas (como Facebook), sustraía información a gobiernos de terceros Estados, etc. La denuncia pública contaba con pruebas fehacientes, pues Snowden filtró a la prensa un importante número de documentos calificados como «de alto secreto», que evidenciaban la ilegítima conducta de la potencia americana en la privacidad de la población mundial.

De las revelaciones hechas por Edward Snowden respecto de la existencia en los Estados Unidos de varios programas de vigilancia estatal (como el programa PRISM, que comprendían la recogida y el tratamiento a gran escala de datos personales de ciudadanos norteamericanos y de personas de terceros países), la Comisión Europea se vio en la necesidad de aprobar, el 27 de noviembre de 2013, la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE. UU.»²⁵, que iba acompañada de un informe sobre protección de datos personales, también con fecha de 27 de noviembre de 2013, elaborado por un grupo de trabajo creado *ad hoc* y formado por representantes de la Unión Europea y de los Estados Unidos de Norteamérica (*Report on the Findings by the EU Co-chairs of the ad hoc EU-US Working Group on Data Protection*), que contenía un exhaustivo estudio del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América en lo que se refiere a la regulación legal que autoriza la existencia de programas de vigilancia y de recogida y tratamiento de datos personales por el Gobierno estadounidense, que hay que poner en conexión con lo dispuesto en el punto 2 de la citada comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, en la que la Comisión manifestaba que «ha aumentado la preocupación por el nivel de protección de los datos personales de los ciudadanos de la [Unión] transferidos a Estados Unidos en el marco del régimen de Puerto Seguro», y con el punto 3.2, en el que se constatan serias deficiencias en la aplicación de la Decisión 2000/520/CE, concluyendo que «habida cuenta de las deficiencias halladas, no puede mantenerse la aplicación actual del régimen de Puerto Seguro», pero añadiendo que, toda vez que su derogación afectaría negativamente a los intereses de las empresas de la Unión Europea y de los Estados Unidos que se han adherido al mismo, la Comisión, con carácter de urgencia, «debatirá con las autoridades de Estados Unidos las deficiencias detectadas» con la finalidad de llegar a una solución²⁶.

La Comisión no utiliza términos diplomáticos cuando acusa directamente a las autoridades norteamericanas de no aplicar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, pues afirma que, al tratarse de programas a gran escala y sin intervención judicial «puede ocurrir que las autoridades estadounidenses accedan y procesen los datos transferidos al amparo del puerto seguro más allá de lo estrictamente necesario y proporcionado para la protección de la seguridad nacional, como reza la excepción prevista en la Decisión [2000/520/CE]»; a lo que se une, como se indica en el punto 7.2, que las garantías de protección previstas por la legislación estadounidense se refieren a los ciudadanos estadounidenses o a los residentes legales, sin que esté prevista la posibilidad de que los ciudadanos de la Unión Europea puedan acceder a sus datos, rectificarlos o suprimirlos, ni obtener reparación administrativa o judicial, cuando dichos datos son re-

²⁵ COM (2013) 846 final.

²⁶ Como se desprende de la comunicación que analizamos, a 26 de septiembre de 2013 se habían adherido al «acuerdo de puerto seguro» un total de 3.246 entidades privadas pertenecientes a sectores de la industria y al sector servicios.

cogidos y tratados como consecuencia de los programas de vigilancia de las autoridades norteamericanas²⁷.

De hecho, algunos Estados miembros europeos, como Alemania, comenzaron a llevar a cabo acciones unilaterales frente a los Estados Unidos, en defensa de los datos de carácter personal de sus ciudadanos. Así, las autoridades alemanas de protección de datos, tanto federales como estatales, se pronunciaron de forma conjunta sobre el «acuerdo de puerto seguro», emitiendo un resolución, en julio de 2013, en la que se declaraba que, debido a las revelaciones sobre las actividades de vigilancia por los servicios de inteligencia y las agencias de seguridad norteamericana, no emitirían ninguna autorización más de transferencia internacional de datos a los Estados Unidos, mientras estudiaban la eventual suspensión de las transferencias internacionales de datos que ya se estaban llevando a cabo en virtud del «acuerdo de puerto seguro»²⁸. Años después, el 19 de marzo de 2015 y de forma rotunda, la autoridad federal alemana de protección de datos (Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit) emitió un comunicado manifestando de manera explícita que el «acuerdo de puerto seguro» no proporciona un nivel adecuado de protección de los datos de carácter personal transferidos desde la Unión Europea a los Estados Unidos de Norteamérica²⁹.

Pese a todas estas denuncias, tanto las autoridades comunitarias como las empresas eran conscientes de que una suspensión del «acuerdo de puerto seguro» tendría consecuencias nefastas en las relaciones comerciales entre los Estados Unidos y la Unión Europea, por lo que la Comisión no se planteó suspender la decisión de adecuación que amparaba dicho acuerdo. Todo ello nos sitúa ante una cuestión mucho más amplia de la que ahora estamos analizando, esto es, ante los diferentes sistemas de protección de los datos de carácter personal que existen entre los Estados Unidos y la Unión Europea³⁰.

Sin embargo, como veremos a continuación, el «acuerdo de puerto seguro» sucumbió definitivamente cuando el TJUE dictó la sentencia, de 6 de octubre de 2015, en el asunto

²⁷ Sobre el programa de vigilancia de la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, véase el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (A7- 0139/2014), de 21 de febrero de 2014. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2014-0139+0+DOC+PDF+V0//ES>

²⁸ Dicha resolución está disponible (en inglés) en: http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/ErgaenzendeDokumente/PMDSK_SafeHarbor_Eng.pdf?__blob=publicationFile

²⁹ http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DSBundLaender/89DSK-SafeHarbor.html?cms_sortOrder=score+desc&cms_templateQueryString=safe+harbor

³⁰ En relación con los diferentes estándares de protección de la privacidad en la Unión Europea en comparación con los Estados Unidos, véase, entre otros, el documento de la Administración Obama, de mayo de 2014, *Big Data: Seizing opportunities, preserving value* y *Big Data and privacy: a technological perspective*. También Álvarez Caro y Uriarte Landa (2014).

C-362/14, Maximilian Schreems vs. Data Protection Comisiones, donde declara inválida la Decisión 200/520/CE, de 26 de julio de 2000.

5. Análisis de la sentencia Schrems I (STJUE de 6 de octubre de 2015, en el asunto Maximilian Schreems vs. data protection comisiones de Irlanda)

Las duras críticas de la prensa estadounidense a la política de vigilancia e intromisión en la intimidad de los ciudadanos por parte de las autoridades norteamericanas³¹, que pronto tuvo eco en toda la prensa mundial, así como los severos términos de la comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE. UU.», de 27 de noviembre de 2013, a la que acabamos de hacer referencia, provocó una creciente inquietud entre la población europea que facilitó el camino para que un ciudadano austriaco, el Sr. Schrems, se decidiera a iniciar un proceso judicial contra la empresa norteamericana Facebook, que culminó con la STJUE de 6 de octubre de 2015, mediante la que se declara inválida la Decisión de la Comisión 200/520/CE, de 26 de julio de 2000, o lo que es lo mismo, mediante la que se declara nulo el «acuerdo de puerto seguro».

El Sr. Schrems era usuario de la red social Facebook desde 2008, siendo importante aclarar, para entender el caso, que cualquier usuario de la Unión Europea que quiera utilizar esta red social debe firmar un contrato con Facebook Ireland, que es la filial europea de Facebook Inc. (esta última con domicilio social en los Estados Unidos), y que los datos de los usuarios europeos de Facebook Ireland son trasladados a los servidores centrales de Facebook Inc. situados en los Estados Unidos, donde son objeto de tratamiento.

Pues bien, esta sentencia resuelve la cuestión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE, por la High Court (Tribunal Superior de Irlanda) en el procedimiento entre Maximilian Schrems (usuario de la red Facebook) y el Data Protection Commissioner Ireland (Comisario para la Protección de Datos en Irlanda), denominado comúnmente como *commissioner* (comisario), que es la máxima autoridad irlandesa encargada de la protección de datos de carácter personal, quien se negó a instruir y tramitar la reclamación presentada

³¹ Véanse los incisivos artículos publicados en *The Guardian* y *The Washington Post*, entre junio y agosto de 2013, entre otros: G. Greenwald: «NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily», en *The Guardian*, de 6 de junio de 2013; B. Gellman y L. Poitras: «U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program», en *The Washington Post*, de 7 de junio de 2013; G. Greenwald y E. Macaskill: «NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others», en *The Guardian*, de 7 de junio de 2013; N. Hopkins: «UK gathering intelligence via covert NSA operation», en *The Guardian*, de 7 de junio de 2013.

por el Sr. Schrems, basada en que Facebook Ireland transfería a Estados Unidos los datos personales de sus usuarios en Europa, almacenándolos en sus servidores estadounidenses, sin cumplir los principio exigidos en el «acuerdo de puerto seguro» previsto en la Decisión 2000/520/CE de la Comisión.

En su denuncia Schrems solicitaba que se prohibiera a Facebook Ireland la transferencia de los datos personales de sus usuarios al servidor de los Estados Unidos, alegando que la normativa jurídica de este país no garantizaba una protección suficiente de los datos personales de acuerdo con los estándares de la Unión Europea, lo que resultaba muy grave cuando la injerencia se producía como consecuencia de las actividades de vigilancia practicadas por las autoridades públicas norteamericanas, en clara referencia a las revelaciones de Edward Snowden sobre las actividades de los servicios de información de los Estados Unidos, en particular las de la Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos.

Sin embargo, y pese a la importancia de un tema que estaba siendo objeto de análisis por parte de los gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea, el comisario irlandés desestimó la reclamación al entender que no era competente para entrar a enjuiciar una materia que estaba amparada por la Decisión 2000/520/CE. En consecuencia, Schrems interpuso un recurso ante la High Court (Tribunal Supremo de Irlanda), órgano judicial que, tras examinar las pruebas presentadas por la parte denunciante, entendió que se encontraba ante un caso que sobrepasa el derecho irlandés, siendo de aplicación el derecho de la Unión Europea, pues existían serias dudas de que la Decisión 2000/520/CE se ajustara a las exigencias derivadas, tanto de los artículos 7 y 8 de la Carta, como de los principios enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Digital Rights Ireland* y otros³², pues el respeto a la vida privada garantizado en el artículo 7 de la Carta quedaría privado de efectividad si se permitiera a los poderes públicos norteamericanos acceder a las comunicaciones electrónicas y a los datos de carácter personal de manera aleatoria y generalizada, sin ninguna justificación objetiva y motivada, fundada en motivos de seguridad nacional, que, en todo caso, deberían estar regulados de forma clara y previsible y con supervisión judicial. En consecuencia, elevó al TJUE sendas cuestiones prejudiciales.

La primera de las cuestiones prejudiciales planteadas permitió al Tribunal de Justicia dictar jurisprudencia dirigida a la delimitación del ámbito de competencias de las autoridades de control de cada uno de los Estados miembros (el Data Protection Commissioner en Irlanda, o la Agencia Nacional de Protección de datos en el caso español), así como la ex-

³² C293/12 y C594/12, EU: C:2014:238. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, en la que resuelve sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court (Irlanda) y el Verfassungsgerichtshof (Austria), y en la que el TJUE declara inválida la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

tensión territorial de sus facultades de control cuando, como es el caso, el tratamiento de los datos personales no solo tiene lugar fuera de las fronteras del Estado en el que dicho órgano de control ejerce su labor, sino fuera de la Unión Europea. Según entiende el TJUE, las autoridades nacionales de control están encargadas del correcto cumplimiento de las reglas de la Unión para la protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales, concluyendo que «toda autoridad nacional de control está investida, por tanto, de la competencia para comprobar si una transferencia de datos personales desde el Estado miembro de esa autoridad hacia un tercer país respeta las exigencias establecidas por la Directiva 95/46» (apartado 47), concluyendo que la Decisión 2000/520/CE no puede en ningún caso impedir «que las personas cuyos datos personales hayan sido o pudieran ser transferidos a un tercer país, presenten a las autoridades nacionales de control una solicitud, prevista en el art. 28.4 de la Directiva 95/46, para la protección de sus derechos y libertades» (apartado 53), sin perjuicio de que, en caso de que se considere fundada la denuncia, se tenga que trasladar el caso al Tribunal de Justicia competente, para que eleve una cuestión prejudicial al TJUE.

Una vez aclarada la extensión de las facultades de las autoridades de control de protección de datos de los Estados miembros, el TJUE pasa a examinar la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas, relativa a si el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América garantiza un nivel de protección adecuado de los datos personales trasferidos desde la Unión Europea y, en consecuencia, si la Decisión 2000/520/CE y los «principios de puerto seguro» que figuran su anexo I se ajustan a las exigencias derivadas de la Directiva 95/46/CE, interpretada a la luz de la Carta.

El Tribunal constata que, en virtud del anexo I de la Decisión 2000/520/CE, los «principios de puerto seguro» son aplicables únicamente a las entidades y empresas estadounidenses «autocertificadas» que reciban datos personales desde la Unión como consecuencia del comercio internacional, pero no se extienden a las autoridades del país, que también pueden acceder a dichos datos como dispone el anexo I, por «exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley». En consecuencia, aunque el TJUE no lo dice de forma explícita, da a entender que la Decisión 2000/520/CE abre la puerta para que las autoridades norteamericanas accedan de manera indiscriminada y sin ningún tipo de control a los datos de carácter personal que llegan desde la Unión Europea a empresas de los Estados Unidos, dado el carácter general de la excepción prevista en el anexo I.

En esta sentencia el TJUE fija una doctrina que resulta muy relevante en relación con los estándares de protección de los datos de carácter personal que debe garantizar la Unión y que se extienden a las transferencias de datos personales a países terceros. Doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) Toda normativa que autorice un límite en los derechos fundamentales garantizados por los artículos 7 y 8 de la Carta debe contener «reglas claras y precisas

que regulen el alcance y la aplicación» de la injerencia (apartado 91); asimismo deberá contener los criterios objetivos que permitan determinar los casos en los que cabe que una autoridad pública pueda acceder y utilizar los datos personales (apartado 94).

- b) Supone una clara lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta la imposibilidad de que el justiciable ejerza acciones para acceder a sus datos personales o para conseguir su rectificación o supresión (apartado 95).
- c) Se requiere una constatación debidamente motivada de que el tercer país «garantiza efectivamente un nivel de protección de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en el ordenamiento jurídico de la Unión» (apartado 96).
- d) Las autoridades nacionales de control tienen la facultad de examinar cualquier solicitud frente a todo tratamiento de datos personales, aunque ello implique poner en cuestión la validez de una decisión de la Comisión (apartado 99, en conexión con los apartados 53, 57 y 63).

De acuerdo con esta doctrina, el TJUE declara inválida la Decisión 2000/520/CE, al entender que la Comisión no constató suficientemente la existencia de un nivel de protección adecuado de los datos de carácter personal transferidos a los Estados Unidos, unido al hecho de que el artículo 3.1 de la Decisión 2000/520/CE priva a las autoridades nacionales de control de las facultades que les atribuye el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE.

6. Consecuencias de la sentencia Shrems I: de la nulidad del «acuerdo de puerto seguro» (*safe harbour*) a la aprobación del «acuerdo de escudo de privacidad» (*privacy shield*)

Tras la sentencia Schrems I, que declaró inválida la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, todas las entidades estadounidenses antes adheridas al «acuerdo de puerto seguro»³³ perdieron su condición de «entidad con un nivel de protección adecuado» para la recepción de datos personales desde un Estado miembro de la Unión Europea.

Ante la falta de una decisión de adecuación de la Comisión, la única puerta para realizar transferencias de datos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América se encontraba en el artículo 26.1 de la Directiva 95/46/CE, que regulaba la posibilidad de que

³³ Según el punto 2.2 de la Comunicación COM (2013) 847 final, a 26 de septiembre de 2013 estaban certificadas un total de 3.246 entidades.

los Estados miembros pudieran efectuar transferencias de datos a un país tercero que no garantizase un nivel adecuado de protección, siempre que el interesado otorgara su consentimiento o la transferencia de datos fuera imprescindible para la ejecución de un contrato, entre otros supuestos. Con este catálogo de posibilidades se buscaba no bloquear, ni entorpecer, las relaciones económicas y comerciales entre Europa y terceros países, pero dejaban al afectado ante una situación de total indefensión, pues en la mayoría de los casos debía optar entre proteger sus datos personales o sus intereses comerciales, esto es, se le colocaba ante la tesitura de tener que renunciar a un derecho fundamental para que su negocio o sus legítimos intereses económicos o sociales salieran adelante, lo que no parece muy conciliable con la posición que tienen los derechos fundamentales en el Estado de derecho.

Es cierto que la regulación de la protección de datos en la Unión Europea reconoce el consentimiento como un elemento esencial del derecho a la protección de los datos personales, como se desprende del artículo 8 de la CDFUE, que recoge que los datos personales «se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley», y que, por tanto, se configura como una facultad que permite a los titulares del derecho actuar con autonomía, pudiendo controlar el acceso y tratamiento de los mismos. Sin embargo, creo que la exigencia derivada del artículo 25.1 de la Directiva 95/46/CE, según la cual las transferencias de datos personales a países terceros solo podían realizarse cuando dicho país garantizase «un nivel de protección adecuado», quedaría vacía de contenido si cede con el solo consentimiento del interesado, tal y como parece desprenderse del artículo 26.1 a) de la Directiva 95/46/CE.

A las excepciones del artículo 26.1 debemos añadir lo previsto en el segundo apartado de este precepto, que recogía, sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, que los Estados miembros podían autorizar una transferencia de datos personales a un tercer país que no garantice un nivel de protección adecuado «cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos; dichas garantías podrán derivarse, en particular, de cláusulas contractuales apropiadas» (art. 26.2).

Pues bien, los instrumentos utilizados para garantizar este «nivel de protección adecuado» de los datos de carácter personal ante la ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión serán, por un lado, las «cláusulas contractuales tipo» (en aquellos casos en los que las transferencias se realizan en el marco de un contrato) y, por otro, las «normas corporativas vinculantes» (cuando la transferencia se realice entre entidades de un mismo grupo empresarial).

Así, las «cláusulas contractuales tipo» se configuran como un instrumento que permite a los responsables del tratamiento realizar transferencias internacionales de datos personales

con ciertas garantías, suscribiendo un contrato entre el importador y el exportador de los datos. Mediante estas cláusulas se deben determinar aquellas medidas de seguridad que han de ser aplicadas por la entidad o empresa encargada del tratamiento de datos del tercer país que no ofrece la protección adecuada según la Comisión. El importador de datos únicamente podrá tratar los datos personales transferidos de conformidad con las instrucciones recibidas y las obligaciones impuestas en las cláusulas³⁴.

Por otro lado, las «normas corporativas vinculantes» se refieren a códigos de conducta vinculantes dentro de un conjunto de empresas pertenecientes al mismo grupo, cuya finalidad es la de ofrecer garantías suficientes cuando los datos personales van a ser transferidos a una filial, o empresa del mismo grupo, situado en un país que no cuenta con un nivel de protección adecuado.

