

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 266 | Marzo 2023

ISSN: 2697-1631

Digitalización de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada

José Luis Blanco Pérez

Los retos jurídicos de la hipoteca inversa

José María García Rodríguez

Cuantificación y seguimiento de la inflación normativa

Bernardo Sánchez Pavón



45 CEF.-
Aniversario

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.

Ahora

S



Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO MARZO Y ABRIL 2023

- Curso de Arbitraje
- Curso sobre el Concurso de Personas Físicas y Autónomos. Exoneración Sujeto Pasivo
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Demandas Colectivas y las ADR, Sector del Transporte
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso de Especialización en Derecho Deportivo
- Curso sobre Estrategia en Litigios Civiles y Derecho Procesal
- Curso Intensivo de Preparación del Examen de Certificación de Compliance
- Curso sobre International Legal & Tax English
- 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)

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 266 | Marzo 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 doctrinales

Civil-mercantil

Hacia una plena digitalización del proceso constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada 5-28

Towards a fully digitalised process of incorporation of a limited liability company

José Luis Blanco Pérez

Los retos jurídicos de la hipoteca inversa 29-48

The legal challenges of the reverse mortgage

José María García Rodríguez

Constitucional-administrativo

Cuantificación y seguimiento de la inflación normativa: enseñanzas a extraer de la experiencia francesa 49-82

Quantification and monitoring of regulatory inflation: about the French experience

Bernardo Sánchez Pavón

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

Publicación de la sentencia en los casos de intromisión en la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS de 27 de abril de 2022) 83-88

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

- ¿Qué requisitos debe cumplir el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta anormal o desproporcionada? 89-92
Jaime Pintos Santiago y María Dolores Fernández Uceda

Casos prácticos

Civil

- Contrato de mediación. Responsabilidad de la agencia inmobiliaria 93-97
Adelaida Medrano Aranguren
- Adquisición de la nacionalidad por sefardíes originarios de España 98-107
Casto Páramo de Santiago

Administrativo

- La Administración local y contratos menores. Subvenciones públicas 108-128
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>



Hacia una plena digitalización del proceso constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada

José Luis Blanco Pérez

Abogado

*Colaborador en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
(Instituto de España) (España)*

joseluisblanco@icam.es | <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Extracto

Este trabajo centra su análisis en los aspectos jurídicos del proceso de constitución telemático de una sociedad de responsabilidad limitada y en el rol del notariado y del registrador mercantil. Este trabajo examina también las novedades introducidas por la Directiva (UE) 2019/1151 de digitalización del derecho de sociedades y su norma de transposición, el anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia. Un análisis crítico que aporta algunas propuestas de mejora que pudieran resultar de utilidad.

Palabras clave: derecho societario; sociedad limitada; digitalización; sostenibilidad.

Recibido: 24-11-2022 / Aceptado: 03-01-2023 / Publicado (en avance *on-line*): 13-02-2023

Cómo citar: Blanco Pérez, J. L. (2023). Hacia una plena digitalización del proceso constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 5-28. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.11559>



Towards a fully digitalised process of incorporation of a limited liability company

José Luis Blanco Pérez

Abstract

This paper focuses its analysis on the legal aspects of the online process of incorporation of a limited liability company and on the Notary and Mercantile Registrar's role. This paper examines also the novelties introduced by the European Directive 2019/1151 as regards the use of digital tools and processes in company law and the draft regulation on digital and efficiency measures in the public justice service, which incorporates the European Directive to the Spanish legal system. A critical analysis that provides some proposals for improvement that may be used.

Keywords: corporate law; limited society; digitalization; sustainability.

Received: 24-11-2022 / Accepted: 03-01-2023 / Published (online preview): 13-02-2023

Citation: Blanco Pérez, J. L. (2023). Hacia una plena digitalización del proceso constitutivo de una sociedad de responsabilidad limitada. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 5-28. <https://doi.org/10.51302/celegal.2023.11559>



Sumario

1. Contexto
 2. ¿Es prescindible la intermediación notarial en el proceso de constitución de una sociedad limitada?
 3. ¿Cómo lograr la intervención notarial a distancia?
 - 3.1. Intervención de los diferentes *stakeholders* en un espacio que permita la identificación; y que sea seguro e intuitivo de usar
 - 3.2. La documentación en formato electrónico
 - 3.3. El uso de documentos modelo de escrituras de constitución
 4. Hacia un registro mercantil electrónico: principales iniciativas
 5. Atributos para un adecuado registro de empresas: electrónico pero eficiente
 6. El registro mercantil y el potencial de la tecnología *blockchain*
 7. Anteproyecto de la Ley de eficiencia digital: posibles dificultades y propuestas *de lege data* o *de lege ferenda*
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Contexto

La situación derivada de la pandemia ha acelerado el proceso de digitalización en la Unión Europea (UE) así como la necesidad de llevar a cabo una transición digital, garantizando la accesibilidad del conjunto de la sociedad e impulsando la llegada de las tecnologías de la información y la comunicación a la empresa –especialmente pymes y *startups*– y a la industria.

Estamos plenamente inmersos en una ola de digitalización y de glocalización donde la inmediatez es un factor clave. Esta ola imparable trae consigo nuevas oportunidades que permiten cubrir las necesidades de un ecosistema emprendedor, especialmente, en cuanto a la constitución de nuevas sociedades mercantiles y sucursales en la UE se refiere. La cuestión no es tanto el aprovechamiento del avance en la digitalización que impone la «nueva normalidad», sino lograr que el derecho mute hacia ese objetivo y que todas las personas tengan capacidades digitales.

El emprendimiento requiere de un apoyo institucional y legislativo para conseguir su expansión en los mercados nacionales e internacionales, que puede pasar por el diseño de un proceso de constitución societario fácil, rápido y económico y, para ello, en todas sus fases telemática.

Para la materialización de esos esfuerzos, es requisito indispensable que la legislación sea más simple y que abogue por la reducción de los procedimientos, plazos y costes aparejados sin mermar la seguridad jurídica. Esa minimización procedimental y económica se podría conseguir con una intervención notarial optativa y telemática; y con un registro mercantil que evite la presencialidad y que sea accesible en todo momento y desde cualquier lugar.

Esos fines son los que precisamente persigue el anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia¹, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades («Directiva de Digitalización»)².

La directiva europea introduce aspectos novedosos, entre otros, los siguientes:

1. Implantación a nivel europeo de un proceso de constitución íntegramente *online* para las sociedades de capital, donde los fundadores o sus representantes puedan prestar su consentimiento de forma telemática y sin necesidad de comparecer ante el notario o Registro Mercantil.
2. Trámites en línea y a distancia, presentando la documentación en soporte electrónico y de forma autenticada por medio de los servicios de confianza a que se refiere el Reglamento n.º 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. Así, en caso de aportaciones dinerarias, ese pago debe poder efectuarse en línea «en una cuenta bancaria abierta en la Unión».
3. Posibilita que el legislador nacional de cada Estado miembro de la UE suprima la duplicidad existente en materia de publicidad registral.
4. Posibilita que el legislador nacional de cada Estado miembro de la UE incluya a las sociedades anónimas en el proceso de constitución telemático o la constitución de sociedades limitadas (y, en su caso, anónimas) mediante aportaciones *in natura* al capital.
5. Conforme al principio de prevención del fraude, la directiva introduce un mandato regulatorio que conmina a los Estados miembros a elevar sus actuales estándares de exigencia, al requerir imperativamente que en el régimen de los procedimientos digitales se establezcan normas para asegurar un control sobre la identidad, la capacidad jurídica y el poder de representación de los solicitantes.

¹ Gobierno de España, Ministerio de Justicia. www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf

² La primera iniciativa de la CE que perseguía la facilitación del uso de la tecnología digital desde el momento de constitución de una sociedad mercantil y durante su ciclo de vida: COM (2016) 710 final, de 25 de octubre de 2016. Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Programa de trabajo de la Comisión para 2017: «Realizar una Europa que proteja, capacite y vele por la seguridad» SWD (2016) 400 final). Esa iniciativa se convertiría, posteriormente, en una propuesta de Directiva, de 25 de abril de 2018, con la que se planteaba modificar la Directiva Europea 2017/1132 y que daría lugar a la versión definitiva de 2019 que conocemos hoy.

6. Entre otros aspectos, reforma los siguientes: a) reduce los plazos máximos de inscripción a 5 días en caso de constitución por parte de personas físicas que utilicen el documento modelo, a 10 días en otros casos; b) la información tendrá por defecto valor de certificación; c) habrá más información accesible gratuitamente a través del sistema de interconexión de los registros mercantiles, incluida la identidad de los representantes orgánicos; d) los precios o tasas deberán ser transparentes, no discriminatorios y no superiores al coste administrativo del servicio.

2. ¿Es prescindible la intermediación notarial en el proceso de constitución de una sociedad limitada?

Para responder a esta pregunta hay que precisar que, con independencia de la tecnología empleada en la inscripción registral (móvil, computación en la nube, *blockchain* o cualquier otra tecnología futura), la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) mantiene la necesidad primordial de disponer de un sistema de inscripción registral con acceso electrónico directo del usuario para facilitar la máxima rapidez en la formalización del negocio, pero mantiene una posición neutral en cuanto a la intermediación notarial se refiere y deja en manos de cada Estado el papel que los notarios deben asumir.

La Directiva de Digitalización aboga por respetar las tradiciones jurídicas nacionales de la participación de «cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional» (art. 13. quáter, 1.º párrafo) y, en concreto, del notario en el procedimiento de registro de empresas, según referencia expresa de los artículos 13. octies, 13. nonies y 13. undecies, en relación con el considerando vigésimo de esta Directiva de Digitalización.