El medio para la aprobación de unas y otras es diferente: las «cláusulas contractuales tipo» deberán ser adoptadas por la Comisión por medio de decisiones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.4 de la Directiva 95/46/CE, mientras que las «normas corporativas vinculantes» deberán ser aprobadas por las autoridades de control de protección de datos de los diferentes Estados miembros, valorando su adecuación a los principios de la Directiva 95/46/CE.

En todo caso, lo cierto es que la nulidad del «acuerdo de puerto seguro», como consecuencia de la sentencia Schrems I, dejó una situación de cierto vacío normativo y, por tanto, de inseguridad, al no existir un instrumento jurídico general para asegurar la protección de datos en las relaciones comerciales entre Europa y los Estados Unidos, sin que resultara asumible que las relaciones comerciales se vieran afectadas negativamente, por lo que comenzaron las conversaciones entre el Consejo y las autoridades estadounidenses para alcanzar una nueva decisión de adecuación que permitiera un cómodo tráfico de datos personales con los Estados Unidos, negociaciones que tuvieron como resultado la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el «escudo de la privacidad UE-EE. UU.», que sustituye el anulado «acuerdo de puerto seguro», por el ahora denominado «acuerdo de escudo de privacidad» (*privacy shield*), que imponía obligaciones más estrictas a las empresas estadounidenses en la protección de los derechos de privacidad de los ciudadanos de la Unión Europea, pero que, sobre todo, fijaba un nuevo marco jurídico que pretendía ser más restrictivo con la intervención de la Agencia de Seguridad Nacional norteamericana en el acceso a los datos personales de ciudadanos de la Unión Europea, exigiendo que el ordenamiento de los Estados Unidos ofrezca a los ciudadanos europeos afectados recursos administrativos y judiciales ante las autoridades estadounidenses.

³⁴ Véase la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010, relativa a las «cláusulas contractuales tipo» para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En esta decisión la Comisión indica, en síntesis³⁵, que se ha producido una mejora en las garantías de protección de los datos personales trasferidos desde la Unión Europea a los Estados Unidos, pues el Gobierno estadounidense, a través de la Oficina del Director de Inteligencia Nacional, ha proporcionado a la Comisión una relación de compromisos concretos y detallados (que se recogen en el anexo VI de la decisión de ejecución), a lo que se une una carta firmada por el secretario de Estado (que también se incluye en la decisión, como anexo III), mediante la que el Gobierno de los Estados Unidos se compromete a crear un nuevo mecanismo de supervisión de las injerencias en los datos de carácter personal con fines de seguridad nacional, que recaerá en una figura creada *ad hoc*, el «defensor del pueblo en el ámbito del escudo de la privacidad», que será independiente de los servicios de inteligencia.

La Comisión también indica que la declaración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (contenida en el anexo VII de la decisión) describe un conjunto de garantías que han de cumplir los poderes públicos que accedan a datos de carácter personal de ciudadanos comunitarios, y, por último, con la finalidad de asegurar la transparencia y reflejar la naturaleza jurídica de estos compromisos, cada uno de los documentos anteriormente citados y adjuntos a la decisión deberán publicarse en el Registro Federal de los Estados Unidos.

De lo expuesto se desprende que la sentencia Schrems I empujó a la Unión Europea a exigir a los Estados Unidos de Norteamérica mayores garantías en la protección de datos de carácter personal pues, caso contrario, las relaciones comerciales podrían verse afectadas seriamente. Sin embargo, como veremos a continuación, esta aparente resolución del conflicto duró poco tiempo, pues la STJUE Schrems II, de 16 de julio de 2020, declaró inválida la Decisión de Ejecución 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, poniendo de relieve, de nuevo, que los Estados Unidos de América no son un destino seguro para los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea.

7. La sentencia Schrems II (STJUE de 16 de julio de 2020, en el asunto *data protection* comisiones y Schrems vs. Facebook Ireland)

Como consecuencia del fallo de la sentencia Schrems I, la High Court de Irlanda devolvió la reclamación del Sr. Schrems al Comisario, para que continuara con el procedimiento y realizara las investigaciones pertinentes. En este sentido, el comisario llegó a la conclusión de que sin la cobertura jurídica de una decisión de adecuación de la Comisión, los

³⁵ Síntesis realizada a partir del considerando número 65 de la decisión que estamos analizando.

datos personales que se transferían desde Europa a Facebook Inc. únicamente contaban con la protección de «cláusulas contractuales tipo», en los términos regulados en la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010, relativa a las «cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países», de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (hay que tener en cuenta que en esta fecha aún no se había aprobado la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el escudo de la privacidad UE-EE. UU., que, como hemos comentado anteriormente, sustituye el «acuerdo de puerto seguro» por el «acuerdo de escudo de privacidad»). Ante esta situación el comisario sugirió al Sr. Schrems que modificara su reclamación.

El 1 de diciembre de 2015 el Sr. Schrems planteó una nueva reclamación en la que alegaba que el gobierno estadounidense obligaba a Facebook Inc. a poner a disposición de autoridades como la NSA y el FBI (Federal Bureau of Investigation) los datos transferidos a dicha empresa desde la Unión Europea, llevándose a cabo programas de vigilancia incompatibles con los artículos 7, 8 y 47 de la CDFUE y, por ello, solicitó al comisario la suspensión de las transferencias de sus datos personales a Facebook Inc.

El 24 de mayo de 2016 el comisario publicó las conclusiones provisionales de su investigación, en las que se reflejaba que, tal y como denunciaba el Sr. Schrems, los datos personales de los ciudadanos de la Unión transferidos a los Estados Unidos corrían el riesgo de ser consultados y tratados de manera masiva e indiscriminada por las autoridades de los Estados Unidos, lo que, a su juicio, no resultaba subsanado por las «cláusulas contractuales tipo» previstas en Decisión de la Comisión de 5 de febrero, anteriormente mencionada, pues dichas cláusulas solo conferían a los interesados derechos contractuales contra el exportador o el importador de los datos, pero no vinculaban a las autoridades estadounidenses.

Por ello, el Comisario elevó, el 31 de mayo de 2016, un recurso ante la High Court apoyándose en la jurisprudencia resultante de la STJUE Schrems I. La High Court admitió a trámite el recurso y, una vez iniciado el procedimiento, decidió, con fecha 4 de mayo de 2018, elevar una cuestión prejudicial al TJUE, al entender que la reclamación afectaba a la validez de la Decisión de 5 de febrero de 2010, relativa a «las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países».

Es de señalar que en el recurso elevado por el comisario a la High Court se cuestiona únicamente la validez de la referida Decisión de la Comisión de 5 de febrero, pues ya hemos indicado que fue presentado ante el órgano jurisdiccional antes de que se aprobara la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, que recoge el «acuerdo de escudo de privacidad», que, al menos teóricamente, imponía obligaciones más estrictas a las empresas estadounidenses en la protección de los datos personales que son

transferidos desde la Unión Europea y exigía una intervención más restrictiva y controlada por parte de la Agencia de Seguridad Nacional norteamericana.

Ahora bien, la High Court sí hace referencia a la Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, cuando pregunta al TJUE acerca de la protección que debe otorgarse a las transferencias internacionales de datos en virtud de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta, razón por la que el Tribunal de Justicia considera que debe tomarse en consideración esta última decisión de ejecución de la Comisión, vigente desde el 12 de julio de 2016. Asimismo, es importante señalar que en el momento en el que el TJUE resuelve esta nueva cuestión, el canon de adecuación a la Carta de Derechos Humanos ya se hace desde el contenido del RGPD. En este sentido ha de tenerse en cuenta que el artículo 45.2 a) del RGPD recoge, como requisitos necesarios para la transmisión de datos personales a un país no miembro de la Unión Europea, la existencia de «garantías adecuadas», tales como «el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional», a lo que se añade, en ese mismo apartado, la necesidad de que los interesados cuenten con «recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos». Lo que de manera más sintética recoge el artículo 44 del RGPD, según el cual el tercer país deberá garantizar un nivel de protección equivalente al asegurado dentro de la Unión Europea.

Estas exigencias no son meramente orientativas, pues en aquellos casos en los que el tercer país no asegure tal protección, por medio de su legislación interna o sus compromisos internacionales, deberá prohibirse la transferencia de datos personales desde la Unión Europea.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera que la autoridad de control competente de cada Estado miembro tiene la obligación de prohibir o suspender una transferencia de datos personales a un país tercero en aquellos casos en los que considere que las «cláusulas contractuales tipo» de protección de datos adoptadas por la Comisión no son respetadas, o lo que es más importante, no pueden ser respetadas, pues la normativa o la práctica de las autoridades de dicho país no aseguran un nivel de protección similar al existente en la Unión Europea.

Pues bien, para facilitar el cumplimiento de su misión y la posibilidad de tramitar las reclamaciones presentadas, el artículo 58.1 del RGPD atribuye a las autoridades de control importantes poderes de investigación, por lo que el TJUE indica que cuando una de esas autoridades entiende, al finalizar su investigación, que el interesado cuyos datos personales se transfirieron a un país tercero no goza en ese país de un nivel de protección adecuado,

está obligada, en aplicación del derecho de la Unión, a reaccionar con el fin de subsanar la insuficiencia constatada.

El TJUE entiende que la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010 es válida, teniendo en cuenta que, según se dispone en su texto, el responsable del tratamiento de datos de la Unión y el destinatario de la transferencia de datos personales que se encuentra en el tercer país están obligados a comprobar, antes de que tenga lugar la transferencia internacional de datos, que en el país tercero existe una legislación que va a respetar la «cláusula contractual tipo» en cuestión, lo que incluye a las autoridades públicas. Asimismo, el destinatario de esa transferencia tiene, según la referida decisión, la obligación de informar al responsable del tratamiento de datos europeo de su eventual incapacidad para cumplir con esas cláusulas en caso de que la autoridad pública le exija la cesión de los datos personales que se encuentran en sus bases de datos, o en caso de que se produzca un cambio legislativo que pueda causar un efecto negativo sobre las garantías de protección de los datos personales transferidos. Garantías que el TJUE considera suficientes.

Por lo tanto, el TJUE concluye que la decisión cuya validez se cuestiona prevé mecanismos efectivos que garantizan una correcta protección de los datos personales transferidos a un tercer país, por lo que no se puede considerar que los artículos 7, 8 o 47 de la Carta resulten vulnerados (apartado 149).

El TJUE insiste en que, si bien la demanda elevada por el comisario cuestiona únicamente la validez de la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 2010, relativa a las «cláusulas contractuales tipo», pues dicho recurso fue presentado antes de que se adoptara la Decisión de Ejecución de la Comisión de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el escudo de privacidad entre la Unión Europea y los Estados Unidos, lo cierto es que para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas resulta necesario tener en cuenta también esta última decisión de ejecución; estudiando así la protección exigida por el RGPD queda suficientemente garantizada con la posterior Decisión de Ejecución de la Comisión de 12 de julio de 2016, que fija el «acuerdo de escudo de la privacidad».

Se cuestiona la adecuación declarada por la Comisión en la Decisión de Ejecución de 12 de julio de 2016, porque, según examina el TJUE, las injerencias resultantes de los programas de vigilancia basados en el artículo 702 de la FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act) y en la Executive Order 12333 no están sujetas a exigencias que garanticen, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, un nivel de protección sustancial equivalente al garantizado por el artículo 52, apartado 1, segunda frase, de la Carta. Por tanto, es preciso examinar si esos programas de vigilancia se aplican respetando tales exigencias (apartado 178).

Así, y en lo que se refiere a los programas de vigilancia basados en el artículo 702 de la FISA, la Comisión constató, en el considerando 109 de la Decisión de Ejecución de 12 de julio de 2016, que el FISC (United States Foreign Intelligence Surveillance Court) no autoriza

medidas de vigilancia individuales, sino programas de vigilancia muy generales (como PRISM o Upstream), por lo que el TJUE concluye que mediante estos sistemas se obtiene mucha información de manera indiscriminada, pero sin seleccionar previamente a las personas investigadas y, por tanto, sin conocer con precisión y de forma individualizada si constituyen algún tipo de amenaza para la seguridad nacional (apartados 179 y ss.).

En consecuencia, el TJUE afirma que «resulta evidente que del artículo 702 de la FISA en modo alguno se desprende la existencia de limitaciones a la habilitación que dicho artículo otorga para la ejecución de programas de vigilancia con fines de inteligencia exterior ni tampoco la existencia de garantías para las personas no nacionales de los Estados Unidos que sean potencialmente objeto de esos programas» (apartado 180). A estos argumentos se une la constatación de que la figura del Defensor del Pueblo, creada por los Estados Unidos en el ámbito del «escudo de privacidad», no es suficiente para subsanar estas deficiencias. En primer lugar, porque se pone en entredicho la independencia de esta figura, que es nombrado y destituido por el secretario de Estado (apartado 195) y porque, en todo caso, no resulta suficiente para subsanar la ausencia de garantías jurisdiccionales efectivas contra la intervención de los programas de vigilancia basados en el artículo 702 de la FISA y en la Executive Order 12333 (apartado 192).

En atención a todo lo expuesto, el TJUE concluye que la Decisión de Ejecución de la Comisión de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el escudo de privacidad entre la Unión Europea y los Estados Unidos es inválida, al ser incompatible con el artículo 45.1 del RGPD, interpretado a la luz de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta.

8. Consecuencias de la sentencia Schrems II: la nulidad del «acuerdo de escudo de privacidad» y la pérdida de fiabilidad de las decisiones de adecuación de la Comisión Europea

Tras la STJUE Schrems II, el «escudo de privacidad» entre la Unión Europea y los Estados Unidos dejó de ser un mecanismo adecuado para garantizar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Unión Europea en materia de protección de datos, por lo que, al igual que ocurrió tras publicarse la STJUE Schrems I, las transferencias internacionales de datos entre la Unión Europea y los Estados Unidos quedaron sumidas en un limbo jurídico, con la consiguiente incertidumbre de las empresas, expuestas a ser sancionadas por la Unión Europea con cuantiosas multas si no suspendían el flujo de datos personales o establecían algún tipo de garantía alternativa.

Resultaba evidente que la nulidad de la Decisión de Ejecución de la Comisión de 2016, relativa a la adecuación de la protección conferida por el «escudo de privacidad», iba a tener

un impacto negativo en las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Europea, tanto políticas como comerciales, e iba a suponer un serio obstáculo para todas aquellas empresas que necesitan realizar transferencias internacionales de datos personales para efectuar sus actividades económicas, lo que afecta, sobre todo, a aquellas que ofrecen «servicios digitales», cuyo aumento exponencial hace que ya se hable de «la economía digital» como la única vía de las relaciones comerciales en un futuro muy cercano³⁶, lo que ya es una realidad respecto de las actividades que se materializan a través de servicios de *cloud computing*³⁷.

Por todo ello, el TJUE se planteó la opción de mantener los efectos de la decisión de ejecución de la Comisión declarada inválida, para evitar una situación de vacío legal (apartado 202), encontrando finalmente una salida en el artículo 49 del RGPD, del que se desprende la posibilidad de que puedan realizarse transferencias de datos personales a países terceros en ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, siempre que (en síntesis): a) el interesado haya dado explícitamente su consentimiento a la transferencia propuesta, tras haber sido informado de los posibles riesgos que asume, debido a la ausencia de una decisión de adecuación; b) la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento, o para la ejecución de medidas precontractuales adoptadas a solicitud del interesado, o para la celebración o ejecución de un contrato entre el responsable del tratamiento y otra persona física o jurídica; c) la transferencia sea necesaria por razones importantes de interés público; d) la transferencia sea necesaria para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones, o para proteger los intereses vitales del interesado o de otras personas, cuando el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; e) la transferencia se realice desde un registro público que, con arreglo al derecho de la Unión o de los Estados miembros, tenga por objeto facilitar información al público y esté abierto a la consulta del público en general o de cualquier persona que pueda acreditar un interés legítimo, pero solo en la medida en que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece el derecho de la Unión o de los Estados miembros para la consulta.

Como se puede apreciar, estamos ante un precepto muy similar al antiguo artículo 26 de la Directiva 95/46/CE, en el que el consentimiento del interesado en la cesión y en el tratamiento de sus datos de carácter personal a un tercer país se convierte en la vía fácil para superar todas las exigencias derivadas de las normas jurídicas de la Unión Europea en ma-

³⁶ Resulta interesante, por lo que tuvo de pionero, Tapscott (1997). El término «economía digital» se generalizó tras la publicación del citado libro de Tapscott, en el que se auguraba, en la década de los noventa, cómo internet iba a cambiar la forma de hacer negocios. De hecho, se trata de una de las obras más vendidas en 1997, apareciendo en diversas listas de *best-sellers*, así como en la lista de libros de negocios del *New York Times* y en la lista de *BusinessWeek*.

³⁷ El *cloud computing*, conocido también como «servicios en la nube» o «informática en la nube», es un paradigma que permite ofrecer servicios digitales de muy distinta naturaleza a través de una red, que usualmente es internet. Un estudio de los comienzos de esta figura en Torres Viñals (2012). Desde un enfoque jurídico, Martínez Martínez (2012).

teria de protección de datos de carácter personal, pues si el interesado desea obtener determinados servicios de una empresa norteamericana, o mantener relaciones comerciales, ha de consentir la cesión de sus datos a dicha empresa y asumir la posible intervención de las autoridades norteamericanas.

En cuanto al consentimiento, parece claro que debe prestarse de forma explícita para cada cesión concreta de datos personales, siendo necesario que la empresa o entidad receptora informe previamente al interesado de los riesgos que puede implicar una transferencia de datos personales que no esté amparada por una decisión de adecuación de la Comisión. De hecho, en el caso Schrems II, el TJUE constató que la cesión de datos personales a Facebook Inc. no podía ampararse en el consentimiento explícito de los afectados, pues dicha transferencia se realizó sobre la base de cláusulas tipo, que no incorporan un consentimiento indubitado y específico para cada uno de los datos transferidos (Miguel Asensio, 2020, p. 7).

Pues bien, una vez anulada la decisión de adecuación, el Comité Europeo de Protección de Datos (*European Data Protection Board*) publicó un documento, con fecha de 24 de julio de 2020, en el que, bajo el título *Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18. Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd. and Maximillian Schrems*, analiza algunas de las consecuencias de la sentencia.

En este sentido, el Comité Europeo de Protección de Datos entiende que de la sentencia se desprende que no existe un periodo de gracia durante el cual se pueda mantener la transferencia de datos a los Estados Unidos, pues tras demostrarse que dicho país no ofrece un nivel de protección equivalente al de la Unión Europea, todas las transferencias de datos pasan, con carácter general, a considerarse ilegales³⁸. En el documento también se indica que cabe la posibilidad de mantener las transferencias de datos personales si existen «condiciones generales de contratación» y «normas corporativas vinculantes», debiendo tenerse en cuentas las circunstancias concretas de las transferencias y la evaluación realizada por las autoridades del control, pudiendo ser igualmente necesaria la inclusión de medidas suplementarias para garantizar la protección de los datos personales³⁹.