El cuestionamiento de la obligatoria intermediación notarial en este proceso ha provocado, cuando menos, un vívido debate acerca del rol notarial en países como España y aquellos otros regidos por el sistema de *Civil Law* (El Notario del Siglo XXI, 2017). No en vano, ha sido muy discutido en las labores preparatorias de la Guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas de la CNUDMI.

En España, la comparecencia de los socios fundadores o sus representantes es absolutamente presencial, y así será hasta que no haya norma de transposición de la Directiva de Digitalización. El Consejo de Ministros ha aprobado muy recientemente el Proyecto de ley de eficiencia digital del servicio público de justicia, por el que se pretende transponer esa directiva³, si bien, está pendiente de su tramitación parlamentaria. En todo caso, la directi-

³ Referencia al Consejo de Ministros de 19 de julio de 2022, apartado *Justicia*. A fecha de escribir estas líneas, el único texto que ha sido posible consultar ha sido el Anteproyecto. Página web: www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220719_cc.aspx

va es de mínimos y exige, en todo caso, que la previa verificación notarial sea totalmente a distancia, salvo excepciones justificadas.

Por su parte, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo establece que los notarios son «sujetos obligados» (art. 2.1.n de la citada ley). Por lo que el notario debe identificar al titular real y adoptar aquellas medidas que considere adecuadas, a fin de comprobar la identidad del sujeto previa formalización de la constitución de la sociedad mercantil. A la identificación indubitada de quién está detrás de la persona jurídica creada o a crear hace referencia el concepto de «titularidad real» del artículo 4 de la citada ley. La información de la identificación del titular real se acopia y se proporciona con la base de datos de titularidad real, a cargo del notariado, recogida en el artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la ley de prevención del blanqueo de capitales.

A la identificación de las partes y al juicio de capacidad se incluye la función de garantía de la legalidad y de la realidad del consentimiento que otorga la necesaria seguridad jurídica, confianza y transparencia y, además, salva de errores u omisiones y de usos fraudulentos.

La seguridad jurídica es un elemento básico del Estado de derecho y se significa con ello las notas de confiabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico. En palabras del Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica es «la expectativa del ciudadano basada en motivos razonables de conocer o poder predecir la actuación del poder público en la aplicación del Derecho»⁴. A la escritura pública notarial se le atribuyen manifiestos efectos legitimadores, ejecutivos y probatorios. Existe una necesaria correlación bidireccional a la firma del documento notarial: matriz en papel y matriz electrónica. Si bien, como contrapartida, la función del notario añade costes y alarga el tiempo sobre quien decide formalizar un emprendimiento⁵.

Con el fin de ganar en simplicidad y eficiencia, la CNUDMI va más allá y defiende el sistema sin autorización previa en este proceso constitutivo (sistema declarativo). Alude a que las disposiciones legales han de ser suficientemente capaces de garantizar la autenticidad de la identidad del socio fundador y del titular real, si uno y otro no fuesen la misma persona.

García Mandaloniz (2020) es partidaria –si pudiera escoger– de instaurar el sistema declarativo y de prescindir la intermediación notarial en la fase previa de la constitución societaria

⁴ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

⁵ Que los derechos notariales es uno de los principales elementos diferenciadores de los costes de inscripción registral mercantiles entre los Estados miembros de la Unión Europea fue precisamente comprobado en el *Benchmarking the administration of business start-ups*, publicado por la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea en enero de 2002.

En España, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010 limitó el coste notarial para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática que tuvieran un capital social inferior a 30.000 euros, sin socios personas jurídicas y sin consejo de administración.

a distancia. Todo ello «en pro de la facilidad y agilidad de la tramitación y de la minoración del coste del sistema de inscripción [...] acortamiento de trámites y montos para la (ciber) constitución de una sociedad (simplificada y digitalizada) por parte de un (ciber)emprendedor que requiere celeridad de actuación en la era digital».

En este sentido también se posiciona el profesor Alvaro Águila Real (2014), que apuesta por suprimir el control preventivo de la legalidad en tanto que ya hay previsto un régimen protector de los terceros: el de la sociedad en formación y el de la sociedad que deviene irregular. En él es sabido que se contempla un régimen de responsabilidad, que se plasma en los artículos 36 a 40 de la LSC, de quienes actúan en nombre de una sociedad que aún no ha sido inscrita en el registro mercantil de la provincia.

Nuestra posición es, sin embargo, la de mantener el sistema de verificación y aprobación previo por un notario, porque es el único capaz de eliminar toda sospecha de falta total de discernimiento o de falsa identidad del socio fundador. Es imprescindible mantener la función notarial del sistema europeo continental de tipo latino-germánico, en la que el notario despliega una función de garante de la legalidad y de la seguridad jurídica. En palabras de Salerno Cardillo (2019), «donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica»; y en palabras de Ibáñez Jiménez (2018a), el mejor modo de preservar la fe notarial y registral es imbricar las nuevas tecnologías en el ámbito de lo público, pero no sustituirlas. La Directiva Europea aboga por una intermediación notarial totalmente a distancia y permite preservar esa función notarial que se extiende más allá de la mera verificación identitaria del participante y de su capacidad de discernimiento.

3. ¿Cómo lograr la intervención notarial a distancia?

3.1. Intervención de los diferentes *stakeholders* en un espacio que permita la identificación; y que sea seguro e intuitivo de usar

La Directiva de Digitalización parte de un principio fundamental de neutralidad tecnológica. Conmina a los Estados a establecer sistemas que permitan el otorgamiento *online* de documentos notariales sin necesidad de que los interesados tengan que desplazarse a la notaría presencialmente. Asimismo, conmina a los Estados a tener un sistema de identificación electrónica que proporcione medios de identificación electrónica homologados. En su considerando n.º 19 se establece que los Estados gozarán de flexibilidad en la forma de facilitar un sistema íntegramente en línea para la constitución de sociedades o presentación de documentos. En cuanto a las comprobaciones de identidad, de capacidad y de legalidad, en el considerando n.º 22 se posibilitan las videoconferencias u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real.

La intervención notarial no podrá ser más física o presencial, sino que el sistema de constitución debe ser completamente electrónico⁶. A que sea íntegramente electrónico obliga la Directiva de Digitalización para la constitución, al menos, de la sociedad de responsabilidad limitada con aportaciones dinerarias. La directiva deja en manos de cada Estado si desea incluir en este proceso de constitución electrónica a las sociedades anónimas o poder excluir los casos de desembolso mediante aportación *in natura*.

El Consejo General del Notariado en España ha estudiado los medios técnicos que hagan factible el otorgamiento digital de la escritura pública de constitución de la sociedad mercantil y sostiene que la videoconferencia sea el encuentro virtual entre el notario y el socio o socios fundadores. En esa videoconferencia se haría la comprobación pertinente de los socios fundadores mediante el DNI electrónico, así como la comprobación de la veracidad de la información.

Sobre este punto es preciso pararse pues, en orden a evitar riesgos tales como fraude, abuso de derecho, blanqueo de capitales o suplantación de identidad, habría que diseñar mecanismos preventivos que conduzcan a la identificación de la titularidad real. Cuando menos, hay que responsabilizar a los socios fundadores de la veracidad de identidad y de sus datos, y ello solo se puede lograr mediante la previsión y aplicación de sanciones en caso de infracciones⁷.

⁶ Salvo el hecho de exigir una comparecencia personal de los socios fundadores ante notario –como bien resume la exposición de motivos del anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia digital del servicio público de justicia–, «debe señalarse que en España no resulta desconocido el uso de herramientas digitales en la constitución de sociedades.

Los procedimientos digitales están en funcionamiento desde hace años. El sistema digital fue introducido por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; sociedad limitada Nueva Empresa, subtipo de la limitada para el que se estableció un procedimiento especial de constitución telemática (artículos 5 y 6 del Real Decreto 682/2003, de 7 de junio, por el que se regula el sistema de tramitación telemática a que se refiere el artículo 134 y la disposición adicional octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que giraba en torno a cuatro piezas fundamentales: 1) Los puntos de atención al emprendedor; 2) La cumplimentación del Documento Único Electrónico (DUE), cuya remisión generaba una cita en la notaría; 3) y el CIRCE, sistema ante el cual la cuarta pieza del procedimiento, y 4) el Notario, solicitaba la inscripción de la escritura firmada electrónicamente, procedimiento cuya aplicación se extendió, posteriormente, a cualquier sociedad limitada en virtud del Real Decreto 1332/2006, de 21 de noviembre. También se introdujo, por vez primera en nuestro Derecho, un modelo de estatutos orientativos.

Más tarde, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, reguló con carácter general un procedimiento de constitución telemática aplicable a todas las sociedades de capital, al margen del DUE».

⁷ Como así advirtiera la Nota de la Secretaría de la CNUDMI de 17 de julio de 2017, páginas 91 y siguientes; y la previa de 7 de agosto de 2015, página 20; o la posterior de 10 de abril de 2018 en sus recomendaciones 45 y 46.

La Directiva de Digitalización propone que en el proceso de constitución exista un control obligatorio de los socios fundadores y la participación del notario o abogado con la finalidad de comprobar la identidad ante sospechas de abuso, fraude o la constitución de sociedades instrumentales. La interacción física del socio fundador y del notario encuentra su justificación en este proceso. La interpretación de la «sospecha» habrá de hacerse, no obstante, restrictivamente para no arriesgar la constitución en línea de la mercantil en cuestión, pues ese es precisamente el espíritu que da lugar a esta directiva⁸. Por tanto, si no hay lugar a sospecha identitaria o de procedencia ilegítima del capital a aportar a la sociedad, la comparecencia presencial del socio fundador en la notaría decaería en sustitución de la comprobación a distancia de la identidad real.