Por último, el Comité Europeo de Protección de Datos insiste en que el consentimiento del interesado pasa a convertirse en la única vía para la mayoría de las transferencias internacionales de datos hacia terceros países que no cuentan con una decisión de adecuación, siempre que sea explícito, específico sobre los datos personales a transferir e informado, pues el interesado ha de conocer todos riesgos que asume como consecuencia de la inexistencia de garantías suficientes en el país de recepción de sus datos personales.

³⁸ Lo que se desprende de la respuesta a la pregunta 4 del documento, al que se puede acceder en el enlace: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/20200724_edpb_faoncjec31118_en.pdf

³⁹ Tal y como se deduce de la respuesta a las preguntas 5 y 6.

En consecuencia, la transferencia de datos de carácter persona entre la Unión Europea y los Estados Unidos vuelve a la situación en la que se encontraba en octubre de 2015, tras la STJUE Schrems I, esto es, se retorna a un escenario que se caracteriza por la ausencia de un marco jurídico general que asegure una protección efectiva de los datos personales de los ciudadanos europeos que llegan a los Estados Unidos, por lo que las empresas se ven en la necesidad de buscar soluciones *ad hoc* para no suspender sus relaciones comerciales, intentando encontrar una salida jurídica, no solo acudiendo a los supuesto previstos en el artículo 49 del RGPD, anteriormente reproducido, sino también mediante la utilización de alguno de los mecanismos subsidiarios de protección regulados en los artículos 45 y siguientes del RGPD, que analizaremos con detalle más adelante, de entre los que destaca la utilización de «condiciones generales de contratación» aceptadas por el interesado.

Así, empresas como Twitter, YouTube o Facebook, entre otras muchas, han elaborado políticas de cesión y tratamiento de datos que los usuarios de estas redes sociales han de asumir si quieren participar de sus servicios⁴⁰, por lo que, una vez más, parece que la cláusula de cierre de la normativa europea en materia de protección de datos de carácter personal es, simple y llanamente, que el interesado renuncie a tal protección.

Por otro lado, la declaración de nulidad de la decisión de adecuación de la Comisión relativa al *privacy shield* tiene lugar cinco años después de la anulación de la decisión de la Comisión relativa al *safe harbour*, lo que conduce a cuestionar la eficacia de las decisiones de adecuación de la Comisión.

Como se puede deducir de lo expuesto en las páginas precedentes, gran parte de las razones que llevaron a la nulidad del *privacy shield* por la STJUE Schrems II habían sido anteriormente criticadas por la STJUE Schrems I, lo que lleva a sospechar que los cambios introducidos en el segundo de los acuerdos y las conversaciones mantenidas entre los Estados Unidos y Europa han sido papel mojado y la Comisión no ha resultado un órgano eficaz en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos comunitarios. No se prevé una tercera decisión de adecuación, como apunta parte de la doctrina, pues ello supondría la pérdida total de credibilidad de la Comisión en el desarrollo de su función de protección de los derechos de los ciudadanos europeos en las negociaciones internacionales (Costello, 2020, p. 16), pues no se espera que los Estados Unidos modifiquen sus políticas de vigilancia⁴¹, dada la permanencia de instrumentos de vigilancia como los recogidos en la FISA o en la Executive Order 12333, en concreto los programas PRISM y Upstream (Butler, 2017, p. 112).

⁴⁰ Un interesante análisis de los códigos privados de conducta de las empresas que operan en redes sociales en García-Perrote Martínez y Gabriel García-Micó (2020, pp. 555 y ss.).

⁴¹ Sobre el acceso a los datos de carácter personal por parte de las autoridades norteamericanas, Chander (2020, p. 775).

Por tanto, anulados sendos acuerdos, la facultad de determinar y evaluar las garantías necesarias para reanudar las transferencias de datos a los Estados Unidos se traslada a las autoridades de control de los países miembros y, en última instancia, a los encargados del tratamiento de datos de las empresas implicadas, lo que les obliga a estos últimos (entidades privadas) a conocer en profundidad la legislación nacional y comunitaria, trasladándoles importantes responsabilidades y dando lugar a opiniones dispares entre unas empresas y otras⁴².

Los estudios jurídicos que han abordado esta materia tras la sentencia Schrems II exponen la situación de hecho que tiene lugar tras la nulidad del acuerdo de *privacy shield* y denuncian la falta de alternativas jurídicas generales para solventar esta situación, al entender, por un lado, que las «cláusulas tipo» de protección de datos no son una opción, pues una transmisión de datos personales a un tercer país solo podrá llevarse a cabo bajo la exclusiva protección de dichas cláusulas cuando en ese país se asegure un nivel de protección equivalente al que se garantiza en la Unión Europea (Tracol, 2020, p. 5; Maldonado, 2020, p. 10) y, por otro, que tampoco resultan eficaces «las normas corporativas vinculantes», pues su existencia «no implica que haya una protección suficiente en un tercer país, sino que esto se tendrá que comprobar en cada caso y añadir garantías adicionales cuando fuese necesario» (Fuentes Máiquez, 2021, p. 8).

9. Conclusiones

Tras las declaraciones de nulidad de las decisiones de adecuación de la Comisión respecto de los Estados Unidos, como consecuencia de las STJUE Schrems I y Schrems II, no solo se puso en entredicho el papel de la Comisión como órgano que aseguraba la protección de los datos personales en las transferencias internacionales de datos, sino que también se empezó a cuestionar la eficacia práctica de las normas jurídicas de la Unión, pues, en la medida en que los distintos niveles de garantías jurídicas que se regulan en el RGPD van fallando, ya sea por la intervención de las autoridades de un tercer país invocando «razones de seguridad nacional», como es el caso de los Estados Unidos, ya sea por el eventual uso desleal de estos datos por las empresas receptoras, la única salida que tiene el afectado es prestar su consentimiento para la cesión y tratamiento de sus datos personales, aceptando las posibles consecuencias negativas, relativas a un uso incorrecto de los mismos. Llegados a este punto, el interesado tiene que optar entre mantener relaciones comerciales con entidades públicas o privadas de determinados Estados o preservar sus datos personales frente a un uso indebido de los mismos.

⁴² Lo que pone de relieve Fuentes Máiquez, (2021, p. 10), coincidiendo en este punto con lo que, años antes de que se dictara la STJUE Schrems II, ya auguraba parte de la doctrina, como Bennett (2016).

No obstante, los distintos órganos de la Unión Europea siguen emitiendo documentos jurídicos, con mayor o menor valor vinculante, en su intento por mantener un nivel de protección adecuado de los datos personales de los ciudadanos comunitarios. Así, el 10 de noviembre de 2020, el Comité Europeo de Protección de Datos adoptó las recomendaciones 01/2020 sobre medidas que complementan los instrumentos de transferencia para asegurar el cumplimiento del nivel de protección de datos personales de la Unión Europea, a través de las que desarrolla una guía explicativa para orientar a los exportadores e importadores de datos personales sobre las garantías que han de ser aplicadas durante las transferencias de los datos.

De estas recomendaciones se desprende que el Comité Europeo de Protección de Datos reconoce el importante papel que se otorga a los responsables de las transferencias de datos personales de las empresas, quienes tienen la obligación de verificar, de manera individualizada, si la legislación o práctica del tercer país puede afectar a la eficacia de las garantías contenidas en la legislación europea. En aquellos casos en los que estos responsables se percaten de la existencia de algún tipo de laguna o deficiencia en la protección ofrecida por el país receptor de los datos personales, los responsables de la transferencia deberán aplicar aquellas medidas complementarias que consideren necesarias para paliar las mencionadas carencias.

En conclusión, la búsqueda de mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito de las transferencias internacionales de datos entre un Estado europeo y un tercer Estado ha sido uno de los objetivos de la Unión Europea, primero a través de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y, posteriormente, en el Reglamento general de protección de datos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Mediante estas normas la Unión Europea no se ha limitado a asegurar un nivel uniforme de protección de este derecho en las legislaciones de los Estados miembros, sino que también exige que desde Europa solo se envíen datos personales a terceros países que garanticen un estándar de protección similar al existente en la Unión Europea, prohibiendo o suspendiendo aquellas relaciones comerciales que impliquen un flujo de datos personales hacia Estados en los que no se cuenta con «un nivel de protección adecuado», lo que supone una medida eficaz para la defensa del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, pero que tiene un efecto negativo en las relaciones comerciales, razón por la que ha sido necesario fijar un conjunto de excepciones a esta regla general de protección, tal y como se analiza con detenimiento en el texto.

Las «decisiones de adecuación» de la Unión Europea no ha resultado eficaces, optando por la utilización de las «cláusulas contractuales tipo» (que han de ser aprobadas por la Comisión y operan cuando las transferencias se realizan en el marco de un contrato) y por las «normas corporativas vinculantes» (cuando la transferencia de datos se realice entre



entidades de un mismo grupo empresarial). Ahora bien, en el caso de que no sea posible la utilización de ninguno de los instrumentos anteriores y el país receptor de los datos personales no garantice un nivel de protección similar al que rige en la Unión Europea, la normativa prevé una serie de excepciones, de tal manera que la transferencia internacional de datos podrá efectuarse si se cuenta con el consentimiento inequívoco del interesado, requisito que ha de unirse a la necesidad de celebrar o ejecutar un contrato en interés del particular o que afecta a los intereses comerciales generales.

Tras las STJUE Schrems I y Schrems II, que anulan sendas decisiones de adecuación de la Comisión, queda claro que los Estados Unidos de América no es un país seguro para los datos personales de los ciudadanos comunitarios y se pone de relieve que, aunque se establezcan duras exigencias de protección de datos a las empresas implicadas, de nada sirven si las autoridades norteamericanas, invocando genéricas razones de «seguridad nacional», pueden acceder de forma masiva a los registros de datos de las empresas privadas y si, además, como es el caso, la normativa de los Estados Unidos no prevé recurso alguno ante ningún órgano judicial para impugnar la necesidad y proporcionalidad de dicha intervención estatal.

El papel del TJUE ha resultado esencial, como garante último de los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, pues siempre se ha mostrado especialmente severo a la hora de exigir que la Unión Europea garantice unos estándares de protección rigurosos en la protección de los datos personales, tanto dentro de las fronteras de la Unión como respecto de los países terceros a los que se transfieren datos personales, y, en el caso de los Estados Unidos, no ha tenido reparo en declarar que los peligros de vulneración de este derecho proceden de las propias autoridades norteamericanas que, invocando «motivos de seguridad nacional», acceden de manera arbitraria e indiscriminada a estos datos.

Referencias bibliográficas

- Aguado Renedo, C. (2010). La protección de los datos personales ante el Tribunal Constitucional español. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 23, 3-25.
- Álvarez Caro, M. y Uriarte Landa, I. (2014). Dos visiones sobre la regulación de la privacidad y la innovación digital. *Expansión*.
- Balaguer Callejón, F. (2008). Constitucionalismo Multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea. En AA. VV., *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* (vol. II, pp. 133-157). Dykinson.
- Bennett, S. C. (2016). EU privacy shield: Practical implications for U.S. litigation. *Practical Lawyer*, 62, 60-64.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2020). De la relación de las jurisprudencias constitucionales europea y española sobre derechos fundamentales en sus Derechos sustantivos. En *XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, Cuatro Décadas de Jurisprudencia Constitucional: los Retos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Butler, A. (2017). United States. Whither privacy shield in the Trump Era. *European Data Protection Law Review*, 3.
- Carmona Contreras, A. (2016). El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. CEPC, 7, 13-40.
- Chander, A. (2020). Is Data Localization a Solution for Schrems II? *Journal of International Economic Law*, 23.
- Costello, R. A. (2020). Schrems II: Everything is Illuminated? *European Papers*.
- Fuentes Máiquez, A. (2021). Comentario de la STJUE de 16 de Julio de 2020, C-311/18 (Schrems II). *Revista de la Facultad de Derecho (ICADE)*.
- García-Perrote Martínez, I. y Gabriel García-Micó, T. (2020). Identidad, cesión de datos personales y la decisión Privacy Shield tras la STJUE Schrems II. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3.
- López Aguilar, J. F. (2017). La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación trasatlántica EU-EU-UU. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39.
- Maldonado, E. (2020). Bridging the gap in transatlantic data protection. *Discussion Paper*, 4/20. Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration.
- Mangas Martín, A. (2008). Comentario al artículo 51. En Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA.
- Martínez Martínez, R. (2012). *Derecho y cloud computing*. Civitas.
- Miguel Asensio, P. A. de. (2020). Implicaciones de la declaración de invalidez del Escudo de Privacidad. *La Ley Unión Europea*, 84.
- Saiz Arnaiz, A. (2005). El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización: de los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa. En I. Gómez Fernández (Coord.), M. Cartabia, B. de Witte y P. Pérez Tremps (Dirs.), *Constitución europea y constituciones nacionales* (pp. 531-588). Tirant lo Blanch.



Tapscott, D. (1997). *The digital economy: promise and peril in the age of networked intelligence*. McGraw-Hill.

Torres Viñals, J. (2012). *Del cloud computing al big data*. Universitat Oberta de Catalunya.

Tracol, X. (2020). Schrems II: The return of the Privacy Shield. *Computer Law & Security Review*, 39.

Nulidad del contrato de tarjeta *revolving* y sus efectos

Comentario a la STS de 13 de octubre de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

En frecuente la solicitud de nulidad de las condiciones generales de un contrato de tarjeta en el que se fija un interés remuneratorio motivado por los intereses remuneratorios que se consideran usurarios por los afectados; así se observa en las actuaciones de los tribunales, vaya no no unidas a otra pretensión.

En el supuesto de la sentencia que se comenta, inicialmente se produce por el demandante la nulidad de la condición general de contrato de tarjeta que establece un interés remuneratorio, por entenderlo usurario, y solicita que se le abone por la entidad bancaria demandada la cantidad que exceda del total del capital prestado, tomando en consideración el total de lo ya percibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen del capital. La entidad demanda solicitó la desestimación íntegra de la demanda. La sentencia de instancia declaró la nulidad de la condición general que fija el interés remuneratorio por usurario, siendo este del 16,08 %, y condena a la demandada al abono de la cantidad total del capital que le haya prestado, tomando como referencia el total de lo ya percibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen del capital y que haya abonado el demandante. Recurrida en apelación por la entidad demandada, la audiencia provincial estima el recurso limitando la condena a la restitución de las cantidades recibidas en conceptos de intereses remuneratorios. Frente a esa sentencia se interpone recurso de casación por el demandante, por entender que la sentencia recurrida vulnera las consecuencias de la declaración del carácter usurario de un crédito.

Sí parece que el interés fijado como remuneratorio es notablemente superior al normal del dinero, como se indica en el artículo 1, 3 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de octubre de 2022).

La interpretación jurisprudencial del artículo 1 de la Ley de represión de la usura está contenida en la STS de Pleno 628/2015, de 25 de noviembre y la posterior STS de Pleno 149/2020, de 4 de marzo, de la que podemos extractar las siguientes consideraciones:

En este sentido es esencial determinar la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiendo aquí mencionarse especialmente las sentencias de 25 de noviembre de 2015 y 4 de marzo de 2020, y como resume la segunda de las sentencias citadas:

i) La normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter «abusivo» del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. La expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente, por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente.

ii) Para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del art. 1 de la Ley de Represión de la Usura, esto es, «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», sin que sea exigible que, acumuladamente, se exija «que haya sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

iii) Dado que conforme al art. 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados.

iv) Para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el «normal del dinero». Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero [...].

vi) Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo.

vii) No pueden considerarse como circunstancias excepcionales que justifiquen un interés notablemente superior al normal del dinero el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un

modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, por cuanto que la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico».

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de marzo de 2020, destaca que en la antecedente de 25 de noviembre de 2015 no era discutido que el término comparativo que debía de utilizarse como indicativo del «interés normal del dinero» era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo sin que se pretendiera compararlo con el interés medio correspondiente a una categoría determinada, de entre las que son publicadas en las estadísticas oficiales del Banco de España.

Resalta especialmente, además, el hecho de que el Banco de España no publicaba al tiempo de la celebración del contrato el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o *revolving*, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, y por último, se precisa que:

Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y *revolving*, que se encuentra en un apartado específico.

Conforme a lo expuesto, el término de comparación para determinar si el interés pactado del 16,08 % (y en ese momento se aplicaba el 7,75 %) resulta usurario es el de las tarjetas de crédito y *revolving*, que es el término con el que deben compararse los intereses pactados a los efectos de determinar si estos resultan notablemente superiores al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, criterio que es el seguido por la sentencia recurrida. Las estadísticas del Banco de España ya ofrecían

datos sobre los tipos de interés aplicables a las tarjetas de crédito y *revolving* con relación al tiempo de celebración del contrato.

En contra del criterio de la resolución apelada, en el supuesto de autos, la escasa diferencia de poco más de un punto entre los intereses pactados y los que resultan de aplicación para las tarjetas *revolving* que publica el Banco de España para el año 2013, aunque sean elevados, hace que no puedan considerarse usurarios, al no ser un interés notablemente superior al normal del dinero ni manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

En anteriores precedentes de este tribunal, no ha considerado intereses usurarios que excedían en 3,7 puntos del normal del dinero (sentencias de 2 de junio de 2020 y 26 de febrero de 2021). Tampoco nos encontramos próximos al supuesto de hecho analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2020, en el que el interés pactado excedía 6 puntos del tomado como normal del dinero.

Es importante tener en cuenta que la sentencia que se comenta no hace sino centrar la resolución en la petición del demandante que llevaba implícita la declaración de nulidad del crédito por usurario y el efecto de su apreciación era el que legalmente procede de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de usura, que se solicita expresamente como pronunciamiento de condena, siendo procedente aplicar los efectos legales que deviene de la apreciación de interés usurario, que están previstos en el mencionado de la Ley de usura, lo que provoca la estimación del recurso de casación, la desestimación íntegra de la resolución del recurso de apelación, confirmando la parte dispositiva del juzgado de primera instancia que declaraba la nulidad de la condición general que establece el interés remuneratorio, por ser usurario y condenando a la entidad bancaria a los efectos que se establecen en el artículo 3 de la ley de usura, y abonar a la demandante la cantidad que exceda del total del capital que le haya prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido por todos los conceptos cargados y percibidos al margen de dicho capital y que ya hayan sido abonados por el demandante, con ocasión del citado documento o contrato, especialmente las cantidades que hayan sido cobradas por los conceptos de comisión por disposición de efectivo, intereses, comisión por reclamación de cuota impagada, seguro de protección de pagos y cuota anual de la tarjeta, según se determine en ejecución de sentencia, más intereses legales.

Por tanto, la sentencia que se comenta no hace sino seguir la doctrina jurisprudencial y proteger al consumidor, al que se le impone un interés usurario en el contrato de tarjeta de crédito *revolving*, que, siguiendo al Tribunal Supremo, «el carácter usurario del crédito *revolving* [...] conlleva su nulidad, que ha sido calificada por esta sala como "radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva"» (sentencia núm. 539/2009, de 14 de julio), siendo sus consecuencias las previstas en el artículo 3 de la Ley de represión de la usura.

Cese de arrendamiento de local concertado antes del 9 de mayo de 1985

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

En fecha 1 de octubre 1949, se firmó el contrato de arrendamiento del que trae causa este caso, que fue suscrito como arrendatario por D. Marcial. Su objeto era un local bajo de 73 metros cuadrados, ubicado en la avda. de XXX, de Vigo, destinado a negocio de ferretería. Entre los años 1989 y 1990, falleció el arrendatario, y se subroga en su lugar su hija D.ª Agueda. En escritura pública de 23 de abril 1992, D.ª Agueda cedió por traspaso los derechos arrendaticios, de los que era titular, a D. Agapito, y en dicha escritura intervino la arrendadora prestando su consentimiento. En el año 2008, falleció la arrendadora.

El 1 de octubre de 2019, por parte de la heredera de la propiedad, requirió al arrendatario para que desalojase voluntariamente el local, al entender que el contrato expiraba el 1 de enero de 2020. D. Agapito se negó a ello y estimó, por el contrario, que el contrato subiste hasta su fallecimiento o jubilación. La oposición del arrendatario determinó que la actual cotitular del bajo, D.ª Elena, que actúa en nombre propio y en beneficio de la comunidad hereditaria de los bienes y derechos de la arrendadora, presentase demanda de desahucio por expiración del plazo contractual, con apoyo normativo en la disposición transitoria tercera, apartado B) 3, párrafos cuarto, quinto y sexto. Considera que, al haberse transmitido el local, por traspaso, en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la ley, el arrendamiento se extingue por el transcurso del número de años que quedaren hasta computar 25 años, es decir, el 1 de enero de 2020. Por el contrario, el arrendatario alegó que es de aplicación el párrafo primero de la disposición transitoria tercera, apartado B) 3 de la LAU de 1994, de manera que el arrendamiento no se extingue hasta su jubilación o fallecimiento, sin perjuicio, en su caso, si concurren los presupuestos legales para ello, de la subrogación del cónyuge o descendiente del arrendatario, e incluso traspaso según el párrafo cuarto de tal transitoria.

¿Quién tiene razón respecto del momento de cese de la relación arrendaticia?

Cuestiones planteadas:

- Problemática sobre el momento de terminación de los contratos de arrendamiento de finca para uso distinto del de vivienda, concertados antes del 9 de mayo de 1985.
- Supuestos a plantear distinguiendo entre subrogación y traspaso.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

La cuestión controvertida radica en la interpretación que debe darse a la disposición transitoria tercera B) 3 de la Ley de arrendamientos urbanos (LAU) de 1994, aplicable al caso que nos ocupa, en el que nos hallamos ante un contrato de arrendamiento de un local de negocio concertado antes de la ley de 9 de mayo de 1985, que fue objeto de una subrogación a favor de la hija del arrendatario, así como ulterior traspaso al demandado, el 23 de julio de 1992, y, por lo tanto, antes de entrada en vigor de la nueva ley arrendaticia.

La precitada disposición en lo que ahora nos interesa señala:

3. Los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local. En defecto de cónyuge superviviente que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado este, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley. La primera subrogación prevista en los párrafos anteriores no podrá tener lugar cuando ya se hubieran producido en el arrendamiento dos transmisiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La segunda subrogación prevista no podrá tener lugar cuando ya se hubiera producido en el arrendamiento una transmisión de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 60. El arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley. Cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años. Se tomará como fecha del traspaso, a los efectos de este aparta-

do, la de la escritura a que se refiere el artículo 32 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Pues bien, mientras que la arrendadora fundamenta su pretensión en el párrafo sexto de la mentada disposición general, puesto que el título arrendaticio del demandado sobre el local litigioso proviene de un traspaso llevado a efecto en el plazo de los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la ley, y con base en ello sostiene que el contrato se extinguirá a los 25 años, es decir, el 1 de enero de 2020, la parte arrendataria, por el contrario, entiende que es de aplicación el párrafo primero de dicha disposición y, por consiguiente, el contrato se extingue con la jubilación o fallecimiento del arrendatario, sin perjuicio de subrogación y traspaso, al entender que los párrafos cuarto, quinto y sexto regulan las facultades del arrendatario actual, entendiendo por tal quien ostente dicha condición jurídica al entrar en vigor la LAU de 1994, para transmitir sus derechos arrendaticios por traspaso.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse, en distintas ocasiones, sobre la interpretación de la mentada disposición transitoria tercera de la LAU de 1994. La exposición de la doctrina jurisprudencial exige su sistematización en los siguientes grupos de casos:

1. Supuestos de subrogación acaecidos con antelación a la LAU de 1994. En un grupo importante de sentencias, entre las que se encuentran las indicadas como fundamento del interés casacional, abordamos el juego de la precitada disposición transitoria tercera en los casos de transmisión de los derechos arrendaticios por subrogación –no por traspaso–, producida con antelación a la vigencia de la LAU de 1994. De esta manera, en la sentencia 46/2018, de 30 de enero (NCJ063116), se pronunció el Tribunal Supremo en el sentido siguiente:

Los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 –como es el caso– subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de este (Disp. Trans. Tercera. B.3. párrafo primero). Habiéndose producido la subrogación del hoy demandado como arrendatario en el contrato que su padre había concertado en el año 1979 –subrogación que tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU 1994, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 de la LAU 1964– el arrendatario a todos los efectos era el hoy demandado en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley y, en consecuencia, la norma transitoria se aplica a este y no al inicial arrendatario, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente.

De esta forma el arrendamiento podrá extenderse a toda la vida del arrendatario y, en su caso, a la del cónyuge que se subrogue, o a un máximo de veinte años desde la entrada en vigor de la LAU 1994 si la subrogación se produce a favor de un descendiente.

En la sentencia n.º 439/2018, de 12 de julio (NCJ063547), se trataba, igualmente, de un supuesto de subrogación del artículo 60 de la LAU de 1964, acaecido con antelación a la vigencia de la LAU de 1994. En dicha resolución se casó la sentencia de la Audiencia, mediante la aplicación de la doctrina establecida en la sentencia n.º 46/2018, de 30 de enero, que de esta manera se ratificó, con la reiteración de la doctrina de que «el actual arrendatario tenía tal condición cuanto entró en vigor la LAU de 1994, y, por tanto, tiene derecho a continuar como tal hasta su jubilación o fallecimiento». De nuevo, dicha doctrina se reproduce por las sentencias ulteriores n.º 34/2019, de 17 de enero (NCJ063769); n.º 74/2020, de 4 de febrero, y n.º 344/2020, de 23 de junio.

2. Caso de traspaso concertado con antelación a los diez años anteriores a la vigencia de la LAU de 1994. A este concreto supuesto se refiere la sentencia n.º 440/2018, de 12 de julio, que abordó un caso en que el título arrendaticio del demandado provenía de un traspaso llevado a efecto el 29 de febrero de 1984, en que se mantuvo la vigencia del vínculo arrendaticio con cita de la sentencia n.º 46/2018, de 30 de enero. En dicha resolución argumentamos:

Esta sala se ha pronunciado sobre la cuestión en reciente sentencia n.º 46/2018, de 30 enero, en igual sentido que la ahora recurrida; teniendo en cuenta que, cuando se produce el traspaso, pasa a ser arrendatario a todos los efectos quien accede al mismo y continúa en el arrendamiento con todos los derechos y obligaciones propias del locatario. En este caso el traspaso se efectuó con anterioridad a los diez años previos a la entrada en vigor de la LAU 1994 y bajo la vigencia del TR de 24 de diciembre de 1964, con pleno derecho a prórroga forzosa por lo que, fuera de los casos en que dicha prórroga pudiera ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende hasta su jubilación o fallecimiento de conformidad con la norma transitoria citada. De no ser así se le estaría privando de un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a prórroga forzosa. De ahí que esta sala ha estimado que esa es la interpretación que ha de merecer la disposición transitoria tercera de la LAU, sin perjuicio de aquellos supuestos en que el legislador haya establecido alguna particularidad, como ocurre con el caso de los traspasos efectuados dentro de los diez años anteriores que han merecido una especial consideración.

3. Caso de traspaso llevado a efecto con posterioridad a la entrada en vigor de la LAU de 1994. Un nuevo supuesto litigioso fue abordado por la sentencia n.º 605/2018, de 6 de noviembre, en el que la parte demandada lo era en virtud de traspaso llevado a efecto en el año 2002, respecto de un contrato de arrendamiento celebrado en 1980. En dicha resolución, señalamos que:

Es lo cierto que quien era arrendatario en el momento de la entrada en vigor de la LAU 1994 procedió al traspaso del local en favor de la hoy demandada en fecha

15 de enero de 2002 de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del TR 1964. Para este caso la DT 3.^a contiene una norma especial ya que el beneficiario de este traspaso –la demandada– ya no será arrendatario hasta su jubilación o fallecimiento, pues le es de aplicación lo previsto en el apartado B3, párrafo quinto, DT 3.^a, en el sentido de que "este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley", aplicándose lógicamente el plazo que dé lugar a una duración mayor del contrato. En este caso, el traspaso producido a favor de la demandada en el año 2002 produciría su efecto hasta veinte años después de la entrada en vigor de la LAU 1994, extinguiéndose el contrato al cumplirse dicho plazo, lo que ha tenido lugar el 31 de diciembre de 2014 como sostiene la parte demandante.

En cualquier caso, sobre esta sentencia necesariamente hemos de volver.

4. Traspasos realizados dentro del plazo de los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994. Esta concreta problemática, que es la misma que se plantea en este proceso, fue abordada por la sala en sendas sentencias, concretamente en la n.º 863/2021, de 14 de diciembre (NCJ065911) y en la n.º 279/2022, de 31 de marzo (NCJ066095). En ambos casos, se trataba de la extinción de contratos de arrendamiento en los que los derechos arrendaticios de los demandados provenían de traspasos llevados a efecto en los 10 años anteriores a la entrada en vigor de la nueva LAU de 1994. En la primera de dichas resoluciones dijimos:

Doctrina que, por lo que ahora interesa, se puede resumir en la siguiente fórmula: cuando el traspaso ha tenido lugar bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, pasa a ser arrendatario a todos los efectos, es decir, con todos los derechos, incluido el derecho a la prórroga forzosa, y todas las obligaciones, el adquirente, por lo que, fuera de los casos en que dicha prórroga pueda ser denegada, su derecho a permanecer en el uso del local se extiende, por regla general, hasta su jubilación o fallecimiento, ya que, de no ser así, se le estaría privando de un derecho adquirido en virtud de la ley vigente cuando el traspaso se produjo, momento en que incluso era irrenunciable anticipadamente el derecho a la prórroga forzosa. Esta doctrina se aplica, siempre, claro está, que se trate de contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y cuyo arrendatario sea una persona física, cuando el traspaso se produzca bajo la vigencia de la LAU 1964 y ello con independencia de que tenga o no tenga lugar en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994. Ese dato, el del traspaso en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la LAU 1994, no excepciona la regla general mencionada, puesto que lo significativo de cara a la aplicación de la norma que la enuncia es que el traspaso se produjera antes de la entrada en vigor de la LAU 1994, sin que importe si tuvo

lugar o no en los diez años anteriores a ella, lo que, a tales efectos, constituye un indiferente jurídico. Pues bien, conforme a dicha regla, que, cuando se refiere al arrendatario, lo está haciendo al actual, es decir, al que lo es a la entrada en vigor de la LAU 1994 y con independencia, dado que ninguna discriminación establece, de que se trate del arrendatario original o del que hubiera pasado a ocupar su posición contractual por traspaso, el arrendamiento se extingue, como entendió con acierto la sentencia recurrida, por su jubilación o fallecimiento.

La doctrina de dicha sentencia es refrendada por la sentencia n.º 279/2022, de 31 de marzo (NCJ066095), con cita de la anterior.

No ofrece duda que nos encontramos en el ámbito de la disposición transitoria tercera, apartado B) 3 de la LAU de 1994, pues el litigioso se trata de un contrato de arrendamiento de local de negocio concertado inicialmente en 1949, por lo tanto, con antelación al 9 de mayo de 1985, en el que además el arrendatario actual es una persona física, cuyo título posesorio proviene de un traspaso, y que disfruta de prórroga legal. El traspaso tiene una regulación especial en la mentada disposición transitoria que debemos aplicar, sin que quepa identificar subrogación con traspaso. Sus diferencias son evidentes.

La subrogación tiene su origen en la ley, opera a favor de personas normativamente predeterminadas vinculadas con el arrendatario, sin posibilidad de extenderla a otras distintas, y es gratuita para el subrogado; mientras que el traspaso es un negocio jurídico oneroso, susceptible de celebrarse con terceras personas, y se lleva a efecto necesariamente en vida del arrendatario cedente. Las reglas que debemos aplicar en este caso son pues las contempladas en los párrafos cuatro a seis. No obstante, la disposición transitoria parte de una regla general, en su párrafo primero, en tanto en cuanto proclama, respetuosa con los derechos adquiridos, que «los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local». Esta sala ha establecido que, cuando la transitoria tercera se refiere al arrendatario, hace alusión al que lo sea a la entrada en vigor de la LAU de 1994, con independencia de que se trate del originario arrendatario o el que hubiera ocupado su posición contractual por traspaso o subrogación (SSTS 46/2018, de 30 de enero; 439/2018, de 12 de julio, o más recientemente, 863/2021, de 14 de diciembre, y 279/2022, de 31 de marzo, entre otras).

Pues bien, el párrafo cuarto de la transitoria tercera hace referencia a que el arrendatario actual y su cónyuge, si se hubiera subrogado, es decir, quienes lo sean a la entrada en vigor de la LAU de 1994, podrán traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del texto refundido de la LAU de 1964, con lo que la norma se está refiriendo a los traspasos llevados a efecto con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LAU, si bien fijando un límite temporal de duración del nuevo arrendamiento, y sin perjuicio, claro está, de los derechos de tanteo y de retracto, así como los de participación en el precio e incremento de renta que pertenecen a la parte arrendadora (arts. 35, 36, 39 y 42 de LAU de

1964). De esta manera, en el párrafo quinto, se norma que «este traspaso permitirá la continuación del arrendamiento por un mínimo de diez años a contar desde su realización o por el número de años que quedaren desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley» que, como precisamos en la sentencia n.º 605/2018, de 6 de noviembre, provocará la aplicación del plazo que dé lugar a una duración mayor del contrato. El controvertido párrafo sexto, cuando establece que si «en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocio, los plazos contemplados en este apartado se incrementarán en cinco años», se refiere igualmente a los traspasos llevados a efecto con posterioridad a la LAU de 1994, que es la razón de ser de la disposición transitoria cuya exégesis nos corresponde, en coherencia con lo normado en su párrafo primero, y respetuosa con los derechos arrendaticios adquiridos por los cesionarios en un momento en el cual que no se había dictado la nueva ley de 1994. Por consiguiente, la regla del párrafo sexto se refiere a los traspasos que se lleven a efecto tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, por quienes ostentaban, en tal momento, la condición de arrendatarios, en virtud de un traspaso llevado efecto en los 10 años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de dicha ley; y con la probable finalidad de compensar la pérdida de valor que implica la extinción del régimen de la prórroga forzosa, se amplía el plazo legal de duración del contrato previsto en el párrafo quinto a cinco años más.

No cabe, pues, interpretar dicha norma en el sentido de que se establece una específica causa de extinción de los contratos de arrendamiento, cuyos derechos se adquiriesen por traspaso en el precitado periodo crítico de los 10 años anteriores a la vigencia de la nueva LAU, a modo de excepción a la regla general de pervivencia del contrato hasta la jubilación o fallecimiento del arrendatario. Mantener la interpretación de la sentencia recurrida en casación significaría convertir la norma del párrafo sexto en un precepto autónomo, carente de conexión con los párrafos anteriores cuarto y quinto de la disposición transitoria, a pesar de que precisamente en función de ellos construye su proposición normativa y justifica su razón de ser, pues amplía en cinco años los plazos previstos en el párrafo anterior que, a su vez, limita la duración de los traspasos que se lleven a efecto al amparo del párrafo cuarto. Compartir la tesis de la parte actora supondría, también, abrir una excepción, no expresamente establecida, al régimen legal del párrafo primero, que opera como regla general del sistema, mediante una interpretación literal que entra en colisión con otra conjunta de la norma.

La sentencia n.º 440/2018, de 12 de julio, debe interpretarse como un *obiter dicta*, pues el caso enjuiciado en dicha resolución se trataba de un traspaso llevado a efecto el 29 de febrero de 1984 y, por consiguiente, fuera del plazo contemplado en el párrafo sexto de la transitoria que conforma el objeto de este recurso. Como precisan las sentencias de esta Sala n.º 327/2010, de 22 de junio; n.º 362/2011 de 7 de junio; n.º 344/2018, de 7 junio, y n.º 453/2018, de 18 de julio, no constituyen jurisprudencia los argumentos *obiter dicta*, a «mayor abundamiento» o «de refuerzo», sino la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo; es decir, que constituya su *ratio decidendi* (SSTS

n.º 238/2007, de 27 de noviembre; n.º 1348/2007 (NCJ041585), de 12 de diciembre; n.º 58/2008, de 25 de enero; y n.º 597/2008, de 20 de junio, entre otras).

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1994 (LAU), disp. trans. tercera B) 3.
- SSTS, Sala 1.ª, de 14 de diciembre de 2021, rec. núm. 1213/2021, y 31 de marzo de 2022, rec. núm. 2811/2021 (NCJ066095).

Patria potestad y educación del menor. Intervención del fiscal en procesos civiles

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

Padres que están separados con una medida de custodia compartida con un hijo común de 13 años de edad. El padre, con origen musulmán, quiere para su hijo una educación religiosa que el centro actual no le proporciona, basada en los principios del islam; la madre, cristiana, por el contrario, desea que la educación siga en el colegio actual concertado y católico. Hace tiempo que ambos viven en España y que sus relaciones sociales son indistintamente con personas de ambas religiones o en entornos de ambas culturas. Es decir, que el hijo convive tanto en un mundo musulmán como en uno católico. Sin embargo, a la hora de decidir la educación escolar, surge entre los progenitores la desavenencia en el ejercicio de la patria potestad indicada, y buscan –en el caso del padre– el cambio de centro. Y no solo hay desacuerdo en este aspecto, además, sucede que los progenitores viven en diferentes domicilios y la madre pretende empadronar a su hijo en el lugar donde ella habita, más próximo al centro escolar actual, que coincide con la vivienda que fuera habitual entre ellos. El padre se opone, alegando que la custodia es compartida y que el empadronamiento más adecuado es el que él sugiere, el que tiene en alquiler provisional.