La tecnología ofrece diferentes esquemas digitales de identidad⁹, siendo idóneos, a estos efectos, la firma electrónica en su modalidad más segura como firma cualificada o, alternativamente, el uso de sistemas de control de la identidad de carácter biométrico, tales como huellas digitales, reconocimiento facial o voz.

La principal razón histórica por la cual no se está utilizando la firma electrónica en derecho societario es la redacción actual del Reglamento notarial y la interpretación que se hace del mismo, ya que paradójicamente se requiere la presencia física del firmante para reputar legítima una firma electrónica (arts. 256 y ss. del Reglamento notarial).

Ahora bien, la huella dactilar es susceptible de ser sustraída. Los dispositivos guardan esa imagen de la huella dactilar para su comprobación posterior, pero en algunos otros dispositivos no lo hacen de manera cifrada. Si un ciberdelincuente accede a esa imagen, ya tiene nuestra huella¹⁰.

La solución propuesta de incorporar a los medios de identificación los datos biométricos más seguros, como los genéticos, no es camino expedito. A las dificultades técnicas se suma que la identificación electrónica no podría proporcionar certeza alguna acerca de la capacidad y de la prestación de un consentimiento informado, libre de violencia, intimidación u otros vicios invalidantes.

⁸ Considerando n.º 21 de la Directiva de Digitalización, y artículo 13.ter, apartado cuarto, de la directiva de 2017 que revisa.

⁹ En román paladino: «Hay tres formas: «por algo conocido» (la contraseña), «algo que posee» (su teléfono, una tarjeta, etc.) o «algo que forme parte de usted» (su huella dactilar, el iris, incluso la voz). El doble factor de autenticación es cuando se combinan dos de las tres condiciones para permitirte la entrada a ese sistema. Conforme se van sumando estas comprobaciones se llama autenticación de doble o incluso de triple factor. Abreviadamente 2FA o 3FA» (Cruz, 2022).

¹⁰ Noticia del *Washington Post*, septiembre de 2015: «OPM says 5.6 million fingerprints stolen in cyber-rattack, five times as many as previously thought». <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/09/23/opm-now-says-more-than-five-million-fingerprints-compromised-in-breaches/>

Sea cual sea el sistema escogido por el legislador español, la Directiva de Digitalización exige que ese Estado miembro reconozca tanto los medios de identificación electrónica que hayan sido expedidos por un sistema de identificación electrónico del propio Estado como los medios de identificación electrónica expedidos por otro Estado miembro que sean homologados y reconocidos mutuamente (art. 6 Reglamento europeo n.º 910/2014 eIDAS, de 23 de julio de 2014).

Una vez la transposición haga posible la intervención telemática de los socios fundadores con el notario, sería deseable que el procedimiento y la comparecencia telemática de las partes en la constitución de una sociedad se lleve a cabo desde una herramienta sencilla, intuitiva, con usabilidad, con servidores seguros del máximo nivel¹¹. La videoconferencia no debiera ser punto y aparte del proceso constitutivo, sino que debiere aparecer dentro de la sede electrónica notarial y que el notario mantenga en todo momento el control de la sesión. El socio fundador (o socios) debería en tal caso realizar un registro previo para darse de alta, y en el caso de no contar con el certificado Clave del Cuerpo Nacional de Policía (o cualquiera de los 24 españoles existentes o autorizados por el Reglamento europeo n.º 910/2014 eIDAS), tendría que acudir a notaría para acreditarse presencialmente.

El ordenamiento jurídico español atribuye, a las escrituras notariales y a las inscripciones registrales basadas en ellos, efectos legitimadores, probatorios y ejecutivos, efectos estos que constituyen cimientos mucho más firmes que la mera identificación electrónica. Por ello, resulta indispensable reforzar la mera identificación electrónica con controles electrónicos complementarios de identidad, capacidad jurídica y legalidad previstos en el considerando 22 de la Directiva de Digitalización.

Para la videoconferencia, sería necesario establecer unas exigencias técnicas o estándares mínimos, para garantizar la calidad de imagen y de sonido. Y aclarar que se consideran como lugar y momento del otorgamiento los del notario. No habría, en cambio, necesidad de exigir la grabación, como no se exige en la comparecencia física.

Igualmente habría que exigir la aportación de un elemento de comparación con el rostro que muestra la videocámara, requiriendo a tal efecto la presentación por medios electróni-

¹¹ Los sistemas de información del notariado han obtenido el Esquema Nacional de Seguridad (ENS) de nivel alto, una certificación que reconoce la seguridad de todos los servicios, procesos, bases de datos, sedes, plataformas y portales del notariado.

La obtención de esta certificación, en su nivel alto –que en la Administración General del Estado solo tienen la Dirección General de la Policía, la Guardia Civil y la Seguridad Social– garantiza a los ciudadanos que los sistemas de información del notariado reúnen las condiciones de seguridad necesarias para salvaguardar su privacidad.

El Esquema Nacional de Seguridad está regulado por el artículo 156 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, como por el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

cos de un DNI o pasaporte con dispositivo electrónico de almacenamiento que incluya la fotografía del titular. Ese documento podría diferir del medio presentado para la identificación electrónica. La exigencia de un medio adicional de identificación es compatible con la directiva, según el artículo 13. quater 2 y 3 y el considerando 22.

De hecho, una copia escaneada del pasaporte fue el ejemplo mencionado en el considerando n.º 7 del borrador de Directiva de Digitalización; si bien, ese ejemplo fue posteriormente suprimido por su baja seguridad, por lo que una videoconferencia «u otros medios en línea que ofrezcan una conexión audiovisual en tiempo real» son los ejemplos definitivos indicados por el considerando n.º 22 de la directiva.

El actual DNI español, los futuros documentos de identidad o las tarjetas de residencia previstos en el Reglamento europeo 2019/1157 y los pasaportes biométricos actuales incorporan un chip con la imagen del titular y permiten la comunicación por radiofrecuencia, de modo que es posible acceder telemáticamente a la información biométrica que contienen mediante una aplicación informática (o aplicación móvil), que puede ser fácilmente descargada.

Alternativa al sistema meramente electrónico, cabe sopesar la admisión de la técnica de la cadena de bloques o *blockchain* en el ámbito notarial. Su alto nivel de seguridad y eficacia podría poner en riesgo la función de intermediación notarial o, cuando menos, es susceptible de poner en riesgo la fe pública notarial¹².

García Mandaloniz (2020) sostiene que una *blockchain* de naturaleza pública no garantizaría la legalidad del contenido material, ni la capacidad de obrar, ni la identificación real de las partes intervinientes, pues falta la comprobación de identidad real (siquiera mediante un DNI o pasaporte). No obstante, en caso de una *blockchain* de naturaleza privada, el administrador del registro asume un control y, por ende, una función certificadora¹³.

¹² Garayar (2016) sostiene que «la cualidad de la blockchain de registrar transacciones irreplicables, de imposible manipulación, alteración o falsificación, aportando "fehaciencia" a su contenido, supondría que todos los contratos en blockchain hicieran redundante la fe pública notarial».

También Ibáñez Jiménez (2018b) sostiene que no será necesaria la fe pública (por ser «redundante») donde «no exista comparecencia de las partes» o «donde [...] se reputen plenamente aseguradas ya la identidad y capacidad de las partes».

Más, en general, sobre el «blockchain como amenaza para los intermediarios» (García Mexía, 2018), que hace hincapié en la idea de que «blockchain constituye una seria amenaza para los intermediarios, que interesan por cuanto garantizan la confianza social». Añade, que «más que una amenaza, blockchain [...] constituiría el indefectible final de la confianza basada en medios humanos y, de su mano, de cualesquiera intermediarios. Es decir, que blockchain implicará el final de mecanismos gubernamentales de fe pública como es el notariado o los registros públicos». No obstante, ello luego se matiza cuando se indica que «blockchain no puede sencillamente operar prescindiendo al 100 % de intermediarios» (González Granado, 2016).

¹³ Foz Giralt en Preukschat (2017).

Ninguna de las opciones hace prescindible la intervención notarial para las funciones de verificación de identidad real, validez del consentimiento, la comprobación de la capacidad y la legalidad del acto. Frente a la pérdida de la inmediatez del servicio («pérdida de economía»)¹⁴, hay que valorar la garantía de la validez y de la verificación notarial.

3.2. La documentación en formato electrónico

La directiva obliga a que los Estados miembros permitan la presentación de documentos en formato electrónico, incluido el justificante bancario de desembolso dinerario al capital fundacional de la sociedad mercantil, que deberá satisfacerse a través de una entidad financiera o de un prestador de servicios de pago domiciliado en un Estado miembro de la UE.

En virtud del artículo 17 bis de la Ley del notariado (LN), actualmente la circulación de las copias electrónicas autorizadas de las minutas notariales se encuentra limitada a la comunicación entre autoridades nacionales, lo que puede constituir un impedimento para el procedimiento digital en los casos internacionales.

Teniendo en cuenta el improbable establecimiento de una red de comunicación europea entre autoridades homólogas a la nacional, parece necesario modificar la normativa con la finalidad de permitir la expedición de la copia electrónica para el otorgante, al que se le proporcionaría un código seguro de verificación u medio alternativo que haga posible la comprobación de su autenticidad.

Igualmente, sería preciso extender a los documentos notariales la apostilla electrónica, derogando el artículo 11 de la Orden Ministerial JUS/1207/2011, de 4 de mayo, en relación con el artículo 17 bis de la LN, que establece que solamente los documentos notariales en soporte papel podrán ser apostillados.