Interpuesta la correspondiente demanda, el letrado de la Administración de Justicia dicta decreto de admisión con traslado al fiscal, para informe y sin señalamiento de comparecencia en sala y sin práctica de prueba en su caso. Efectuado el informe del ministerio público, se dicta el correspondiente auto judicial, que es recurrido en apelación, alegando la nulidad de actuaciones precisamente por la falta de audiencia y contradicción, por no existir la preceptiva comparecencia, y al impedirse a las partes la práctica de prueba, considerando que decidir el asunto con la documental que se acompaña al escrito inicial y, en su caso, de la contraparte al contestar, vulnera la tutela judicial efectiva. Se dice asimismo que la falta de comparecencia y, por tanto, también del Ministerio Fiscal, puede reforzar el criterio de la nulidad, pues su presencia en este tipo de procedimientos es necesaria y la intervención escrita es un recurso alternativo que impide incluso la posibilidad de petición por el fiscal

de prueba y contradicción. Es más, al no convocarse dicha comparecencia, el fiscal carece de la posibilidad de formarse un criterio recto sobre la postura procesal de las demás partes procesales que pudiera cambiar según el resultado de la prueba en el acto de la vista, desconocida e imposibilitada por un decreto de admisión y traslado al fiscal sin más trámite. Evidentemente, el Ministerio Público interviene en la apelación y contesta por oposición a la misma, no alegando nulidad absoluta, ni, por consiguiente, indefensión.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles deben ser los criterios determinantes para decidir esta cuestión de identidad cultural y religiosa en la educación del menor?
2. ¿A quién de los dos progenitores se le debe dar la razón y, por consiguiente, la capacidad de decidir en esta cuestión del empadronamiento?
3. ¿Es nulo el decreto que acuerda remitir las actuaciones al fiscal sin trámite de audiencia?
4. ¿La intervención del fiscal por escrito supone una irregularidad procesal esencial y coadyuva la petición de nulidad de actuaciones?

Solución

1. ¿Cuáles deben ser los criterios determinantes para decidir esta cuestión de identidad cultural y religiosa en la educación del menor?

En asuntos de esta naturaleza, los criterios legales más significativos que han de tenerse en cuenta para decidir la controversia se hallan en la siguiente normativa de referencia: el artículo 16 de la CE sobre la libertad religiosa; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: en el artículo 3 sobre el goce por los menores de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, y el 6, respecto de la libertad ideológica, donde "el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión".

De otro lado, como nos recuerda la Audiencia Provincial de La Rioja, Sec. 1.ª, auto de 17 de mayo de 2019, núm. 82/2019, rec. núm. 16/2019:»

La Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas introduce un elenco de elementos que pueden tenerse en cuenta precisamente al evaluar el interés superior del menor, elementos que se hallan también presentes en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, concretamente en su artículo 2. En lo que concierne a las decisiones sobre la adscripción religiosa de los menores dos de ellos resultan de especial interés.

Son los señalados en los apartados b), «la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior», y d), «la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Pues bien, expuestos los criterios, destaca por encima de todos ellos que la exploración del menor es importante, para saber cuáles son sus deseos, sin perjuicio de que escuchada su voluntad esta responda a su interés. Decidir, por consiguiente, no es fácil, porque ambos progenitores ostentan la patria potestad, pero sí parece un elemento destacado que desde tiempo atrás el hijo se educa en un colegio católico concertado y que ambas opciones pueden estar relacionadas con su interés, y que el cambio en un sentido puede colisionar con la opinión contraria fundada. La modificación de lo existente no es más sólida por argumentos que la contraria. En todo caso, un informe psicosocial exhaustivo, realizado por profesionales cualificados y experimentados (psicólogo y trabajador), podría ayudar en la toma de una decisión final. Aquí se dejan apuntados los elementos esenciales de la decisión.

2. ¿A quién de los dos progenitores se le debe dar la razón y, por consiguiente, la capacidad de decidir en esta cuestión del empadronamiento?

En este asunto hay que partir de los siguientes datos objetivos incuestionables; datos prácticos y relevantes a tener en cuenta: a) los padres, tras el divorcio, no mantienen el mismo domicilio; b) la custodia del hijo menor es compartida; c) la madre vive en el domicilio habitual de cuando estaban juntos; d) el colegio está cerca del domicilio de la madre, y e) el del padre parece ser provisional.

La Instrucción de la FGE 1/2006 nos indica que «el domicilio reviste una gran trascendencia jurídica en relación con una pluralidad de supuestos de hecho dispersos por nuestro ordenamiento [...], especialmente en los órdenes fiscal, sanitario, electoral y, en general, en el ámbito administrativo»; declarándose por alguna resolución judicial la conveniencia «del derecho del menor a tener un domicilio administrativamente correcto y la necesidad de acabar con la irregular situación de que un menor en situaciones de guarda compartida se halle empadronado en dos domicilios distintos a la vez» (AAP de Barcelona, Sec. 18.^a, de 29 de noviembre de 1999, rec. núm. 850/1999)».

En este caso, resulta evidente que, no obstante, la custodia compartida, no se ha resuelto el domicilio del hijo a efectos del empadronamiento; también que el empadronamiento actual del mismo coincide con el lugar en que está viviendo el padre. Por tanto, este domicilio último es un lugar que no se corresponde con la realidad y que no obedece a los criterios del artículo 40 del CC: «Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual».

Si bien lo normal sería que ambos progenitores se pusieran de acuerdo, aquí se nos plantea la desavenencia en el ejercicio de la patria potestad por existir posiciones encontradas sobre el lugar del empadronamiento. La decisión debería ser conjunta; pero, a falta de acuerdo, la decisión debe basarse en los siguientes criterios objetivos: la ubicación del centro sanitario, la del centro escolar y el lugar del domicilio habitual de cualquiera de los dos progenitores. De tal suerte que la proximidad de estos tres puntos de referencia entre sí se entiende como determinante para resolver el conflicto.

En el caso no se dice nada de centro sanitario, pero se indican otros criterios de determinación relevantes. La proximidad y la habitualidad del domicilio, así como la de un centro sanitario y escolar, son los datos importantes que nos proporcionan la respuesta. Parece, en definitiva, que la madre, que cuenta con un domicilio habitual, si tiene un centro sanitario y escolar próximo, puede ser quien decida en esta cuestión. Como en ocasiones indican algunas sentencias, que un órgano judicial tenga que decidir este tipo de cuestiones, que deberían ser exclusivas de los padres en el ejercicio de la patria potestad ordinaria, es el reconocimiento de un fracaso en el entendimiento y en el ejercicio diario de su condición de padres.

3. ¿Es nulo el decreto que acuerda remitir las actuaciones al fiscal sin trámite de audiencia?

Dispone el artículo 238 de la LOPJ en relación con el 225 de la LEC que pueden ser nulos los actos procesales que prescindan de las normas esenciales del procedimiento «cuando haya podido producirse indefensión». Y el artículo 17, en relación con el 85, de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, dice, a su vez, que la comparecencia en los actos procesales de esta naturaleza debe practicarse.

Por consiguiente, al no haberse convocado a una comparecencia, podría entenderse incumplida la norma y causada indefensión, pues el acto procesal es obligatorio; y, por ello, la resolución impugnada puede ser nula. (AAP de Alicante, Sec. 6.ª, rollo de Sala núm. 140-18; SAP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 22 de diciembre de 2016). Debe observarse lo que dice literalmente el precepto que regula esta materia:

Admitida la solicitud, el Secretario judicial citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante. b) Que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez o el Secretario judicial. c) Que el Juez o el Secretario judicial consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

Visto así, el letrado de la Administración de Justicia solo puede justificar la no celebración de comparecencia por al párrafo siguiente del mismo precepto, que señala que «si

solo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días». En esto se fundaría la resolución rápida del expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la edad del menor (15 años) condiciona la necesidad de una prueba que no se practicó, incumpléndose entonces lo que dispone el artículo 18; porque el letrado de la Administración de Justicia debe convocar al hijo al ser la persona afectada «por la resolución judicial del expediente, por su edad y por su juicio». Su citación para exploración es una exigencia legal incumplida.

Se puede decir, asimismo, como doctrina constitucional, que no es suficiente con una mera vulneración formal para que pueda considerarse que ha existido una indefensión con relevancia constitucional, sino que es preciso que tal infracción formal origine un efecto material de indefensión, esto es, un quebranto real del derecho de defensa con el resultante perjuicio efectivo para los intereses del afectado, en este caso del menor (SSTC 88/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2 (NCJ051581); 146/2003, de 14 de julio, FJ 3 (NCJ041816); y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4 (NSJ013679).

4. ¿La intervención del fiscal por escrito supone una irregularidad procesal esencial y coadyuva la petición de nulidad de actuaciones?

Con esta cuestión se va a dar respuesta no solo a la intervención del fiscal en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre desavenencia en el ejercicio de la patria potestad que estamos tratando, para saber si es irregular o no y si esta irregularidad es esencial y constitutiva de una posible nulidad, sino que también vamos a analizar, con carácter general, si la intervención escrita del fiscal, incluso la no comparecencia en el acto de la vista, puede suponer que el acto (o los actos subsiguientes) es nulo. En el supuesto se nos plantea una intervención por informe escrito en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero lo que aquí vamos a decir es válido para cualquier asunto en el que la ley establezca como preceptiva la intervención del ministerio público. Evidentemente, el recurrente (cualquiera de los progenitores) pretende la nulidad y la retroacción de las actuaciones procesales al momento del dictado de decreto de letrado de la Administración de Justicia, para que se convoque la comparecencia y vuelva a pronunciar el juez sobre las desavenencias en el ejercicio de la patria potestad.

Un dato importante, para comenzar, es que el fiscal haya o no alegado indefensión en el caso de que hubiera comparecencia y no se hubiera presentado, si existe escrito de incomparecencia con alegaciones al respecto para evitar una dilación indebida, tras la justificación de la insuficiencia de medios o de la imposibilidad de asistir al acto. En el caso, informa, pero no es que no acuda al acto sino que sencillamente no lo hubo; pero se aclara que, en el caso de existir la citación y no comparecer alegando las causas, esto es determinante para que no se produzca indefensión o nulidad de actuaciones. Pues la ausencia no afecta a la regularidad del procedimiento, ni vence la excepcionalidad de la nulidad de las actuaciones procesales; ni produce indefensión a la parte, ni a esta le ha impedido valerse de los medios a su alcance para defender su postura procesal, ni se ha producido perjuicio real o efectivo.

Si se alegara que el fiscal no ha intervenido de manera efectiva porque así lo prevé, por ejemplo, el artículo 4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, si bien es cierto que en estos casos la no intervención del Ministerio Fiscal puede ser causa bastante para decretar la nulidad de actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.3.º de la LOPJ, así lo será si se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley, produciendo efectiva indefensión. Pero nada de esto ha sucedido en el caso. Además, podría añadirse que es al fiscal a quien corresponde solicitar la nulidad de aquellas actuaciones que le hayan producido indefensión, o bien instar que se tenga por subsanando el defecto procesal derivado de no haber sido traído al proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 240.2 de la LOPJ. Y como puede apreciarse, no es el Ministerio Fiscal quien alega la nulidad, sino una de las partes al recurrir.

La sentencia de 2 de octubre de 2001 dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid nos ilustra sobre esta materia:

Dicho lo anterior, centrándonos en el defecto procesal apuntado, sin lugar a dudas relevante, el debate ha de centrarse en la posibilidad de su subsanación, salida con la que se muestra favorable tanto el Ministerio Público como la única parte litigante que ha formulado alegaciones, y que ha de ser acogida por este Tribunal, una vez que se ha dado entrada al Ministerio Fiscal en el procedimiento, y el mismo, pese a su tardía incorporación a la causa, no interesa la nulidad de actuaciones ni invoca la producción de indefensión como consecuencia del indicado desajuste procesal.

Abona esta postura la STS de 15 de diciembre de 1999, al decir que

teniendo en cuenta que el Ministerio Público intervino en el trámite de apelación y en este recurso, aunque se produzca con retraso, conforme declara la sentencia de 9 de julio de 1992 en relación con la de 21 de mayo de 1988 y 6 de febrero de 1991, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar causa de nulidad de las mismas, ya que quedó subsanado el defecto de conformidad a los arts. 238.3.º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de simple irregularidad procesal.

En el mismo sentido, la STS de 27 de junio de 2000, que refiriéndose a un supuesto en el que se tuvo al Ministerio Fiscal como parte, por primera vez en la segunda instancia, concluye: «Es claro, pues, que la presencia del Ministerio Fiscal, en el proceso según lo así constatado, elimina cualquier omisión padecida en la instancia primera, y, desde luego, implica la carencia de indefensión alguna para el hoy recurrente». Obsérvese que en el caso se nos dice: «Evidentemente, el Ministerio Público interviene en la apelación y contesta por oposición a la misma, no alegando nulidad absoluta, ni, por consiguiente, indefensión».

Aludimos también en el caso práctico «a la falta de comparecencia y, por tanto, también del Ministerio Fiscal» que puede impulsar el criterio de la nulidad. Pero no es la falta

de presencia del fiscal sino la posibilidad de estar en los juicios o comparecencias que se celebren tras haber sido citado o emplazado en forma. La merma de garantías procesales o el haber prescindido de las normas esenciales es lo determinante; porque la nulidad que se predica debe estar fundada en la indefensión real producida, o en la imposibilidad de que la intervención del fiscal haya podido garantizar los derechos del menor. Y el fiscal, es evidente que no fue citado porque no hubo comparecencia, y el hecho de que la pudiera haber un futuro que depende de la otra nulidad alegada (la primera que hemos analizado).

Atendiendo al sentido de los artículos 124.1 de la Constitución española, 435 de la LOPJ y 1 y 3.6.7.º del Estatuto del Ministerio Fiscal, se puede colegir que «el fiscal es informante y garante del interés público en juicio, y no actúa como una verdadera parte, sin causarse indefensión al estar representadas y defendidas las demás partes procesales» (SSTS 3 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 y 12 de diciembre de 1997).

La indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino solo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (STC 48/1986 de 23 de abril), por lo tanto dicha indefensión es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC 118/1983, de 13 de diciembre y 102/1987, de 17 de junio), requiriéndose además que tal indefensión ha de hallar su motivo en la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (STC 68/1986, de 27 de mayo, 54/1987, de 13 de mayo, y 34/1988, de 1 de marzo).

Y como dice muy gráficamente la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2011:

El fiscal ha ejercido control de la legalidad y del interés público, sin causarse indefensión a ninguna de las partes, que han actuado debidamente representadas y defendidas, por lo que el mero hecho de que no compareciera al acto de la vista –entiéndase AP–, o de que no emitiera informe tras ella, previamente al dictado de la sentencia, no infringe norma alguna esencial de procedimiento, y menos aún imputable al incorrecto actuar del órgano judicial, habiéndose llevado a término la tramitación en la forma legalmente prevista, dándose al tiempo respuesta compatible con el principio de celeridad.

Destacamos, asimismo, algunos pronunciamientos judiciales sobre la nulidad porque inciden, no solo en la ausencia de indefensión, sino en otros dos puntos que consideramos esenciales para abundar en la idea de rechazar la nulidad: a) el carácter excepcional y restrictivo de la misma y b) el principio de conservación de los actos procesales. Pronunciamientos que nos permiten reafirmar que las partes han podido actuar en este procedimiento y defender sus pretensiones procesales sin merma alguna de garantías, sin perjuicio real

o efectivo y sin afectación alguna por el resultado del fallo. Así, la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019 nos recuerda:

Que, como consecuencia directa de tal infracción, se haya producido indefensión. Señala, al efecto, el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante, a efectos de la nulidad de actuaciones, no tiene lugar siempre que se vulnere cualquier norma procesal, sino solo cuando con esa vulneración se provocan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa, y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (STC 48/86), y por lo tanto dicha indefensión es algo distinto de la indefensión meramente procesal, pues debe alcanzar un significado material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (Ss. 18/83 y 102/87), requiriéndose además que tal indefensión no esté causada por la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (Ss. 66/86, y 54/87). En consecuencia, la indefensión relevante comporta la introducción de factores distintos del mero respeto de las normas procesales, consistiendo sustancialmente en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por la decisión judicial.

Es también interesante, a los efectos de poder declararse una nulidad, traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo que recoge el auto núm. 02731/2009, de 21 de diciembre, dictado por la sección 26.^a de esta audiencia provincial, que destaca la necesidad de que se haya producido indefensión para que pueda declararse una nulidad.

Así, la STS de 24 de marzo del 2000 recuerda que

los dos requisitos que establece el artículo 238, párrafo 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial para propiciar la nulidad de los actos judiciales: uno, que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se actúe con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y otro, que efectivamente se haya producido indefensión, requisitos que deben concurrir conjuntamente. Además, la doctrina jurisprudencial tiene repetidamente declarado que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos y, que conforme a lo que establece el artículo 242 de la referida Ley Orgánica, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente artículo 243 de la misma norma legal.

Finalmente, el auto núm. 33/07 de 26 de enero de 2007 dictado por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Madrid resalta el carácter excepcional de la declaración de nulidad y el principio general de conservación de los actos procesales, así

la nulidad de actuaciones invocada al amparo del art. 238 de la LOPJ tiene por finalidad fundamental que no se conculque total y absolutamente las normas esen-

ciales y garantías procesales que pueden producir indefensión a las partes, que es el trasfondo fundamental de la nulidad: la indefensión. Siendo, además, el incidente de nulidad de actuaciones de carácter excepcional, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que no toda infracción procesal deviene en nulidad de actuaciones, debiendo primar siempre la conservación de los actos procesales, incluso en las nulidades, en aquellas partes que se deban conservar por ser útiles, de justicia, bien resueltas y no ser nulas, aunque sean el fondo del acto procesal o resolución.

Por consiguiente, se puede afirmar que la segunda nulidad pedida decae por esta causa, por la no intervención del fiscal, bien sin comparecencia o bien por un único escrito, bien por su falta de invocación por quien corresponde.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS 12 de diciembre de 1997, 3 de marzo de 1988, 21 de diciembre de 1989, 6 de febrero de 1991 y 24 de marzo del 2000 y 27 de junio de 2020.
- STC 68/1986, de 27 de mayo; 54/1987, de 13 de mayo; 34/1988, de 1 de marzo; 88/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; 146/2003, de 14 de julio, FJ 3, y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4.
- SAP Madrid de 28 de junio de 2019.
- SAP de Barcelona, Sec. 12.^a, de 22 de diciembre de 2016.
- AAP de Alicante, Sec. 6.^a rollo de Sala núm. 140-18.
- AAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 17 de mayo de 2019, núm. 82/2019, rec. núm. 16/2019.
- AAP de Madrid, Sec. 26.^a, núm. 02731/2009, de 21 de diciembre; Sec. 2.^a, núm. 33/2007, de 26 de enero.

Plan de ordenación urbana y contrato privado de la Administración y contrato de servicios

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

<https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Primero

El ayuntamiento de XXX aprueba provisionalmente el nuevo plan general de ordenación urbana del municipio, que es remitido a la correspondiente comunidad autónoma para su aprobación definitiva. Es de hacer constar que, en el ámbito urbanístico, la aprobación de un plan general de ordenación urbana tiene dos fases: la primera, la aprobación provisional que corresponde al ayuntamiento del municipio en cuestión y, la segunda, la aprobación definitiva que corresponde al órgano competente de la comunidad autónoma.

Publicada la aprobación provisional, varios vecinos del municipio, fundados en que el plan general no clasifica sus terrenos como urbanizables y, por tanto, susceptibles de edificación, como ellos pretendían, toda vez que, en opinión de aquellos, reunía todos los requisitos regulados por la normativa urbanística para ser calificados en tal sentido, siguiendo manteniendo la clasificación de no urbanizable de especial protección. Por ello, deciden interponer recurso de reposición contra la aprobación provisional.

Por su parte, aprobado definitivamente el plan general por el consejo de gobierno de la comunidad autónoma, con el mismo contenido que el realizado en la aprobación provisional, es publicado en el diario oficial de la comunidad el día 6 de marzo. Una asociación ecologista, inscrita en el registro oportuno, cuyo fin es la defensa de la naturaleza, de la flora y de la fauna, según sus estatutos, decide interponer recurso contencioso-administrativo contra los artículos del plan general, que cambia la clasificación de unos terrenos, que tenían la consideración, por su valor ambiental y paisajístico, de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urbanizable, sin que, en opinión de la referida asociación, hayan desaparecido los motivos que llevaron a la Administración a la especial protección en el plan originario.

- 1. ¿Cómo se resolverá el recurso de los vecinos contra la aprobación provisional del plan general? Fundamente la respuesta.**
- 2. ¿Tiene legitimación activa la asociación ecologista para recurrir la aprobación definitiva? Fundamente la respuesta.**
- 3. Órganos jurisdiccional competente, cuantía del proceso y qué reglas de procedimiento se seguirían. ¿Cómo se iniciará?**

El recurso contencioso-administrativo se interpone el día 4 de junio, que fue el día en que se le notificó la declaración de caducidad del plazo realizada por el letrado de la Administración de Justicia.

Tan pronto el órgano judicial recibió el recurso, de oficio, suspende la eficacia del articulado del plan general impugnado, aunque, poco tiempo después, levantó dicha suspensión.

- 4. En ese proceso, teniendo en cuenta el relato de hechos que se hace con posterioridad, ¿quiénes tendrán la consideración o pueden ser partes demandadas?**
- 5. ¿Está presentado el recurso en plazo? Si el plan general de ordenación urbana se hubiere publicado el día 1 de agosto, ¿cuál sería el día inicial del cómputo para recurrir y cuál el día final?**
- 6. ¿Fue ajustada a derecho la resolución del tribunal acordando la suspensión de oficio de la vigencia de los artículos del plan impugnado?**

Al interponerse el recurso contencioso-administrativo, la asociación recurrente acompañó los documentos exigidos en el artículo 45.2 de la LJCA, con excepción hecha del indicado en el apartado d) del citado precepto, referido al documento que acreditare el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para entablar acciones.

Por otra parte, al haberse levantado la suspensión de los artículos impugnados, el ayuntamiento, puesto que el plan estaba en vigor, concedió diversas licencias que permitieron la construcción de diferentes edificaciones en el suelo.

Además, un vecino del municipio, contrariado porque no se le había concedido licencia de obras para construir en los referidos terrenos por parte del ayuntamiento, después de haber transcurridos siete meses desde la publicación del plan general, se percató de que se habían producido infracciones legales en el procedimiento de elaboración, tales como la omisión de informes medioambientales preceptivos y otros. Por ello, desea que, de alguna manera, se declare la invalidez de la disposición administrativa.

- 7. Si el órgano jurisdiccional hubiera de declarar la inadmisión del recurso por ser extemporáneo, ¿en qué momento o momentos procesales podría realizarla?**

8. **¿Qué ocurrirá ante la falta de presentación del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para entablar acciones por parte de la asociación?**
9. **De acuerdo con la intención del vecino al que se le ha denegado, por parte del ayuntamiento, las licencias para construir en el terreno en cuestión, ¿qué instrumentos jurídicos existen, en su caso, para poder invalidar el plan general?**

Finalmente, se dictó sentencia con fecha 4 de enero del año siguiente en el proceso contencioso-administrativo iniciado mediante recurso del 4 de junio. En dicha sentencia se estimaron totalmente las pretensiones del demandante, anulándose los preceptos impugnados del plan general, señalando la misma, de forma contundente, que dichos terrenos no debieron perder la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección por su valor paisajístico y medioambiental y, por ello, nunca debieron ser clasificados como suelo urbanizable, que era perjudicial para dicha protección especial.

El día 13 de enero, el letrado de la Administración de Justicia comunica a la comunidad autónoma y al ayuntamiento el contenido del fallo para que procedan a su ejecución. Las referidas Administraciones, llegado el día 15 de marzo, siguen sin ejecutar el mismo. Por ello, ante el nuevo requerimiento del letrado de la Administración de Justicia para que la lleven a efecto, la comunidad autónoma alega imposibilidad material de ejecución porque se han realizado ya construcciones y edificaciones sobre el suelo que, tras la sentencia, pasó de nuevo a ser clasificado como suelo no urbanizable de especial protección.

10. **¿Qué efectos producirá la sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante que anuló los preceptos del plan referidos al cambio de la clasificación del suelo, con respecto a las licencias ya concedidas de forma expresa? ¿Y respecto a las solicitadas y en las que no se ha producido resolución expresa?**
11. **¿Qué puede hacer el beneficiado por el contenido del fallo de la sentencia ante la no ejecución de la misma?**
12. **¿Existía imposibilidad material de ejecución de la sentencia como defiende la Administración autonómica?**

Por otra parte, la sentencia se notificó a las referidas partes sin que se realizara ningún acto de comunicación general más.

La sentencia se dictó aplicando la legislación urbanística de la comunidad autónoma.

Es intención de la Administración y de las partes demandadas recurrir la misma.

13. **¿Esa sentencia debió ser objeto de alguna comunicación general?**
14. **¿A quién deberán imponerse las costas en este proceso?**

15. ¿Qué recurso, en su caso, cabe contra la sentencia dictada?

Por otra parte, finalmente, se llevó a cabo la ejecución material de la sentencia, lo cual supuso que, mediante los oportunos derribos de las construcciones y edificaciones levantadas, se devolviera el terreno a la condición que tenían antes de aquellas edificaciones que fueron declaradas ilegales.

Cuatro afectados por la misma preguntan qué opciones jurídicas tienen para reembolsarse los gastos ocasionados ante el derribo de sus edificaciones construidas, teniendo en cuenta que contaban con las oportunas licencias otorgadas por el ayuntamiento. Los gastos los calculan: A, 15.000 euros; B, 22.000; C, 28.000, y D, 21.000.

16. ¿Qué aconsejaría a los vecinos cuyas licencias les fueron concedidas para edificar y, luego, se anula el plan y se derriban las mismas?**17. Si estos acudiesen, a posteriori, a un proceso contencioso-administrativo para reclamar daños y perjuicios, y lo hicieran en el mismo proceso ¿cuál sería la cuantía del proceso?**

Respecto a D, la Administración autonómica, a través del letrado de sus servicios jurídicos, ha planteado un juicio civil ante el juzgado de primera instancia planteando que carece de capacidad de obrar. Por ello, solicita la suspensión del proceso contencioso hasta que se resuelva aquel proceso civil. ¿Se debe acceder a ello?

18. Ese proceso, ¿cómo se iniciaría y por qué reglas de procedimiento debería tramitarse? ¿Cuál sería el fundamento para pedir, a quién habría de demandarse y qué habría que probar, en concreto?**19. ¿Qué documentos concretos habría de presentar con el escrito de inicio?**

El proceso finaliza con sentencia estimatoria en todos los casos, salvo el de uno de ellos, que había fallecido durante la tramitación del proceso. Ante el impago de la Administración, se solicita la ejecución forzosa del fallo. Ante el requerimiento del letrado de la Administración de Justicia para ello, aquella contesta que no tiene crédito presupuestario para abonar la cantidad a la que ha sido condenada.

Por otra parte, es de hacer constar, respecto al demandante fallecido durante la tramitación del proceso, que, por esa razón, el órgano jurisdiccional desestimó su pretensión.

20. ¿Es causa legal para no pagar lo aducido por la Administración, en el sentido de que no hay crédito disponible para ello?**21. ¿Es causa, el fallecimiento de un demandante, para desestimar su pretensión?**

Otros sujetos que se encontraban en idéntica situación a las de los cuatro recurrentes conocidos, es decir, que igualmente se habían visto perjudicados por el derribo de sus edificaciones autorizadas en su momento, pero que no habían re-

currido ni en vía administrativa ni en la contencioso-administrativa, solicitan se les asesore sobre la posible extensión de los efectos de la sentencia de aquellos.

22. ¿Qué opinión le merece la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia? ¿Tendrían alguna otra alternativa si la demolición se lleva a efecto?

Además, usted representó y defendió a otro perjudicado que, sin embargo, en vía contencioso-administrativa ha visto desestimada su pretensión indemnizatoria.

23. ¿Qué recurso sería procedente, en su caso, contra esta sentencia?

Segundo

Se encuentra destinado, como funcionario perteneciente a la Escala Técnica de Gestión del organismo autónomo Artes Escénicas y de la Música, adscrito al Ministerio de Cultura y se reciben las siguientes consultas que su superior jerárquico somete a su informe:

- a) Respecto a un funcionario del subgrupo A1, encontrándose en la situación de incapacidad laboral transitoria y, siendo miembro de la junta de personal de los funcionarios, se plantea la duda sobre si puede ejercer sus funciones de representación de los funcionarios en tal situación.
- b) El organismo autónomo publicó la licitación de un contrato de suministro para adquirir, en régimen de arrendamiento, tres turismos para distintos servicios del mismo. El valor estimado del contrato fue de 35.000 euros. Tras el oportuno procedimiento, el contrato fue adjudicado a una sociedad anónima, AAA, SA cuyo objeto social era la venta de vehículos. La otra empresa licitadora, BBB, SRL, que había sido excluida por la mesa y, posteriormente, por el órgano de contratación, recurre aquella exclusión y la adjudicación, a través del recurso de reposición, sosteniendo que el procedimiento seguido habría sido inválido y no ajustado a derecho en la medida en que, antes de que se adoptara el acuerdo de adjudicación, ya se había publicado en la cuenta de Twitter de las dos empresas participantes la adjudicación de los turismos a la empresa AAA, SA.
- c) El organismo autónomo tiene intención de proceder al asfaltado de los accesos a diversos edificios de su propiedad que se realiza todos los años en similares fechas. Se solicita se informe sobre si la contratación de la redacción de proyectos técnicos para las diversas obras de pavimentación se pueden encargar al mismo profesional mediante contrato menor en un solo procedimiento o si es preciso realizar varios procedimientos independientes.

24. ¿Puede un miembro de la junta de personal de los funcionarios, estando de baja por incapacidad laboral transitoria, ejercer sus funciones de representación de los funcionarios?

- 25. ¿Cómo deberá resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la otra empresa que participó en el procedimiento de licitación?**
- 26. El organismo autónomo tiene intención de proceder al asfaltado de los accesos a diversos edificios de su propiedad. Se solicita el informe sobre si la contratación de la redacción de proyectos técnicos para las diversas obras de pavimentación se puede adjudicar al mismo profesional mediante contrato menor en un solo procedimiento, o si es preciso realizar varios procedimientos independientes.**

Cuestiones planteadas:

Se han ido formulando sucesivamente en relación con los hechos descritos en los apartados Primero y Segundo.

Solución

Primero

1. ¿Cómo se resolverá el recurso de los vecinos contra la aprobación provisional del plan general? Fundamente la respuesta.

Se resolverá no admitiéndose, en primer lugar, porque contra la aprobación provisional que corresponde al ayuntamiento en cuestión, del plan general de ordenación urbana, no cabe recurso administrativo ni contencioso-administrativo.

Estamos ante un acto de trámite no cualificado (artículo 112.1 de la LPAC, que señala que «contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley. La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento»), que forma parte de un procedimiento cuyo objeto es la aprobación definitiva, que no pone fin al procedimiento, que no resuelve directa o indirectamente el fondo del asunto y que no causa perjuicio a nadie, porque hasta que no se proceda a la referida aprobación definitiva del instrumento de ordenación urbanística no tendrá eficacia alguna. Tras la aprobación provisional de un plan general de ordenación urbana viene un periodo de información pública para que se puedan plantear todas las alegaciones que se estimen pertinentes. Luego, vendrá, en su caso, la aprobación definitiva.

En segundo lugar, el plan general tiene valor de disposición administrativa y, al amparo del artículo 117.3 de la LPAC, no cabrá recurso administrativo alguno, habiendo que esperar para poder interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo ante el tribunal superior de justicia correspondiente, según el artículo 10 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), hasta la aprobación definitiva del mismo.

2. ¿Tiene legitimación activa la asociación ecologista para recurrir la aprobación definitiva? Fundamente la respuesta.

En relación con si goza de legitimación activa la asociación ecologista para recurrir la aprobación definitiva del plan general la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, porque la legitimación es la aptitud para ser parte en un proceso concreto y viene determinada por la relación que exista entre las partes y el objeto del proceso. Es preciso que ostente derecho o interés legítimo a tenor del artículo 19.1 a) de la LJCA, que se refiere a quienes ostentan la condición de demandante o recurrentes en este proceso. Como el objeto de la asociación, según sus estatutos, es la defensa de la naturaleza en sentido amplio, tiene un interés legítimo para ser demandantes en el proceso contencioso-administrativo, pues no cabe duda de que ese cambio de clasificación de los terrenos, que pasan a ser de suelo no urbanizable de especial protección por sus valores ambientales y paisajístico a suelo urbanizable, afecta al objeto de su asociación, que es la defensa de esos intereses. No existe una definición concreta de interés legítimo, pero debe interpretarse en sentido amplio, a favor de la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental viene recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución y ha indicado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Surge de la relación entre sujeto y el objeto de la pretensión –acto impugnado– y es identificable con cualquier ventaja o desventaja de la pretensión que se ejercita. Debe ser personal, concreto, actual y efectivo. Todos estos requisitos concurren en el presente caso. Pero es que, además, la acción en materia urbanística, a tenor de lo establecido en el texto refundido de la Ley de suelo de 2015, es una acción pública o popular. Por tanto, bastaría el mero interés de defender la legalidad en abstracto para gozar de legitimación al objeto dirigirse al órgano competente e interponer el recurso oportuno. En este sentido, por si no fuera suficiente el interés legítimo, el artículo 19.1 h) de la LJCA concede la legitimación a cualquiera cuando se trata de la acción popular. En este sentido, el artículo 62.1 del Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana señala que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística».

3. Órganos jurisdiccional competente, cuantía del proceso y qué reglas de procedimiento se seguirían. ¿Cómo se iniciará?

Respecto al órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso contencioso-administrativo contra el plan general, al tratarse de una disposición administrativa general

emanada del Consejo de gobierno de una comunidad autónoma, será competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma (artículo 10.1.b de la LJCA, que señala que corresponde a esta jurisdicción conocer de «las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales»).

La cuantía de ese proceso será indeterminada, al tratarse de disposición general (artículo 42.2 de la LJCA, que señala que «se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración»).

Respecto a las reglas del procedimiento contencioso-administrativo que habrán de seguirse, serán las del proceso ordinario regulado en los artículos 45 y siguientes de la LJCA, ya que no estamos ante ningún supuesto ni del procedimiento abreviado (art. 78), ni de procedimientos especiales (arts. 114 y ss. LJCA).

Por otra parte, respecto a la postulación exigida, será preciso acudir con abogado y procurador, al tratarse de actuación ante órgano colegiado (art. 23 LJCA).

En cuanto a su iniciación, el artículo 45.4 de la LJCA señala que:

El recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a Derecho. Con la demanda se acompañarán los documentos que procedan de los previstos en el apartado 2 de este artículo.

Sin embargo, en el caso que analizamos parecen existir terceros interesados que obtuvieron licencias al amparo del plan que, en el caso de ese terreno, anuló lo que había determinado la Administración, llevándose a cabo el derribo de sus construcciones.

4. En ese proceso, teniendo en cuenta el relato de hechos que se hace con posterioridad, ¿quiénes tendrán la consideración o pueden ser partes demandadas?

Tendrá la consideración de parte demandada en ese proceso contencioso-administrativo el ayuntamiento que aprobó provisionalmente el plan, la Administración autonómica que lo aprobó definitivamente (art. 21.1 a). Podrían actuar como partes demandadas, también, todas aquellas personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar

afectados por la estimación de las pretensiones del demandante, es decir, todos los que construyeron en aquel terreno con licencias municipales (art. 21 b).

5. ¿Está presentado el recurso en plazo? Si el plan general de ordenación urbana se hubiere publicado el día 1 de agosto, ¿cuál sería el día inicial del cómputo para recurrir y cuál el día final?

El recurso es extemporáneo. Si el plan general se publicó en diario oficial el día 6 de marzo, a tenor del artículo 46.1 de la LJCA, existía el plazo de dos meses desde el día siguiente (aunque el cómputo total se hace de fecha a fecha) para interponer el recurso contencioso-administrativo. Por tanto, el plazo finalizaría el día 6 de mayo, salvo que fuese inhábil, en cuyo caso sería el primer día hábil siguiente y el recurso se interpuso el día 4 de junio.

No obstante, el artículo 128.1 señala que los plazos son improrrogables, y una vez transcurrido el plazo, el letrado de la Administración de Justicia tendrá por caducado el derecho y perdido el trámite que hubiese dejado de realizarse. Pero se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifica la resolución en que se tiene por caducado el recurso, salvo que se trate de plazos para preparar para proponer o interponer el recurso (supuesto ante el cual nos encontramos). Por tanto, debió dictarse auto por el órgano jurisdiccional inadmitiendo el recurso interpuesto por extemporáneo.

Respecto a la cuestión de que cuál sería el plazo inicial y final si el plan se hubiere publicado en diario oficial el día 1 de agosto, debemos señalar que el artículo 128.2 de la LJCA señala:

Durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil.

Por otra parte, la sentencia de la Sala Tercera de 2 de junio de 2020 (rec. núm. 3780/2019) aclaró que no debía correr el plazo para recursos contenciosos durante el mes de agosto.

Por ello, la interpretación armonizada del cómputo de fecha a fecha que establece para los plazos señalados por meses el artículo 5 del Código Civil, con la exigencia contenida en el artículo 128.2 de la LJCA, ley especial y posterior, de que durante el mes de agosto no corra el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, no puede ser otra que la de que, en aquellos supuestos en los que la notificación del acto recurrido se produzca en agosto, el día inicial del cómputo debe trasladarse al 1 de septiembre y, a partir de ahí, computar los dos meses de fecha a fecha, pues es la única forma de respetar el mandato expreso e inequívoco del legislador contenido en el artículo 128.2 de la LJCA y que no corra el plazo durante el mes de agosto.

Luego, en este caso, se iniciaría el día 1 de septiembre y vencería el día 1 de noviembre, pero como es festivo e inhábil pasaría al día 2 de noviembre.

La respuesta de la reciente sentencia de la Sala Tercera de 10 de mayo de 2022 (rec. núm. 1874/2021) fue la siguiente doctrina casacional:

El artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución y con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debe interpretarse en el sentido de que cuando el acto expreso que ponga fin a la vía administrativa que se recurre fuere notificado en el mes de agosto, el cómputo del plazo de dos meses, previsto en dicha disposición legal para interponer el recurso contencioso-administrativo, se inicia el 1 de septiembre, debiendo considerarse que dicho plazo vence el 1 de noviembre, que, por ser inhábil, se entiende prorrogado al día siguiente, que son los términos dentro de los que puede ejercerse el derecho a recurrir ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La suspensión decretada, de oficio, por el órgano judicial no fue ajustada a derecho. El artículo 129.1 de la LJCA exige que las medidas cautelares se adopten a solicitud o petición de las partes interesadas. Por tanto, no se pueden decretar de oficio.