3.3. El uso de documentos modelo de escrituras de constitución

La Directiva de Digitalización exige a los Estados miembros de la UE la puesta a disposición de los interesados, a través del portal digital único europeo, de documentos modelo de escrituras de constitución de sociedades de responsabilidad limitada, quedando a la libre decisión de los socios fundadores el uso de tales modelos o documentos personalizados a medida.

¹⁴ Ramos Cueto y Caballero Areal (2019) hablan de la «pérdida de economía», junto a la pérdida de «eficiencia en la operación», además de la «duplicidad de funciones».

El contenido y la redacción de los modelos se regirá por el derecho del Estado miembro. En cuanto al idioma, el legislador nacional podrá exigir libremente si permite o no constituir una sociedad empleado modelos en una lengua no oficial a la del Estado. La Directiva de Digitalización introduce muy sutilmente el inglés como lengua vehicular y exige a los Estados miembros facilitar la información y los documentos modelo en esa lengua, pero solo a efectos informativos y no necesariamente vinculantes («y, al menos, en una lengua ampliamente comprendida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos», art. 13.septies Directiva de Digitalización).

El último inciso del primer párrafo del artículo 13.nonies apartado 2.º de la Directiva de Digitalización, fruto de una confusa redacción en castellano, podría dar pie a entender equivocadamente que se establece una equivalencia funcional entre la constitución privativa mediante documentos modelo y estatutos sociales tipo y el otorgamiento de una escritura pública notarial.

Tal interpretación iría en contra de la neta distinción en nuestro ordenamiento jurídico entre documentos públicos y privados –que constituye la base de todo sistema probatorio, tanto sede judicial como extrajudicial– y, precisamente, de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado artículo: «La presente Directiva no afectará a ningún requisito en virtud del Derecho nacional de otorgar las escrituras de constitución en debida forma, mientras siga siendo posible la constitución en línea a que se refiere el artículo 13 octies».

La norma ha de interpretarse en el sentido de que la escritura pública puede basarse en el modelo estandarizado y de que no se necesita un segundo control de legalidad sobre los estatutos-modelo adicional al ya realizado por el legislador.

Sin embargo, no se puede sostener que la mera utilización de los modelos estandarizados equivalga al control notarial de la identidad, capacidad, legitimación, consentimiento libre e informado y blanqueo de capitales. Lo anterior conduciría al absurdo de un control optativo para el controlado, eludible a voluntad.

4. Hacia un registro mercantil electrónico: principales iniciativas

En el ámbito del derecho de sociedades, «digitalización», «simplificación» y «sostenibilidad» constituyen actualmente un trinomio indivisible. La CNUDMI respalda los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En la Agenda de Acción de Addis Abeba¹⁵ los Estados respaldaron

¹⁵ A/RES/69/313, Plen. 18, A/69/PV.99 Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 27 de julio de 2015. *Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/232/26/PDF/N1523226.pdf?OpenElement>

los esfuerzos y las iniciativas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, encaminados a aumentar la coordinación y la cooperación en las actividades jurídicas de las organizaciones internacionales y regionales que actúan en la esfera del derecho mercantil internacional y a promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional en dicha esfera.

En 2018, la CNUDMI aprobó una guía legislativa en la que propone transitar de un registro físico hacia un sistema de registro mercantil *online*, de modo que reduzca el coste y aumente la eficiencia en el proceso de inscripción registral (ONU, 2018). Los argumentos esgrimidos por la CNUDMI para el establecimiento y funcionamiento de un sistema registral empresarial electrónico entroncan con la *integridad* de los datos, la *seguridad* de la información, la *transparencia* del sistema, la *verificación* del cumplimiento de los requisitos legales por parte de las empresas y la *evitación* de almacenamiento en el registro mercantil de información innecesaria o redundante¹⁶.

Por su parte, el Banco Mundial, en el documento de recomendaciones basadas en las buenas prácticas para registros mercantiles electrónicos, esgrime las bondades de un registro mercantil *online*, tales como la reducción del tiempo y acceso en tiempo real, la transparencia de la información la simplificación del proceso, la mejor disponibilidad del servicio, la facilidad de uso de una interfaz única, la precisión de los datos y la disminución de los costes (Lewin *et al.*, 2007).

En este sentido la Comisión Europea también presentó la propuesta –pero ya descartada– de Directiva europea relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, de 9 de abril de 2014, que pretendía facilitar el registro de constitución de empresas filiales sin que se requiera la presencia física del fundador ante las autoridades del Estado miembro del registro, salvo sospecha de fraude en la identidad del socio fundador¹⁷. Propuesta que fue enmendada y abandonada, pero que no impidió que posteriormente el Grupo Informal de Expertos en Derecho de Sociedades (ICLEG, por sus siglas en inglés) emitiera en marzo de 2016 un informe sobre la digitalización del derecho de sociedades por el que se decantaría por un proceso de inscripción registral totalmente *online*¹⁸.

¹⁶ Página 27 de la versión de 17 de julio de 2017 del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas. Igualmente, en el proyecto revisado de guía legislativa fechado el 2 de enero de 2018 (A/CN.9/W.G.I/ W.P.109), pp. 15 y siguientes; o en el párrafo 64, p. 25, de la guía en su versión de 10 de abril de 2018.

¹⁷ Propuesta Directiva COM/2014/0212 final. Página web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014PC0212>

¹⁸ El Informal Company Law Expert Group (ICLEG) se registró el 26 de mayo de 2014 para trabajar en iniciativas sobre el derecho de sociedades en Europa.

5. Atributos para un adecuado registro de empresas: electrónico pero eficiente

A fin de facilitar la constitución de sociedades mercantiles y de reducir los costes, el tiempo y las cargas administrativas asociados a tales procesos, en particular para microempresas y pequeñas/medianas empresas, y de evitar la pérdida de oportunidades de negocio por la dilación de esos procesos, la Directiva de Digitalización apuesta por un «registro íntegramente en línea» para «el funcionamiento eficaz, la modernización y la racionalización administrativa».

Esta directiva está en plena consonancia con el principio «versión digital por defecto», que planteaba el Plan de Acción sobre la Administración Electrónica 2016-2020¹⁹, y que se traduce en prestar los servicios públicos de forma preferentemente digital a través de una ventanilla única y a través de diferentes canales. Previsión que derivó en la creación de la plataforma Business Registers Interconnection System (BRIS), y que posibilita acceder a información mercantil de las sociedades registradas en Europa mediante una comunicación electrónica previa de los registros mercantiles.

El notario Álvarez Royo-Villanova (2021), consciente ya de las limitaciones de dicha plataforma, desde el momento de su creación, sostiene que para una real interconexión registral sería preciso una mayor y avanzada integración en la UE, y esto solo se lograría con un registro mercantil unificado.

La Comisión Europea ha lanzado precisamente una consulta pública, cuyo *deadline* fue el 8 de abril de 2022, bajo el título *Upgrading Digital Company Law*, para recabar la opinión de los operadores económicos y de las Administraciones públicas, con el objetivo de proponer futuras mejoras de la Directiva de Digitalización (si bien, esta Directiva de Digitalización que el legislador español está a punto de transponer con retraso, en Europa ya es objeto de un nuevo planteamiento reformista)²⁰.

Pues bien, a la naturaleza electrónica del proceso registral se suma el atributo de la eficiencia, es decir, el sistema de inscripción registral mercantil no solo ha de ser electrónico, sino que también ha de ser eficiente.

La cooperación para la eficiencia también es un objetivo planteado en la guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro mercantil. La CNUDMI es

¹⁹ COM (2016) 179 final, 19 abril 2016; acompañado de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de mayo de 2017, sobre la Administración electrónica de la Unión Europea 2016-2020 (2016/2273 [INI])

²⁰ Comisión Europea (2021), Inception Impact Assessment «Upgrading digital company law». DG Justice and Consumers, A3 Company law unit. Ref. Ares(2021)4683211; de 20 de julio de 2021.

partidaria de abordar la transición desde un sistema híbrido *offline* y *online* de inscripción registral hacia uno enteramente digital y, conseguido esto, lo encarrila hacia la eficiencia.

Un registro eficiente debe regirse por cuatro principios básicos: a) trámite de inscripción sencillo, rápido, económico, fácil y accesible al público; b) procedimiento adecuado a la pequeña y mediana empresa; c) información de fácil consulta y extracción; y por último, d) que la información registrada sea fiable, actualizada e inalterada, con verificaciones y actualizaciones periódicas. En resumen, se agrupan los principios de simplicidad, rapidez, economicidad, fiabilidad y facilidad con la actualización.

La eficiencia se traduce, por un lado, en una reducción del tiempo y de los costes, así como en la disminución de la posibilidad de fraude y del riesgo de que el registro mercantil incurra en responsabilidad, debido a la disminución de la probabilidad de cometer errores en el ingreso de los datos correspondientes a la inscripción o a la mera búsqueda de información. Además, se traduce en que el usuario tenga acceso 24/7 para mejor respuesta a las solicitudes de información que realice sobre cualquier inscripción mercantil.

Por otro lado, la eficiencia debe entenderse en un acceso electrónico directo al registro por parte del usuario²¹, siendo una plataforma *user-friendly*, donde el foco de atención sea el interesado, permitiendo que ese usuario envíe solicitudes desde cualquier dispositivo electrónico, ya sea ordenadores o terminales móviles²².

La CNUDMI apuesta por la posibilidad de que la inscripción registral fuese apta para el emprendedor mediante el uso de cualquier tecnología. No recomienda el empleo de una tecnología en particular, si no que parte del «principio de neutralidad tecnológica»²³.

El acceso al registro de empresas mediante teléfono móvil es una solución plausible a la vez que cómoda y rápida; asimismo la computación en la nube ayudaría a tener un registro electrónico eficiente y reduciría los costes que hubieren de mantener una infraestructura tecnológica propia. Diversos autores sostienen incluso el uso de las cadenas de bloques (*blockchain*) por sus múltiples bondades y enorme potencial²⁴. Precisamente, la CNUDMI

²¹ «Enfoque centrado en el usuario» para la eficiencia, «en función de los costos, rapidez y desempeño de los proveedores de servicios», según el párrafo 9.º de la introducción del proyecto de guía legislativa en su versión de 10 de abril de 2018, pág. 7.

²² Párrafo n.º 186, pág. 85, recomendación n.º 37 de la guía legislativa, en consonancia con el párrafo n.º 189 donde se establece que los usuarios deberían tener acceso desde diferentes puntos o medios de acceso alternativo.

²³ En la pág. 3, párrafo octavo, de la guía legislativa; como previamente en las páginas 6 y 7 de la nota de la Secretaría de la CNUDMI de 10 de abril de 2018.

²⁴ García (2017), González-Meneses Robles (2017), Preukschat (2017), Tapscott, (2018) e Ibáñez Jiménez (2018).

incluye en su guía legislativa la tecnología *blockchain* como alternativa potencial, haciendo referencia a cualquier otra «tecnología incipiente, como la de los registros descentralizados que los Estados puedan estimar conveniente adoptar cuando reformen sus sistemas de inscripción registral de empresa»²⁵.

6. El registro mercantil y el potencial de la tecnología *blockchain*

Un sistema de inscripción registral de sociedades mercantiles basado en la tecnología *blockchain* puede maximizar la agilidad y la eficacia del funcionamiento de un registro mercantil. En tanto que la tecnología *blockchain* es originariamente un registro descentralizado, ello permitiría sustituir al registro mercantil centralizado y, en consecuencia, podría peligrar las funciones que el registrador asume. Todo ello bajo el hipotético supuesto de que se mantuviera la función de intervención notarial para la verificación y control del cumplimiento de los requisitos y validez del acto y, por otro lado, que el legislador español asumiera la cadena de bloques como una tecnología con función o autoridad de registro.

Somos partidarios de que una tecnología tan incipiente como es la cadena de bloques no puede plantear una amenaza a la función notarial o registral; a lo sumo puede suponer un revulsivo para transformar registros y servicios públicos que hagan más eficaz, segura e inmediata su función. En un país de tradición romanista, donde ambas funciones son enclaves de nuestro Estado de derecho, en lugar de reemplazo de funciones habría compatibilidad y complementariedad entre la tecnología de registros distribuidos y el registro mercantil para el refuerzo de la función de verificación o comprobación.

Es sabido que la tecnología, al igual que la naturaleza, son imparables y que el derecho debe necesariamente mutar hacia la realidad social en la que vivimos, por lo que se nos antoja complicado no estudiar las virtudes y beneficios de semejante tecnología y los beneficios de su aplicabilidad al derecho. Consideramos que en pro de la inmediatez y de la seguridad de los procesos de constitución de sociedades mercantiles, convendría estudiar la opcionabilidad desde una plataforma basada en el sistema de cadena de bloques que aplicase desde el momento en que se solicita una certificación negativa de denominación social hasta la propia inscripción registral. Sería deseable que la elección fuera opcional y, por esto, se entiende que se dejara a decisión y elección de los socios fundadores constituir la mercantil vía cadena de bloques o por cualquier otra vía electrónica o presencial.

²⁵ Versión definitiva de la Guía legislativa CNUDMI de abril de 2019 (véase párrafo 8.º, correspondiente a la introducción).

7. Anteproyecto de la Ley de eficiencia digital: posibles dificultades y propuestas *de lege data o de lege ferenda*

La transposición de la Directiva de Digitalización impone una doble exigencia: la del cambio normativo, que es relativamente sencillo de cumplir, y la del desarrollo técnico necesario para implementar procesos íntegramente *online*, que resulta bastante más complejo, pero que en España ha sido resuelta antes que en ningún otro país por el notariado español.

Cualquier Estado miembro de la UE disponía hasta el 1 de agosto de 2021 para transponer la directiva; sin perjuicio de prórroga por un año más, previa solicitud por el Estado miembro que encuentre dificultades objetivas (art. 2.3 Directiva de Digitalización).

Es tónica habitual que en España las normas de transposición de directivas europeas se aprueben y entren en vigor con meses de retraso. El Consejo de Estado ya tuvo ocasión de dictaminar sobre esta praxis gubernamental y puso énfasis en la falta de diligencia del Gobierno de España²⁶.

Paralelamente, en diciembre de 2021, la Comisión Europea abordó una consulta pública, bajo el título *Upgrading digital Company Law*, que tiene por objeto adaptar el derecho de sociedades de la UE a los continuos desarrollos digitales. Por medio de esta consulta, la Comisión Europea ha recabado la opinión de un amplio espectro de interesados sobre los problemas acuciantes que deben resolverse en el campo de la digitalización del derecho de sociedades, sobre las opciones de política legislativa y sus posibles impactos.

De la versión publicada del anteproyecto de ley se suscitan –a nuestro parecer– diferentes dificultades interpretativas y, cuando menos, nos formulamos cuestiones de política y técnica legislativa.

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado número 878/2021 de 28 de octubre de 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-878>. «El retraso en el proceso de transposición de estas directivas no consiste en que no haya habido tiempo para aprobar en las Cortes Generales las correspondientes leyes de transposición, sino en que los departamentos ministeriales competentes no han avanzado en una medida razonable en la tramitación de los anteproyectos de ley que, una vez concluidos y tras la aprobación del por el Consejo de Ministros, deben remitirse como proyectos de ley al Congreso de los Diputados.

Una más rápida tramitación de los departamentos afectados en la elaboración de la consulta de la que son coproponentes habría contribuido a la mejora del texto y evitado las premuras de aquella. [...]

Esta conclusión favorable al uso del real decreto-ley, que en su momento pondrá punto final al presente dictamen, no impide la crítica a las reiteradas deficiencias procedimentales en su tramitación ni permite demorar la adopción de medidas de control dirigidas a evitar que en lo sucesivo se vuelvan a reproducir situaciones que, como la que subyace en la presente consulta, no se ajustan al principio de buena administración, consagrado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y deducido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución».

- Un primer escoyo, aunque la directiva europea da libertad al legislador nacional, es que el legislador español no ambiciona en dar cabida a la sociedad anónima para que los accionistas fundadores acudan a un proceso de constitución plenamente telemático; tampoco se pronuncia respecto a la sociedad limitada de nueva empresa como especialidad o subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada. ¿Podrá entenderse *de facto* incluida la sociedad limitada de nueva empresa en el ámbito subjetivo de la norma que finalmente se apruebe?
- Dentro del ámbito subjetivo de la norma, cabe cuestionar la oportunidad de excluir del proceso *online* los supuestos de aportaciones no dinerarias (*in natura*) en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y anónima. El anteproyecto no ambiciona y se queda en la regla de mínimos de lo que es exigido por la directiva europea. ¿Provocará ello una suerte de *forum shopping* en la constitución telemática de sociedades mercantiles en otro Estado miembro de la UE?
- También vaticinamos problemas inherentes a una actuación representativa, esto es, participación de socios capitalistas personas jurídicas extranjeras de naturaleza no societaria, tales como las fundaciones y las asociaciones. ¿Cómo se abordará la acreditación *online* de su legal existencia como de su representación?
- La Directiva de Digitalización ampara la constitución pluripersonal de sociedades de capital, circunstancia que dificultará *per se* una rápida constitución *online* de la sociedad de capital. Si a esto añadimos la participación de socios fundadores con personalidad jurídica, se suscitan mayores inconvenientes en la interpretación y bastateo de poderes, y se suma a ello las complejidades derivadas de la apostilla de La Haya. No existe una armonización a nivel registral en Europa ni todos los sistemas registrales en Europa son igual de fiables. ¿Hasta qué punto podrá el notario constatar la identidad de los sujetos?
- A nivel de registro en el BRIS se puede informar del administrador, de la representación y de sus poderes de representación en las sociedades de capital. Pero, en el BRIS no se puede obtener la información relativa a sociedades que no son de capital, tales como las fundaciones. Consideramos que se suscitarán problemas inherentes a determinadas modalidades posibles de órgano de administración, tales como nombramiento de un consejo de administración o de personas jurídicas, que han de designar a su vez a su persona física representante.
- Desde la vertiente notarial, se agudizan dificultades prácticas en el control de las inhabilitaciones que pudieren afectar a los administradores nombrados. En el mercado único no es raro que haya personas que, habiendo sido inhabilitadas en un país, puedan fundar libremente una sociedad en otro Estado miembro y burlar así la inhabilitación. Razón por la que el artículo 13.decies impone a los Estados miembros disponer de normas sobre inhabilitación; respecto a esto en España sobradamente cumplimos (prohibición del artículo 213 LSC).

- Sin embargo, es deseable que la armonización de mínimos incluya la posibilidad de tener en cuenta cualquier inhabilitación vigente, o información pertinente a efectos de inhabilitación en otro Estado miembro. En España será la autoridad registral la que podrá tomar en consideración esa información a través del BRIS, pero nos preguntamos si podrían tenerlo –con anterioridad– en cuenta los notarios o las partes intervinientes. Sería deseable un acceso abierto a efectos de incluir en la escritura de constitución (mención obligatoria) la identidad de las personas encargadas de la administración y representación de la sociedad, sin esperar a que el registrador mercantil rechace la designación por concurrir causa de inhabilitación.
- En cuanto a la matriz electrónica, el sistema español actual de matriz en papel y copia electrónica está cubierto por la amplia remisión al derecho nacional establecida en la directiva. Nuestro legislador puede, pues, decidir libremente si introduce ahora o no la matriz electrónica.
 - Pero, aun cuando opte por mantener la matriz en papel, el legislador tendrá que regular la autorización y conservación del documento electrónico suscrito digitalmente por los otorgantes y el notario, así como el modo de trasladarlo o reflejarlo en papel.
 - Habría que incluir también la posibilidad de que las copias electrónicas autorizadas de los documentos notariales sean expedidas para los otorgantes, dotadas de los medios de comprobación adecuados y apostilladas electrónicamente.
- No hay nada definido sobre un protocolo de seguridad informático: dependencia energética para la disponibilidad de la información, obsolescencia tecnológica, pérdida de información en potenciales migraciones de información. ¿Estamos realmente preparados para abordar la intervención electrónica y telemática del notario y del registrador mercantil?
- Posibles riesgos fraudulentos que debemos prevenir y paliar: el *phishing* mediante *email* o SMS como forma de apoderarse de credenciales o de introducción del *malware*; o los *deepfake* vídeos como posible instrumento para una suplantación de identidad; o el cibercrimen, por ejemplo, «el fraude del CEO», ataques específicamente dirigidos contra un concreto directivo con acceso a activos de importante valor económico.
- La Directiva de Digitalización va a cambiar aspectos tan importantes como la publicidad registral en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME). La directiva da la opción al Estado para que la publicación de los hechos jurídicos relevantes sean publicados en la plataforma electrónica central en sustitución, a efectos de oponibilidad, de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Así pues, el legislador español podrá suprimir la exigencia de publicación en el BORME, derogando los artículos 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM). Pero podrá también mantenerla, siempre que la información se transmita electrónicamente desde el Registro Mercantil al boletín, sin exigir a la sociedad una nueva presentación, lo que ya se cumple en España (arts. 384 y 385 RRM).

Cabe preguntarse si renunciará el Estado a los ingresos derivados de la publicidad en el BORME en pro del abaratamiento del proceso de constitución telemático de una sociedad mercantil.

8. Conclusiones

Las modificaciones normativas apuntadas en este trabajo requieren un importante esfuerzo de adaptación técnica, que en buena parte ha sido ya superado. El cuerpo notarial en España ha desarrollado un modelo para la constitución a distancia de sociedades mercantiles, que es utilizable desde un ordenador o desde un terminal móvil, y que se adapta a las exigencias de la Directiva de Digitalización, y que mantiene las garantías constitucionales para la seguridad jurídica derivadas de la intervención notarial en el procedimiento de constitución de una mercantil.

Las tecnologías de la información y la comunicación son solo medios para el desarrollo de la función notarial y registral, no alteran su esencia bajo los principios de neutralidad tecnológica y de neutralidad jurídica. La digitalización o el otorgamiento por videoconferencia en ningún caso pueden mermar las garantías de seguridad jurídica que en la vida analógica tan positivos resultados han dado.

La Directiva de Digitalización aboga principalmente por establecer un estándar, un mínimo común denominador, en el procedimiento de constitución de sociedades mercantiles entre los Estados miembros de la UE. También responde a una necesidad que la ciudadanía buscaba suplir, que es obtener mejores servicios. No se trata de digitalizar por digitalizar, sino de hacerlo desde una perspectiva de gobernanza y transparencia. Una administración electrónica y eficiente puede reducir los principales problemas que los ciudadanos reclaman: la excesiva burocracia, la rigidez de formalismos y el uso de un lenguaje plagado de tecnicismos.

Del espíritu de la directiva subyace también un planteamiento ético que entronca la necesidad de conciliar la digitalización con el principio de humanidad. La constitución transfronteriza y telemática de una sociedad de capital tiene un marcado carácter social que trata de facilitar y ayudar a las personas con discapacidad y más vulnerables; evitando comparencias presenciales, sin merma de la seguridad jurídica y, sobre todo, agilizando trámites, reduciendo costes y acortando los plazos de constitución.

El anteproyecto de ley de transposición en el derecho español, en trámite de aprobación parlamentaria, es una norma de mínimos, modesta y fiel reflejo de la directiva. En ese margen de discrecionalidad que ofrece la directiva, el legislador español mantiene su compromiso de respetar el mecanismo de seguridad jurídica preventiva notarial.

Por nuestra parte, hubiera sido deseable no solo solucionar los problemas inherentes a este proceso constitutivo y que hemos reflejado en este trabajo, sino también dar cabida en el proceso de constitución telemático a la sociedad anónima y permitir los desembolsos al capital mediante aportación no dineraria.

En definitiva, confiamos en que este breve trabajo contribuya a entender el alcance de la digitalización societaria, pero también a que las soluciones propuestas sean recabadas e implementadas por nuestro legislador.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2014). *¿Una revolución europea del Derecho de sociedades?* <https://almacenederecho.org>
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2021). Funcionamiento de la junta por medios telemáticos. Intervención notarial, en A. Cohen Benche-trit, (Dir.), *Derecho de sociedades y crisis de la empresa en tiempos de pandemia* (pp. 117-146). Comares.
- Cruz, G. (2022). Adiós a las contraseñas. *Revista Escritura Pública*, 136.
- El Notario del Siglo XXI. (2017). ¿Existe una función notarial europea? *El Notario del Siglo XXI*, 75.
- Garayar, E. (2016). Blockchain: ¿la revolución digital llega al derecho? <http://www.garayarabogados.com/blog>
- García, E. (2017). Blockchain. ¿De verdad es importante? *Clifford Chance Advisor*, 7.
- García Mandalóniz, M. (2020). *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada. Un ecosistema emprendedor innovador, inclusivo y sostenible*. Dykinson.
- García Mexía, P. (Dir.). (2018). *Criptoderecho. La regulación de blockchain*. La Ley-Wolters Kluwer.
- González Granado, J. (2016). ¿Enviará blockchain de vacaciones a los notarios? <https://notariabierta.es>
- González-Meneses Robles, M. (2017). *Entender blockchain: una introducción a la tecnología de registro distribuido*. Aranzadi.
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2018a). *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. Dykinson.
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2018b). *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*. Thomson-Reuters Aranzadi.



- Lewin, A. et al. (2007). *Implementing electronic business registry (e-BR) services. Recommendations for policy makers based on the experience of EU accession countries*. Banco Mundial.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas). (2018). *Guía legislativa de la CNUDMI sobre los principios fundamentales de un registro de empresas*. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/lg_business_registry-s.pdf
- Preukschat, A. (Coord.). (2017). *Blockchain: la revolución industrial de Internet*. Ediciones Gestión 2000.
- Ramos Cueto, P. y Caballero Areal, P. (2019). La constitución de sociedades mercantiles en la blockchain. Un acercamiento al futuro. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6.
- Salerno Cardillo, F. (2019). Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica. *La Notaría, Revista del Colegio Notarial de Cataluña*.
- Tapscott, D. (2017). *La revolución blockchain. Descubre cómo esta nueva tecnología transformará la Economía global*. Deusto.

José Luis Blanco presta asesoramiento jurídico especializado en regulación bancaria y financiera, gobierno corporativo, contratación civil y mercantil, con amplio conocimiento en productos bancarios e instrumentos financieros. Asimismo, tiene amplia experiencia profesional en proyectos de protección al inversor, régimen publicitario de productos bancarios e instrumentos financieros y en procedimientos de gobernanza de productos.

Actualmente es director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago (Iberpay) y colaborador asociado de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Instituto de España). Anteriormente fue asesor jurídico de entidades financieras nacionales y extranjeras, así como de los servicios jurídicos del Banco de España en Madrid. Es autor de artículos y estudios doctrinales en diferentes revistas jurídicas especializadas. <https://orcid.org/0000-0003-2861-7005>

Los retos jurídicos de la hipoteca inversa

José María García Rodríguez

Abogado y mediador

Profesor ayudante doctor (acred.) de Mediación Civil y Mercantil.

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) (España)

info@derechobancario.es | <https://orcid.org/0000-0002-1449-6778>

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

Hace 15 años se reguló por primera vez la hipoteca inversa en España a través de la disposición adicional primera de la Ley 41/2007. Desde entonces, escasas novedades legislativas se han realizado a este producto financiero, que, año tras año, no ha conseguido despegar en el volumen de operaciones formalizadas (hasta el punto de considerarse un producto residual).

Sin embargo, en este mismo tiempo, el mercado de la financiación hipotecaria a particulares para la compra de vivienda ha vivido una notoria revolución jurídica, impulsada, en un primer momento, por las sentencias del Tribunal Supremo que declaraban la nulidad de varias cláusulas contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario y, posteriormente, su transformación ha sido promovida desde Europa, con la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2014/17/CE.

En este artículo se analiza la hipoteca inversa con una finalidad prospectiva, examinando su actual regulación para poder establecer una predicción de los riesgos jurídicos que podrían entrañar, para las entidades prestamistas, la formalización de estas operaciones en el presente.

Palabras clave: deberes de información; entidades bancarias; hipoteca inversa; préstamo hipotecario.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-03-2023

Cómo citar: García Rodríguez, J. M.^a (2023). Los retos jurídicos de la hipoteca inversa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 29-48. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18593>



The legal challenges of the reverse mortgage

José María García Rodríguez

Abstract

Fifteen years ago reverse mortgages were regulated for the first time in Spain by means of Law 41/2007 first additional provision. Since then, few legal changes have been made to said financial product that, over the course of years, has not increased the volume of formalized transactions (to the extent it is considered a residual product).

However, during the same period, the business of mortgage-backed lending to individuals to acquire a house has experienced a remarkable legal revolution, boosted, in a first instance by the Supreme Court decisions that declared the nullity of several clauses included in mortgage-backed loan public deeds and, afterwards, its transformation has been promoted from Europe, with the transposition of Directive 2014/17/CE to our legal system.

In this paper, reverse mortgages are analysed with a forward-looking purpose, analysing its current regulation in order to predict the legal risks that formalizing these transactions at present may entail for lending entities.

Keywords: reporting obligations; bank entities; reverse mortgage; mortgage-backed loan.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-03-2023

Citation: García Rodríguez, J. M.^a (2023). Los retos jurídicos de la hipoteca inversa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 29-48. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18593>



Sumario

1. Introducción
 2. Conceptos
 - 2.1. ¿Qué se considera hipoteca inversa?
 - 2.2. ¿Quién puede conceder una hipoteca inversa?
 - 2.3. ¿Se puede conceder una hipoteca inversa fuera de los requisitos señalados?
 3. Regulación legal
 4. Deberes de información
 - 4.1. Ficha de información precontractual (FIPRE)
 - 4.2. Ficha de información personalizada (FIPER)
 - 4.3. Oferta vinculante
 - 4.4. Información adicional sobre las cláusulas suelo y techo
 - 4.5. Información sobre los gastos de la operación
 - 4.6. Acta de transparencia
 - 4.7. La TAE
 - 4.8. Asesoramiento independiente
 5. Colectivo al que va destinado este producto y diferentes alternativas financieras similares
 6. Renta a percibir
 7. Momento de devolución del dinero prestado en forma de hipoteca inversa
 8. Supuesto de vencimiento anticipado de la hipoteca inversa
 9. Ejecución en caso de impago del reembolso del préstamo con hipoteca inversa
 10. Beneficios fiscales, notariales y registrales
 11. Hipoteca inversa atípica
 12. Conclusiones. El contrato de hoy, el pleito de mañana
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), se ha regulado un régimen específico de protección para la hipoteca inversa, el cual ha quedado recogido en el capítulo II bis del título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (arts. 32 septies a 32 terdecies). Al respecto, cabe recordar que el artículo 2.4 f) de la LCCI indica que dicha ley no será de aplicación a los contratos de préstamo con hipoteca inversa.

De esta manera, y a pesar de que la LCCI ha sustituido la ficha de información personalizada (FIPER) por la ficha europea de información normalizada (FEIN), en la hipoteca inversa subsiste este documento (FIPER) así como su propia ficha de información precontractual (FIPRE), debido a las características singulares respecto a los préstamos inmobiliarios, al combinar un elemento de préstamo con otro de renta vitalicia basada en un cálculo actuarial.

Estas diferencias como otras serán examinadas a lo largo de este artículo, con el fin de realizar un análisis prospectivo de la hipoteca inversa y su riesgo de terminar siendo un producto que genere una gran litigiosidad, como ha ocurrido con los préstamos hipotecarios en los últimos años.

2. Conceptos

2.1. ¿Qué se considera hipoteca inversa?

Según la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, la hipoteca inversa¹ será aquel préstamo o crédito que cumpla con los siguientes requisitos:

1. El contrato de financiación esté garantizado con hipoteca.
2. Dicha garantía recaiga sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante (en adelante, prestamista o deudor hipotecario).
3. El solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de: a) edad igual o superior a los 65 años; b) afectadas de dependencia², o c) a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %.

¹ También se conoce a la «hipoteca inversa» como: «hipoteca vitalicia», «hipoteca pensión» o «pensión hipotecaria».

² Con independencia de la edad del deudor o beneficiario, la dependencia deberá ser: a) severa (cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal), y b) gran dependencia (cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental,

4. El deudor hipotecario disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
5. La deuda solo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se ha pactado en el contrato de préstamo, cuando fallezca el último de los beneficiarios.
6. La vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre con un préstamo inmobiliario normal³, la deuda no va disminuyendo con el tiempo, sino aumentando por el propio efecto de los intereses devengados, hasta que un tercero (los herederos del inmueble) opta por asumirla como propia, en caso de interesarle mantener la propiedad del inmueble.

Asimismo, se trata de un producto de financiación en el que se presta al solicitante un capital en forma de crédito o préstamo, pero no ante una renta o ante una pensión.

2.2. ¿Quién puede conceder una hipoteca inversa?

Las hipotecas inversas que acabamos de definir⁴ sólo podrán ser concedidas por:

- a) Entidades de crédito.
- b) Establecimientos financieros de crédito.
- c) Entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

En adelante, denominaremos a estas entidades como «entidades prestamistas».

intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal –art. 26.1 de la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia–).

³ A los efectos del presente artículo, se considerará «préstamo inmobiliario normal» o «préstamo inmobiliario» aquel contrato de financiación con garantía hipotecaria y al que le es de aplicación la LCCI (véase art. 2 de dicho texto legal).

⁴ Según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, se entiende por hipoteca inversa como aquel «préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de la tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación, por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad prestamista».

2.3. ¿Se puede conceder una hipoteca inversa fuera de los requisitos señalados?

Tal y como desarrollaremos más adelante, es jurídicamente posible la formalización de una hipoteca inversa que no cumpla con los requisitos que se acaban de indicar⁵. No obstante, en este supuesto, no serán de aplicación algunas de las ventajas y obligaciones que posteriormente indicaremos.

3. Regulación legal

La regulación específica de la hipoteca inversa se encuentra en:

- a) La disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- b) Artículos 24, 26, 27, 28, 29, 30 y los artículos 32 septies a 32 terdecies, todos ellos de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Adicionalmente, la hipoteca inversa deberá cumplir con el resto de normas que rigen en los préstamos y productos bancarios (evaluación de la solvencia en el préstamo responsable –art. 18 de la Orden EHA/2899/2011–; publicidad de los servicios y productos bancarios –Orden EHA/1718/2010–, etc.).

4. Deberes de información

En cuanto a los deberes de información, comparte, por regla general, los existentes para los préstamos inmobiliarios regulados por la LCCL, salvo algunas diferencias notables que pasamos a detallar.

4.1. Ficha de información precontractual (FIPRE)

En la hipoteca inversa, las entidades prestamistas deben facilitar a los solicitantes de este tipo de financiación información clara y suficiente sobre los productos de hipoteca inversa que ofertan.

⁵ A este tipo de hipoteca inversa la doctrina mayoritaria (Arnaiz, 2021) la denomina «hipoteca inversa atípica».

Esta información se debe facilitar:

- a) De forma gratuita.
- b) Tiene carácter orientativo.
- c) En formato normalizado, mediante la FIPRE, que figura en el anexo III de la Orden EHA/2899/2011. Este modelo es diferente al de los préstamos inmobiliarios regulados por la LCCI.
- d) Estar a disposición de los clientes a través de todos los canales de comercialización utilizados por las entidades prestamistas.

4.2. Ficha de información personalizada (FIPER)

Como hemos manifestado anteriormente, la LCCI sustituyó el modelo de FIPER por el de la FEIN a la hora de comercializar préstamos inmobiliarios. No obstante, la ficha de información personalizada, tal y como se venía explicando hasta la entrada en vigor de la LCCI, subsiste para la hipoteca inversa.

De esta manera, las entidades prestamistas deberán proporcionar información personalizada al solicitante de la hipoteca inversa, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias.

Esta información debe permitir al solicitante poder comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato.

Esta información se debe facilitar:

- a) De forma gratuita.
- b) A todo cliente que haya solicitado información concreta sobre el producto y haya facilitado información personal acerca de sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias.
- c) Tiene carácter personalizado.
- d) En formato normalizado, mediante la FIPRE, que figura en el anexo IV de la Orden EHA/2899/2011. Este modelo es diferente al de los préstamos inmobiliarios regulados por la LCCI.
- e) Con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta. Pero no existe para la hipoteca inversa un plazo mínimo de 10 días, como el fijado en los préstamos inmobiliarios regulados por la

LCCI, debido a que la ficha de información personalizada no incorpora una oferta vinculante como ocurre en la FEIN de los préstamos inmobiliarios.

Por último, cualquier información adicional que la entidad prestamista facilite al solicitante del producto hipoteca inversa se facilitará en un documento separado, el cual deberá adjuntarse a la FIPER.

Como se puede deducir, las principales diferencias con la FEIN son que en la FIPER no hace falta que se haya tasado el inmueble para poder ser emitida y tampoco es necesaria que incluya la oferta vinculante en la propia FIPER⁶.

Es decir, oferta vinculante y FIPER pueden ser documentos separados y distintos en el caso de la hipoteca inversa, lo que no ocurre en la FEIN de los préstamos inmobiliarios, que en la misma ficha siempre se incluye la oferta vinculante.

4.3. Oferta vinculante

Una vez que el cliente y la entidad prestamista hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado producto de hipoteca inversa, y se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente, este podrá solicitar a la entidad prestamista la entrega de una oferta vinculante.

La oferta vinculante se facilitará mediante una FIPER⁷, como la explicada anteriormente, en la que, adicionalmente, se especificará lo siguiente:

- a) Que se trata de una oferta vinculante.
- b) El plazo de vigencia de dicha oferta.

Como veíamos en la FIPER no vinculante, cualquier información adicional que la entidad prestamista facilite al cliente en la oferta vinculante figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la FIPER vinculante.

Podría darse el caso que la oferta vinculante se haga al mismo tiempo que se entrega la FIPER no vinculante y coincide íntegramente en cuanto a su contenido. En este caso, la oferta vinculante se podrá facilitar al cliente en un único documento. Es decir, no hace falta

⁶ Este tipo de FIPER se suele denominar coloquialmente como «FIPER no vinculante».

⁷ La FIPER que incluye la oferta vinculante se la conoce en el argot bancario como «FIPER vinculante» u «oferta vinculante».

entregar primero una FIPER no vinculante y después la oferta vinculante, sino que con la oferta vinculante será suficiente.

Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a 14 días naturales desde su fecha de entrega.

Esto es otra diferencia con los préstamos inmobiliarios, ya que el plazo mínimo de la FEIN y, por ende, de la oferta vinculante, es de 10 días.

4.4. Información adicional sobre las cláusulas suelo y techo

Otra de las diferencias con los préstamos inmobiliarios (en los que se prohíbe por ley las cláusulas suelo), es que la Orden EHA 2899/2011 sí que permite la existencia de cláusulas suelo y techo en la hipoteca inversa.

De esta manera, y en el caso de que el producto de hipoteca inversa sea a tipo de interés variable e incluya limitaciones a la variación del tipo de interés (cláusulas suelo o techo), se recogerá, en un anexo a la ficha de información personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Llama la atención que nuestro legislador haya permitido la existencia de este tipo de cláusulas, en concreto, las cláusulas suelo, después de toda la polémica judicial suscitada en torno a las mismas en los préstamos hipotecarios, obviando el paralelismo que podría llegar a darse en caso de que dichas cláusulas, configuradas dentro de un contrato de hipoteca inversa, fueran objeto de revisión por nuestros tribunales.

Es lógico pensar que si las cláusulas suelo han sido consideradas perjudiciales y poco transparentes para los particulares de préstamos inmobiliarios, hasta el punto de ser vedadas legalmente (art. 21.3 LCCI), la misma falta de transparencia podrá existir en los contratos de hipoteca inversa, sobre todo los formalizados con anterioridad a la STS núm. 241/2013, Sala de lo Civil, Pleno, de 9 de mayo de 2013, por lo que no se llega a entender que no se haya dado la misma solución legal para las hipotecas inversas, en las que el perfil del prestatario es todavía más vulnerable⁸ si cabe que el de un cliente de préstamo inmobiliario, ya que hablamos de que los usuarios a los que va dirigida la hipoteca inversa son personas con edades iguales o superiores a los 65 años, o que están afectadas de dependencia o con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %.

⁸ En los términos del artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

Esta reminiscencia contractual, lejos de ser una oportunidad para el negocio de los prestamistas, se configura como un riesgo latente en este tipo de productos, ya que la inclusión de una cláusula suelo puede condicionar el devenir del producto (y de su rentabilidad) hasta el punto de que sea objeto de nulidad judicial dicha cláusula contractual, con los perjuicios económicos (en forma de devolución de lo cobrado indebidamente, los intereses de las cantidades devueltas y las costas⁹ en caso de judicialización del asunto) que pueden acarrear al prestamista de la hipoteca inversa.

Factor de riesgo que debería ser tenido en cuenta por la entidad prestamista, para que valore la posibilidad de eliminar dicha cláusula suelo, pactar su eliminación o modificación, o provisionar su posible reclamación.

Con respecto a cualquier pacto de novación sobre dichas cláusulas, es interesante traer a colación la actual doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la STS núm. 675/2020, Sala de lo Civil, Sec. 1.^ª, de 15 de diciembre de 2020), la cual está avalando acuerdos novatorios o transaccionales firmados entre las entidades bancarias y los clientes de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo, en los que se ha llegado a un acuerdo a cambio de renunciar a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por la existencia de dichas cláusulas.

Pues bien, dicha doctrina jurisprudencial establece que el pacto novatorio o transaccional de una cláusula suelo deberá considerarse válido siempre que se aporten los datos necesarios que expliquen a los clientes cuál habría sido el coste que estos hubieran terminado pagando en caso de no aceptar el acuerdo novatorio.

A la luz de esta doctrina sobre los pactos novatorios, jurídicamente parece que sea recomendable que las entidades prestamistas revisen aquellos productos de hipoteca inversa concedidos y que incluyan cláusulas suelo, con el fin de plantearse ofrecer pactos novatorios para reducir este riesgo de judicialización en un futuro cercano.

Para las nuevas hipotecas inversas que se concedan, las entidades prestamistas podrían tener en cuentas los principios de transparencia material y control que rigen en los pactos novatorios avalados por nuestra jurisprudencia, para inspirar la redacción de las cláusulas suelo incorporadas a las hipotecas inversas, así como los señalados por nuestros tribunales para declarar la nulidad de las proscritas cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios. Dichos principios se resumen en que la cláusula suelo debe redactarse de tal manera que permita al cliente hacerse «una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia», y de esta manera no privarle del derecho a poder «comparar correctamente

⁹ Al respecto, es interesante mencionar la STS núm. 653/2020, Sala de lo Civil, Sec. 1.^ª, de 3 de diciembre de 2020, que aplica la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las costas en los procedimientos interpuestos por consumidores sobre cláusulas abusivas, imponiendo el pago de las costas a las entidades demandadas, aunque se trate de una estimación parcial de sus pretensiones.

entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (entre otras, la STS núm. 299/2022, Sala de lo Civil, Sec. 1.^a, de 7 de abril de 2022).

4.5. Información sobre los gastos de la operación

Una de las grandes novedades que introdujo la LCCI fue la obligación impuesta a las entidades prestamistas con sus clientes a la hora de darle información «clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario» (ex art. 14.1.e LCCI). Deber que queda plasmado con la entrega, en un documento separado a la FEIN (pero que se entrega al tiempo de esta), en el que se explica la totalidad de los gastos asociados a la firma del préstamo inmobiliario.

Es más, la LCCI ha ido más allá, y no solo regula este deber de información, sino que establece la forma de distribución de los gastos hipotecarios de la operación para cada una de las partes (tasación, gestoría, notaría, etc.).

Pues bien, nuevamente llama la atención que nuestro legislador no haya querido regular la distribución de los gastos en las hipotecas inversas, generando incertidumbre en cuanto a la validez de la cláusula que regula este tipo de gastos y contenida en los contratos de hipoteca inversa ya suscritos.

Por tanto, y aplicando por analogía lo sucedido en los préstamos hipotecarios, defendemos que sería procedente, en la hipoteca inversa, la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, STS núm. 147/2018, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, de 15 de marzo de 2018) que declaró la nulidad de este tipo de cláusulas en las que los gastos se distribuyen de tal manera que son asumidos íntegramente por la parte prestataria.

La razón para declarar dicha nulidad radica en la falta de negociación individualizada, al considerarse abusivo que se carguen sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos).

Ante la ausencia de una regulación detallada a la hora de distribuir los gastos ocasionados con motivo de la formalización del contrato de hipoteca inversa, y con el fin de evitar futuros pleitos en los que se declare la nulidad de este tipo de cláusulas, los nuevos contratos de hipoteca inversa deberían inspirarse en la distribución de los gastos que ha establecido la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, STS núm. 35/2021, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, de 27 de enero de 2021) si quieren solventar el riesgo de nulidad de este tipo de cláusulas.

Dicha distribución es la siguiente:

a) Arancel notarial.

Deben distribuirse por mitad estos gastos tanto en la constitución del préstamo como en su novación posterior.

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el cliente/prestatario es quien asume ese gasto.

b) Arancel registral.

La inscripción de la hipoteca corre a cargo del banco prestamista.

La inscripción de la escritura de cancelación la tiene que pagar el cliente/prestatario.

c) Gastos de gestoría.

El pago de los mismos corresponde íntegramente a la entidad prestamista.

d) Tasación.

El pago de los mismos corresponde íntegramente a la entidad prestamista.

4.6. Acta de transparencia

Si bien es cierto que el artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 establece una serie de obligaciones de comprobación y advertencias que el notario interviniente de la operación debe realizar (p. ej.: comprobación que se ha prestado el correspondiente asesoramiento independiente), en las hipotecas inversas no existe el procedimiento de comprobación del principio de transparencia material establecido en los préstamos inmobiliarios y regulado en el artículo 15 de la LCCI.

Indudablemente, esto redundará en una disminución de la protección jurídica otorgada a los clientes de préstamos inmobiliarios, careciendo de sentido su ausencia en la regulación de las hipotecas inversas, al ser, como ya hemos indicado, el usuario de la hipoteca inversa un consumidor más vulnerable, jurídicamente hablando, por lo que debería gozar de una mayor (o la misma) protección y garantía de transparencia que otros prestatarios que sí las tienen.

La obligación impuesta al notario de realizar ciertas comprobaciones y advertencias en el acto del otorgamiento de la hipoteca inversa, y en presencia del prestamista, no puede sustituir al deber de comprobación que de manera independiente, individualizada y objetiva se realiza con las actas de transparencia en los préstamos inmobiliarios.

De nuevo debemos concluir que la ausencia de una comprobación de transparencia similar a la existente en los préstamos inmobiliarios, lejos de ser una ventaja para las entidades prestamistas, se puede convertir en un futuro quebradero de cabeza, ya que este acta de transparencia otorga una presunción de veracidad a que el prestatario ha comprendido las consecuencias jurídicas y económicas del contrato de hipoteca inversa que va a celebrar (Arnaiz, 2021), fortaleciendo la posición de la entidad prestamista ante futuras reclamaciones judiciales por este tipo de cláusulas.

4.7. La TAE

Otra de las diferencias entre los préstamos inmobiliarios y las hipotecas inversas es la forma de cálculo de la TAE. Mientras que los primeros se rigen por lo establecido en el artículo 8 de la LCCI y su anexo II, la TAE de las hipotecas inversas se rige por lo establecido en el artículo 32 terdecies y anexo V de la Orden EHA 2899/2011, a los cuales nos remitimos.

4.8. Asesoramiento independiente

Por último, cabe mencionar que la ley obliga a las entidades prestamistas el deber de informar al cliente de su derecho a recibir asesoramiento independiente teniendo en cuenta la situación financiera del mismo y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto.

La prestación de este servicio de asesoramiento independiente implicará la obligación de