6. ¿Fue ajustada a derecho la resolución del tribunal acordando la suspensión de oficio de la vigencia de los artículos del plan impugnado?

No fue ajustada a derecho, pues el artículo 129.1 de la LJCA señala que:

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

El artículo 721.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC), de aplicación supletoria respecto a la Ley 29/1998, de jurisdicción contencioso-administrativa (disp. final primera de la LJCA), referido a la necesaria solicitud de parte para la adopción de medidas cautelares, señala que:

Bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare.

7. Si el órgano jurisdiccional hubiera de declarar la inadmisión del recurso por ser extemporáneo, ¿en qué momento o momentos procesales podría realizarla?

Existen tres momentos procesales en los que el órgano jurisdiccional podría decretar la inadmisión del recurso por ser extemporáneo:

- Según el artículo 51.1 de la LJCA, tras el examen del expediente administrativo por parte del letrado de la Administración de Justicia, una vez que se remite al órgano jurisdiccional, puede dictar auto en tal sentido (apartado d del referido precepto).
- En el caso de que los demandados, en el plazo de los primeros 5 días de los 20 otorgados para contestar a la demanda, presenten alegaciones previas por tal motivo. En ese caso, se dicta auto de inadmisión (arts. 58 y 59 LJCA).
- En la sentencia que resolviera el procedimiento. El artículo 68.1 permite, entre los posibles fallos, en el apartado a), la inadmisión del recurso, aunque se expresan, con carácter exclusivo y tasado las causas para ello.

8. ¿Qué ocurrirá ante la falta de presentación del documento que acredite el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para entablar acciones por parte de la asociación?

Respecto a no haberse acompañado, con el escrito de interposición del recurso, el documento exigido en el artículo 45.2 d) de la LJCA para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que sean de aplicación, debemos significar que era preciso acompañarlo, salvo que figurara unido a las actuaciones de otro recurso, pendiente ante el mismo órgano jurisdiccional, en cuyo caso, se puede pedir certificación para su unión a la causa. Es cierto que dicha exigencia parece referida a sociedades o personas jurídicas con personalidad, pero entendemos que también es exigible respecto a asociaciones o cualquier otra forma de colectividad a las que el ordenamiento jurídico confiere capacidad para la defensa de su objeto social. En los estatutos reguladores de esa asociación se debe regular los órganos representantes de los mismos y las competencias respectivas. Por tanto, es lógico que, a los efectos de la válida constitución como parte en un proceso contencioso-administrativo, y por analogía con lo exigido a las sociedades o personas jurídicas, se exija la acreditación de que la decisión de intervenir en aquel proceso se ha adoptado por el órgano competente. Por todo ello, el letrado de la Administración de Justicia, al percatarse de que falta ese documento, le debe requerir para que en el plazo de 10 días subsane el defecto. Si no lo hiciere, el juez o tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones, según el artículo 45.3 de la LJCA.

9. De acuerdo con la intención del vecino al que se le ha denegado, por parte del ayuntamiento, las licencias para construir en el terreno en cuestión, ¿qué instrumentos jurídicos existen, en su caso, para poder invalidar el plan general?

A) El recurso indirecto contra el reglamento contemplado en el artículo 26.1 de la LJCA. Es decir, debe recurrir el acto de la denegación de la licencia basándose en la ilegalidad de la disposición general (plan general) para que, si se estima el recurso, el órgano jurisdiccional plantee la llamada cuestión de ilegalidad de los artículos 123 a 126 de la LJCA. El órgano competente para conocer el recurso contra la denegación de la licencia, al ser un órgano municipal, será el juzgado de lo contencioso-administrativo (art. 8.1 a LJCA), pues lo que se recurrió fue el acto denegatorio de licencia solicitada por el vecino. Pues bien, si este estima el recurso, como no es competente para anular la disposición general, planteará la cuestión de ilegalidad al órgano jurisdiccional competente para anular la misma, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (art. 10.1.b LJCA). La cuestión se planteará en los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia mediante auto no recurrible, se emplaza a las partes para que comparezcan y aleguen lo que estimen pertinente y, luego, se resolverá mediante auto. Ahora bien, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia 1468/2020, de 6 de noviembre (NFJ079706), en la que aborda esta cuestión con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza sobre una tasa municipal articulada a través de una serie de liquidaciones dictadas a su amparo.

Así, partimos de la premisa de que es doctrina consolidada que, al amparo del artículo 26 de la LJCA, no es posible mantener abierta *sine die* la vía de impugnación frente a disposiciones de carácter general por defectos formales o de procedimiento, toda vez que estos argumentos son propios de un recurso contencioso-administrativo directo frente a aquellas.

Sentado lo anterior, con ocasión de lo señalado en pronunciamientos anteriores, la sentencia recuerda el criterio seguido por la sala cuando los vicios se refieren al informe técnico-económico que debe acompañar a la correspondiente ordenanza reguladora de la tasa:

Todo lo anterior ha llevado a la conclusión, recogida en numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, por todas las de 7 de marzo de 2012, rec. cas. 1683/2008 (NFJ046343) y 709/2010 (NFJ046376), en las que se dijo que «sobre la importancia del estudio económico-financiero ha tenido ocasión de pronunciarse la Sala, habiendo declarado que la ausencia formal del documento así como la insuficiente justificación de los valores de mercado de referencia que justifique el importe de la exacción supone un vicio de nulidad que afecta tanto a la propia Ordenanza como a las liquidaciones giradas en su aplicación (sentencias, entre otras, de 19 de octubre de 1999, 11 de noviembre de 1999 y 8 de marzo de 2002 y 9 de julio de 2009)».

En este sentido, la sala insiste en la relevancia de tales informes técnico-económicos, pero remarca que cuando se trate de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, no basta con

alegar, sin más, la omisión o la insuficiencia de los informes técnico-económicos a que se refiere el artículo 25 del TRLHL en la elaboración de la Ordenanza, por tratarse de un vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general.

En efecto, para poder articular adecuadamente la posibilidad que ofrece el artículo 26 de la LJCA es preceptivo que en la alegación se cuestione

uno de los elementos esenciales conformador de la tasa, imprescindible para la determinación de la deuda tributaria, en tanto que en los informes técnicos debe contenerse los criterios determinantes de la fijación de dichos elementos o características definitorias de la tasa, correspondiéndole la prueba de la insuficiencia a quien impugna la liquidación.

En resumen, es carga de la parte recurrente, en casos como el expuesto, cumplir con lo siguiente:

- determinar y acreditar el elemento legal que resulta vulnerado y que es definitorio de la invalidez del acto directamente impugnado;
- determinar y acreditar la concreta ilegalidad que se atribuye a la ordenanza fiscal; y,
- determinar y acreditar la relación causal existente entre esta imputación y el carácter contrario a derecho del acto de aplicación.

En nuestro caso, es cierto que el relato de hechos se refiere a infracciones graves del procedimiento, pero si son defectos puramente formales que podrían haberse atacados mediante el recurso directo, no sería posible, posteriormente, el recurso indirecto, que parece referirse más bien a aspectos materiales o sustanciales. De cualquier forma, habrían de analizarse, de forma específica, las referidas infracciones que ha denunciado el recurrente en el procedimiento de elaboración del plan para su concreta valoración respecto a la posibilidad de recurso indirecto contra el plan.

B) La otra posibilidad que tendría el vecino para conseguir la declaración de invalidez del plan es que este fuera revisado de oficio por el propio órgano administrativo que lo aprobó mediante la revisión de oficio contemplado en el artículo 107.2 de la Ley 39/2015. Para ello, debería tener un vicio de nulidad del artículo 47, consistente en infracción del ordenamiento jurídico, y se exigiría el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma. Pero es preciso hacer una aclaración importante: la solicitud que en este sentido formulara el vecino no tiene, en ningún caso, la consideración de solicitud de interesado, porque el artículo 107.2 solo permite la revisión «de oficio» y no reserva acción de nulidad alguna a los particulares, como sí sucede en la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, artículo 102.1, donde se afirma «de oficio o a solicitud de intere-

sado». Por tanto, la naturaleza jurídica de este escrito que eleva el vecino tiene la consideración del ejercicio del derecho de petición, reconocido en el artículo 29 de la Constitución y regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición. Basta con la contestación para que se entienda respetado este derecho sin que sea preciso analizar el fondo de la cuestión en profundidad. El silencio, pasados tres meses, es negativo, según el artículo 24.1 de la LPAC.

10. ¿Qué efectos producirá la sentencia estimatoria de las pretensiones del demandante que anuló los preceptos del plan referidos al cambio de la clasificación del suelo, con respecto a las licencias ya concedidas de forma expresa? ¿Y respecto a las solicitadas y en las que no se ha producido resolución expresa?

El artículo 73 de la LJCA establece que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso en que la anulación del precepto supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no completamente ejecutadas». Por su parte, el artículo 72.2 señala que «las sentencias tienen efectos generales desde que se publica el fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial que lo fue la disposición anulada».

Como ha señalado Diego Gómez Fernández, abogado y profesor asociado de derecho administrativo,

la reciente STS de 14 de diciembre de 2020, rec. núm. 7929/201 (NCJ065204), ha fijado una interesantísima doctrina jurisprudencial respecto a cuáles son los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos en las licencias obtenidas por silencio administrativo.

En el auto de admisión de 28 de febrero de 2020 se había determinado que tenía interés casacional objetivo determinar si:

«1.^a El vencimiento del plazo máximo, sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa, sobre la solicitud de una licencia de obra, amparada en un Plan General de Ordenación Municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado, poco después, por sentencia judicial firme, legítima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo.

2.^a Si la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, que sean anteriores a que la anulación de la norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza en el caso en que pudieran entenderse producidos por silencio administrativo».

Como veremos a continuación, la Sala Tercera acaba concluyendo que los actos presuntos ganados por silencio administrativo tienen los mismos efectos que los expresos y, por lo tanto, con base en el artículo 73 de la LJCA, deben ser también respetados, aunque el plan desaparezca.

El recurso había sido desestimado tanto por el juzgado de lo contencioso-administrativo como por la S3TSJ de Galicia de 22 de marzo de 2019, que mantenían la siguiente postura que explica el Tribunal Supremo:

«La sentencia recurrida, que mantiene en esto la misma posición que la previamente dictada por el Juzgado, rechaza, asimismo, que se hubiera adquirido la licencia por silencio positivo antes de la anulación del planeamiento de 2003, que era la pretensión sustancial del recurrente. En su razonamiento la Sala territorial parte de que la licencia se solicitó al amparo del PGOM de 2003, y argumenta que para que su obtención por silencio positivo se hubiera producido, hubiera sido necesario, no solo el transcurso del plazo máximo para resolver, sino que la licencia pretendida fuera conforme con el planeamiento, ya que no es posible adquirir por silencio positivo licencias contrarias al mismo (art. 8.1.b TRLS 2008 norma estatal básica, y en el mismo sentido, la norma autonómica Ley 9/2002, art. 195.1), y este segundo requisito es el que faltaría en este caso, porque al anularse el planeamiento a cuyo amparo se solicitó la licencia, PGOM 2003, dados los efectos dicha anulación, "sería una licencia *contra legem ex tunc*, porque su amparo era un plan general nulo". Y concluye la sentencia su razonamiento indicando que esta nulidad del plan a cuyo amparo se solicitó la licencia "determina que el planeamiento aplicable a la fecha de la solicitud sea el plan anterior", esto es, el PGOM 1986, sin que el recurrente haya acreditado su conformidad con el mismo».

En la solución dada por la STS de 14 de diciembre de 2020 por el Tribunal Supremo, rechaza esta tesis en primer término:

«porque no tiene en cuenta el alcance de la configuración del silencio positivo en la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999 (aquí aplicable *ratione temporis*), como un verdadero acto administrativo –la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, art. 43.2– [...]»

La configuración del silencio positivo como verdadero acto administrativo tras la reforma llevada a cabo en la Ley 30/1992, por la Ley 4/1999, ha sido declarada por la jurisprudencia de esta Sala. La sentencia de esta misma Sala y Sección de 27 de abril de 2007, rec. 10133/2003, (con cita de otras anteriores) analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, partiendo de la configuración del silencio positivo como un verdadero acto administrativo estimatorio, y rechazando, por ello, la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio

cuando el silencio positivo ya se ha producido (art. 43.3.a), destacando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho».

A continuación, la Sala Tercera nos recuerda el contenido del artículo 73 de la LJCA y de la jurisprudencia, representada, entre otras muchas, por la STS de 17 de junio de 2009 (RC 5491/2007), que obliga a respetar las licencias urbanísticas concedidas mediante acto expreso al amparo de un plan declarado nulo, siempre que las mismas hubiesen ganado firmeza.

En función de lo antes expuesto sobre la equiparación entre el acto expreso y el acto presunto positivo, la sentencia rechaza que, producido dicho acto presunto, la declaración de nulidad posterior de un plan le pueda afectar.

Pero teniendo en cuenta, como dice la sentencia de instancia, que en el silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas no se puede entender adquiridas licencias en contra de la legislación y planeamiento urbanísticos, para llegar a esa conclusión será necesario realizar unas comprobaciones previas siguiendo la guía de tres pasos, que nos ofrece cómo se debe de actuar en los casos en que nos encontremos con una licencia de obras solicitada y no resuelta que se basa en un plan urbanístico que es finalmente declarado nulo por los tribunales:

«En primer término, [hay que examinar] si antes de que se produjera aquella anulación, o más precisamente, si antes de que dicha anulación alcanzara efectos generales (art. 72 LJCA), había transcurrido el plazo máximo para resolver; y constatado este extremo, y en segundo lugar, si los proyectos presentados para la obtención de la licencia eran o no conformes con el planeamiento entonces vigente, ya que todavía no se habría producido su anulación.

Y solo después, en un tercer paso, constatado o descartado que la licencia se hubiera adquirido por silencio positivo, deberían analizarse los efectos que sobre la conclusión alcanzada a resultados de los dos pasos anteriores tendría la anulación posterior del PGOM de 2003, por la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2011, efectos que, como norma jurídica que es (SSTS de 16 de abril de 2012, rec. 5665/2008, FJ 2; o de 11 de abril de 2011, rec. 2088/2007, FJ 5, entre otras muchas), son los previstos en el art. 73 LJCA, conforme al cual, "las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente"».

Finalmente, la sentencia fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

«1.^a El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado por la Administración competente resolución expresa sobre la solicitud de una licen-

cia de obra amparada en un plan general de ordenación municipal, vigente al transcurso de dicho plazo, pero que es anulado poco después por sentencia judicial firme, legitima al interesado para entenderla estimada por silencio administrativo siempre que la licencia fuera conforme con dicho planeamiento posteriormente anulado.

2.^a La declaración de nulidad de un plan general de ordenación municipal no comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que sean anteriores a que la anulación de dicha norma general produzca efectos generales y hayan ganado firmeza, también en los casos en los que estos actos se hayan producido por silencio positivo».

11. ¿Qué puede hacer el beneficiado por el contenido del fallo de la sentencia ante la no ejecución de la misma?

El artículo 104 de la LJCA señala que

1. Luego que sea firme una sentencia, el Letrado para la Administración de Justicia lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.

2. Transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1 c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.

3. Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, esta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

12. ¿Existía imposibilidad material de ejecución de la sentencia como defiende la Administración autonómica?

En relación con si existía imposibilidad material de ejecución de la sentencia por la razón de que se habían llevado a cabo construcciones y edificaciones en el terreno en cuestión, la respuesta, en principio, debe ser negativa. Es materialmente posible derribar aquellas edificaciones y que el terreno quede como estaba antes de las mismas. La imposibilidad material a que se refiere el artículo 105.1 de la LJCA debe ser una imposibilidad física y sobrevenida. A la ejecución material no se pueden oponer derechos de terceros (en este caso, titulares de las edificaciones al amparo de licencias, en principio, legales) que, en su caso, podrán pedir la oportuna indemnización de daños y perjuicios a las Administraciones públicas. Si en todo caso, por las circunstancias concretas, el terreno hubiera perdido ya de

forma irreversible sus valores medioambientales y paisajísticos que determinaron su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección, se sustituirá la ejecución por una indemnización de daños y perjuicios al beneficiado por la sentencia. En este caso, a través del representante procesal de la Administración, se comunicará al órgano jurisdiccional la imposibilidad material para que, previa audiencia de partes aprecie o no la concurrencia de la misma y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución, fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia.

Pero lo que podría concurrir en este caso es una imposibilidad legal, no material, pues se ha producido un cambio en el planeamiento urbanístico que ha provocado que lo que era ilegal se convierta en legal y ajustado a derecho. Ahora bien, el relato de hechos señala que la comunidad autónoma alega imposibilidad material de ejecución porque se han realizado ya construcciones y edificaciones sobre el suelo que, tras la sentencia, pasó de nuevo a ser clasificado como suelo no urbanizable de especial protección, lo cual podría suponer un ánimo fraudulento y defraudatorio en el cambio de planeamiento que se hizo, exclusivamente, para evitar la ejecución de la sentencia. Tiene que estar muy claro el cambio en las circunstancias urbanísticas objetivas en el suelo en cuestión para poder justificar el cambio normativo.

13. ¿Esa sentencia debió ser objeto de alguna comunicación general?

En esa sentencia, que anula determinados artículos de la disposición general (plan general), conforme al artículo 107.2 de la LJCA el letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de 10 días, a contar desde la firmeza de la sentencia.

14. ¿A quién deberán imponerse las costas en este proceso?

En cuanto a las costas procesales, deberán ser impuestas a los demandados en este proceso contencioso-administrativo, pues afirma el relato de hechos que la sentencia estimó todas las pretensiones de la asociación recurrente y además señaló con rotundidad que en ningún caso los terrenos debieron ser clasificados como suelo urbanizable, porque los valores paisajísticos y medioambientales que le hicieron acreedor al anterior clasificación de suelo urbanizable de especial protección no se habían perdido. Con base en todo ello, de acuerdo con el artículo 139.1 de la LJCA en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (no parece que este supuesto se dé en nuestro caso, por la rotundidad con que se manifiesta la sentencia respecto a la actuación ilegal llevada a cabo por la Administración).

15. ¿Qué recurso, en su caso, cabe contra la sentencia dictada?

En relación con el recurso que cabe contra esa sentencia, recordamos que fue dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, luego, al amparo del artículo 86.4 de la LJCA, el recurso posible sería el de casación, ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que hubieran sido invocados oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora. En el caso que analizamos, en principio, respecto al fondo del asunto, la legislación aplicada, y así se indica en el relato de hechos, fue la urbanística autonómica, por tanto, en principio, no sería posible el recurso de casación. Pero también es cierto que cabe la infracción de normas procesales de derecho estatal, en cuyo caso, si el recurrente se fundara en ellas, cabría el referido recurso. Por otra parte, el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana aprobado por Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, es derecho estatal y contiene numerosa normativa básica de aplicación.

16. ¿Qué aconsejaría a los vecinos cuyas licencias les fueron concedidas para edificar y, luego, se anula el plan y se derriban las mismas?

Debería aconsejarles que inicien un procedimiento de responsabilidad patrimonial contra la Administración (podría ser, la autonómica –que aprobó definitivamente el plan– o la local –que concedió las licencias–. En principio, la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las relaciones interadministrativas entre ellas), al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, LRJSP). Con posterioridad, ante la resolución expresa o presunta (por el transcurso de seis meses) cabría interponer recurso contencioso-administrativo ante el juzgado de lo contencioso-administrativo, previo recurso de reposición potestativo, en su caso) o ante el tribunal superior de justicia, depende de a quién se demandó en vía contencioso-administrativa.

Señala el artículo 33 de la Ley 40/2015, LRJSP:

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.
2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

17. Si acudiesen, *a posteriori*, a un proceso contencioso-administrativo para reclamar daños y perjuicios, y lo hicieran en el mismo proceso, ¿cuál sería la cuantía del proceso?

Respecto a D, la Administración autonómica, a través del letrado de sus servicios jurídicos, ha planteado un juicio civil ante el juzgado de primera instancia, planteando que carece de capacidad de obrar. Por ello, solicita la suspensión del proceso contencioso hasta que se resuelva aquel proceso. ¿Se debe acceder a ello?

Para determinar la cuantía del proceso no se suman las cuatro cantidades que solicitan los demandantes, sino que la cuantía se determinará para cada uno de ellos, en función de la suma planteada, pero no de la suma de todos ellos (arts. 41.2 y 3 LJCA).

Lo que se produciría sería la acumulación prevista en el artículo 34 de la LJCA, que señala:

1. Serán acumulables en un proceso las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto, disposición o actuación.
2. Lo serán también las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

Por su parte, el artículo 37.1 dice que:

Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.

En relación con la suspensión del proceso contencioso-administrativo solicitada por el abogado del Estado, que, representando a la Administración, debido a que ha planteado ante la jurisdicción civil un proceso por la posible falta de capacidad de obrar del recurrente D, hasta que se dicte sentencia firme en este proceso no se debe acceder a ello, pues el artículo 4 de la LJCA señala:

1. La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.
2. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente.

18. Ese proceso, ¿cómo se iniciaría y por qué reglas de procedimiento debería tramitarse? ¿Cuál sería el fundamento para pedir, a quién habría de demandarse y qué habría que probar, en concreto?

El procedimiento se iniciará por demanda, al no exceder ninguna de las pretensiones de los 30.000 euros y seguirse las reglas de procedimiento abreviado (art. 78), a la que se acompañarán el documento o documentos en que funden sus derechos y los previstos en el artículo 45.2.

El fundamento será la existencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, al amparo de los artículos 106.2 de la CE y 32 de la Ley 40/2015, LRJSP. La responsabilidad es de las dos Administraciones intervinientes en la aprobación del plan de ordenación urbana: el ayuntamiento que efectuó la aprobación provisional y la comunidad autónoma que efectuó la aprobación definitiva. En este sentido, el artículo 33 de la Ley 40/2015, LRJSP, señala:

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación. (Este parece el caso que nos ocupa).

Por otra parte, concurren todos los requisitos exigidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, a saber: daño efectivo e individualizado económicamente (valor de la construcción derribada y otros gastos tales como tasas, etc.); antijurídico (no tenían el deber de soportar); culpa de la Administración (erró en la clasificación del suelo); relación de causalidad (ese error fue la culpa de que, posteriormente, se anulara el plan) y no existió culpa de la víctima ni de un tercero (solicitaron la licencia preceptiva y les fue concedida).

19. ¿Qué documentos concretos habría de presentar con el escrito de inicio?

- Los del artículo 45.2 y, en particular, el que acredite la representación (puede ser solo abogado con poder de representación, ya que se actúa ante un órgano unipersonal, artículo 23 LJCA o, si lo desea, puede ir representado por un

procurador) y copia o traslado de la resolución que impugnará o indicación del expediente).

- De los de la pretensión en sí: licencia solicitada en su momento, licencia de obras otorgada, licencia de apertura, de primera ocupación, etc.; notificación del derribo; y, muy importante, la valoración económica de los perjuicios causados mediante facturas u otras documentaciones que estime pertinentes.

20. ¿Es causa legal para no pagar lo aducido por la Administración en el sentido de que no hay crédito disponible para ello?

No es causa justificativa para no pagar la aducida por la Administración, en el sentido de que carece de crédito presupuestario para ello.

El artículo 105 de la LJCA señala, entre otros extremos, que debe existir crédito en los presupuestos para este fin que, además, tendrá el carácter de ampliable y, cuando la Administración sea condenada al pago de una cantidad, si no existe crédito para ello, se hará la oportuna modificación de crédito, consistente, afirmamos por nuestra parte, en un crédito extraordinario o en un suplemento de crédito, debiendo seguir esta modificación presupuestaria las normas establecidas en la legislación al respecto. Si no se hiciera lo anteriormente expuesto, el órgano jurisdiccional valoraría la posible deducción de testimonios de particulares contra el o los responsables por un presunto delito de desobediencia, con independencia de acudir a otras medidas de ejecución forzosa para dar cumplimiento al fallo, tales como el embargo de bienes patrimoniales no afectos al uso o servicio público.

21. ¿Es causa, el fallecimiento de un demandante, para desestimar su pretensión?

En relación con la desestimación de las pretensiones respecto a un demandante fallecido durante la tramitación del procedimiento, el órgano jurisdiccional en principio no ha obrado con arreglo al derecho si el único motivo ha sido ese. Ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles sucesores o herederos de este, reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

El artículo 22 LJCA señala que «si la situación jurídica deriva de una relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder, en cualquier estado procesal, a la persona que actuó inicialmente como parte».

Es un supuesto de sucesión procesal, por tratarse de una relación jurídica transmisible, regulada en los artículos 16 a 18 de la LEC (que resulta de aplicación supletoria de la legislación contencioso-administrativa, en el ámbito procesal). Por tanto, se pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional, acreditándose la circunstancia del parentesco y del fallecimiento, y se aportará nuevo poder a favor del procurador, en un caso.

22. ¿Qué opinión le merece la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia? ¿Tendrían alguna otra alternativa si la demolición se lleva a efecto?

A esas personas que resultaron, también, perjudicadas por la orden de demolición de lo construido, a efectos de conocer si pueden extenderse a su favor los efectos de la sentencia dictadas a favor de los demandantes a que nos hemos venido refiriendo, no se les puede aplicar la extensión de los efectos de la sentencia, porque la misma, prevista en el artículo 110 de la LJCA, solo es aplicable en el caso de que se trate de materia tributaria, de personal al servicio de las Administraciones públicas y de unidad de mercado. En este caso, se trata de supuestos de responsabilidad patrimonial de un ayuntamiento y de una comunidad autónoma.

Por otra parte, un requisito exigido para que tenga lugar esa extensión de efectos de sentencia su favor es que se encontraran en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. Cosa que no sucede en este caso, porque los consultantes no habían reclamado en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa, mientras que aquellos sí lo habían hecho.

Otra alternativa que tendrían para resarcirse de los perjuicios ocasionados como consecuencia del derribo sería la de ejercer la acción de responsabilidad patrimonial en el plazo de un año desde la firmeza de sentencia de fecha 4 de enero del año siguiente en el proceso contencioso-administrativo iniciado mediante recurso del 4 de junio. En dicha sentencia se estimaron totalmente las pretensiones del demandante, anulándose los preceptos impugnados del plan general, señalando la misma, de forma contundente, que dichos terrenos no debieron perder la clasificación el suelo no urbanizable de especial protección por su valor paisajístico y medioambiental y, por ello, nunca debieron ser clasificados como suelo urbanizable. Fue este momento cuando tuvieron conocimiento del funcionamiento anormal de los servicios públicos por parte de la Administración, que es cuando surgió la *actio nata*, o dicho de otro modo, se puso de manifiesto la actuación contraria a derecho de la Administración.

23. ¿Qué recurso, en su caso, cabría contra esa sentencia?

Finalmente, si la sentencia hubiere sido desestimatoria, no cabría recurso alguno porque, aunque es cierto que las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los juzgados centrales de lo contencioso administrativo admiten recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, el artículo 81.1 a) de la LJCA exige que la cuantía exceda de 30.000 euros y, en este caso, no sucede así, sin que, por otra parte, nos encontremos ante ninguno de los otros supuestos que admite el recurso de apelación, con independencia de las cuantías del pleito que vienen señaladas en el artículo 81.2:

- a) Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.

- b) Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- c) Las que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
- d) Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

Segundo

24. ¿Puede un miembro de la junta de personal de los funcionarios, estando de baja por incapacidad temporal, ejercer sus funciones de representación de los funcionarios?

El derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional viene recogido en el Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en el capítulo IV, indicando en su artículo 31.1 que

los empleados públicos [debe entenderse tanto laborales como funcionarios] tienen derecho a negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo [...] el ejercicio de los derechos establecidos en este artículo se garantiza y se lleva a cabo a través de los órganos y sistemas específicos regulados en el presente capítulo sin perjuicio de otras formas de colaboración entre las Administraciones públicas y sus empleados públicos o los representantes de estos.

Los órganos específicos de representación de los empleados públicos –los delegados, tanto de las juntas de personal y como de los comités de empresa–, como garantía de la función de representación que ejercen, tienen una serie de prerrogativas como es, entre otras, un crédito horario para el ejercicio de sus funciones representativas (arts. 41.1.d y 68.e TREBEP).

Sobre la pregunta concreta de si un representante, miembro de la junta de personal, puede ejercer sus labores representativas estando en situación de incapacidad temporal, la jurisprudencia se ha manifestado sobre este tema en el ámbito laboral. Así, por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de noviembre de 2006, y la STS de 8 de abril de 2006.

En la última sentencia referenciada, el Tribunal Supremo aclara que

la representación legal del miembro del Comité de empresa tiene como causa subyacente la existencia del contrato de trabajo, pero no lo es menos que, en el presente caso permanece la vigencia del contrato y lo que ha producido la IT, a tenor del artículo 45.1 c) del ET, es la suspensión del contrato de trabajo [...] sin que por lo tanto puedan extenderse, a falta de previsión legal, los efectos de esa

suspensión al derecho de representación que tiene el comité de empresa a través de los miembros que lo integran [...] debe incidirse en la conclusión de que los derechos de representación no dependen siempre de la realización efectiva de la prestación laboral, y de que, incluso, existen situaciones que evidencian lo contrario, como acredita, por ejemplo, la existencia del derecho a la huelga y también que, en todo caso, existente la relación laboral, aunque en estado de suspensión, debe entenderse que subsiste el litigioso derecho de representación sindical, dada su naturaleza, sin que pueda entenderse suspendido sobre la base de interpretación del precepto contenido en el artículo 45.1 del ET, que en forma alguna impone tal suspensión.

Trasladando tal doctrina al caso planteado, esto es, para un miembro de la representación funcional, consideramos que el delegado de personal, al estar incurso en licencia por enfermedad, no tiene extinguida su relación funcional, sino que continúa en servicio activo, por lo que el derecho a la representación sindical, dada su naturaleza, no puede considerarse suspendido, tampoco por estar incurso el delegado de personal en situación de incapacidad temporal.

25. ¿Cómo deberá resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la otra empresa que participó en el procedimiento de licitación?

Lo primero que debemos significar es que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, consagra, como principios generales, los de objetividad y transparencia en su artículo 1, por lo que suponemos que el motivo alegado por el recurrente será la infracción del principio de transparencia, principio esencial en la lucha contra la corrupción.

Respecto a la legitimación parece clara que la tiene la empresa recurrente, puesto que la exclusión se acordó por la mesa y, luego, por el órgano de contratación a donde, sin duda, recurriría aquella exclusión, de manera que si la exclusión fuera eliminada –recordemos que todavía no se había resuelto ese recurso contra la exclusión– no cabe duda de que la estimación del recurso contra la adjudicación podría beneficiarle, puesto que era el otro único licitador; eso sí, debería cumplir el resto de los requisitos exigidos para que se le adjudicara el contrato. En definitiva, tenía interés legítimo para recurrir aquella decisión, lo que le convertía en interesado y legitimado (arts. 4 Ley 39/2015 y 19.1.a Ley 29/1998). Aunque debió recurrir o alegar ante el órgano de contratación la exclusión acordada por la mesa.

En cuanto al fondo del asunto, y en relación con la invalidez del procedimiento, deberá resolverse en sentido desestimatorio, pues, sin duda alguna, la circunstancia alegada como motivo del recurso supone simplemente una irregularidad no invalidante.

La publicación anticipada del posible resultado de un contrato que todavía no ha sido adjudicado es poco afortunada, pero las publicaciones en cuentas de redes sociales no

forman parte del proceso de contratación, y de su lectura no se deduce que su objeto sea informar de una adjudicación formal del contrato.

Por otra parte, y desde la perspectiva temporal, cuando se publica el tuit aún no existe acuerdo formal de adjudicación, pero sí se había adoptado por el órgano de contratación el acuerdo de exclusión de la empresa recurrente, quedando solo una posible licitadora adjudicataria.

Las publicaciones en cuentas de redes sociales no forman parte del proceso de contratación, sin que de su lectura se deduzca que su objeto sea informar de una adjudicación formal del contrato, siendo sus términos ajenos a calificaciones jurídicas que indiquen un anuncio formal de acuerdos de adjudicación. Por su parte, el artículo 151.1 de la LCSP establece que «la resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días».

La publicación prematura vía tuit no ha tenido influencia en la exclusión de la oferta de la adjudicataria, porque aquel no equivale al acuerdo de adjudicación.

26. El organismo autónomo tiene intención de proceder al asfaltado de los accesos a diversos edificios de su propiedad. Se solicita el informe sobre si la contratación de la redacción de proyectos técnicos para las diversas obras de pavimentación se puede adjudicar al mismo profesional mediante contrato menor en un solo procedimiento o si es preciso realizar varios procedimientos independientes

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Expediente 92/18, de 4 de marzo de 2019, ha indicado que «la Ley 9/2017, LCSPL, permite emplear el contrato menor para la contratación de proyectos de obras o instalaciones o cualquier otra prestación de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, siempre que se cumplan las condiciones que la ley establece para ello». Veamos cuáles son las condiciones a cumplir.

El artículo 99.2 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), dispone que «no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan».

Este precepto ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 28 de la LCSP, que señala que las entidades del sector público han de programar la actividad de contratación que desarrollarán cada ejercicio presupuestario o en periodos anuales, y que dicha actividad ha de ajustarse, en general, y siempre que sea posible, a los principios de publicidad y concurrencia.

Además, hay que considerar la regla que se recoge en el artículo 101 del LCSP, apartado 4, que dispone: «La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efec-

tuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan». Por tanto, lo que se contempla en la norma legal es una prohibición del fraude, que supone el fraccionamiento indebido del contrato.

Por su parte, el artículo 99.3 de la LCSP señala:

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

[...]

b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Sobre la contratación de prestaciones que se repiten anualmente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en el Informe 5/2018, de 15 de junio de 2018, resuelve la consulta sobre la contratación anual del montaje del belén municipal en la casa de cultura, que se realiza en dos meses al año por importe 5.000,00 euros/año, siempre en las mismas fechas, actividad se viene repitiendo cada año durante varias legislaturas y se prevé que siga prestándose. Y lo mismo ocurre con el alquiler a una empresa bicicletas de ciclo *indoor*, servicio que se presta un día al año por importe de 1.800 euros/año, y se pregunta si se puede seguir contratando como contratos menores de forma anual o existiría fraccionamiento. Entiende la junta consultiva que

en el caso de servicios o suministros cuya necesidad de contratación es conocida con antelación y se repite en sucesivos ejercicios, debe programarse dicha contratación y efectuarse su adjudicación con arreglo a los principios de publicidad y transparencia a los que se refiere al artículo 1 de dicha Ley, cualquiera que sea el procedimiento que se utilice.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Expediente 45/2018, de 2 de julio, ha indicado que para determinar si existe un fraccionamiento indebido del contrato, procede tener en cuenta diversos aspectos:

- La existencia de una unidad funcional y de un vínculo operativo entre los diferentes contratos. Lo que exigiría un tratamiento unitario de todos ellos, evitando un fraccionamiento artificioso del objeto del contrato con el objetivo de burlar los umbrales establecidos en la ley.
- La posibilidad de planificación del contrato. Esto es, la previsibilidad de su realización en el marco de la programación de la contratación que la ley exige a los órganos de contratación.

Sobre la contratación de obras de pavimentación la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el Informe 31/2012, referido a diversas obras en aceras municipales en distintos lugares del municipio, ha concluido que constituyen una única unidad funcional, que es la reparación de aceras del municipio, sin que el beneficio a las pymes de la localidad pueda justificar su división en distintos contratos. Posteriormente, en el Informe 12/2015, de 6 de abril de 2016, considera que, en atención al nuevo contexto legal a efectos de favorecer el acceso de las pymes a la contratación pública, debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato; y, ello sin perjuicio de que las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote se determinarán en función del valor acumulado del conjunto.

Los anteriores argumentos para la reparación de aceras son aplicables igualmente a la redacción de los proyectos necesarios para llevarlas a efecto.

Respecto de la previsibilidad de los contratos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Informe 1/2010, de 3 de febrero de 2010, señala que «no existirá fraccionamiento fraudulento del objeto contractual cuando, después de haberse realizado un primer contrato, se tenga que volver a contratar con el mismo contratista la misma prestación debido a una necesidad nueva, no previsible en el momento de realizar el primer contrato». Ya que, en este caso, a pesar de ser el objeto y los sujetos coincidentes, la causa es diferente.

Por todo ello, consideramos que los contratos de redacción de proyectos –por ejemplo, si son para pavimentaciones, como es nuestro caso– forman parte de una unidad funcional; quedando justificada su tramitación en lotes, pero dentro de un mismo procedimiento. Únicamente en el caso de que la necesidad de las distintas obras hubiera surgido en diferentes momentos, no siendo previsible su ejecución conjunta (por acontecimientos climatológicos o de otro tipo), estaría justificada la tramitación independiente de los proyectos mediante contrato menor.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 24, 29 y 106.
- Código Civil, art. 5.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 4, 8, 10, 19, 21, 22, 23, 26, 34, 37, 41, 42, 45, 46, 51, 58, 59, 71, 72, 73, 78, 81, 86, 104, 105, 107, 110, 114, 123, 126, 128, 129, 139 y disp. final 1.^a
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 16, 18 y 72.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 47, 48, 107, 112 y 117.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 32 y 33.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 1, 28, 99, 101 y 151.
- Real Decreto legislativo 2/2015 (TRLET), art. 45.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (EBEP), arts. 31, 41 y 68.
- Real Decreto legislativo 7/2015 (TRLSRU), art. 62.

45 CEF.-
Aniversario



Más de

28.000 opositores

aprobados gracias

al #MétodoCEF.-

S puedo

Preparamos el acceso a:

- Administración General
- Administración Local
- Banco de España
- Comunidades Autónomas
- Cuerpos de Informática
- Empleo y Seguridad Social
- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Justicia
- Ministerio del Interior
- Unión Europea

Presencial | Telepresencial | Online

Consulta www.cef.es y descubre el #MétodoCEF.-

Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia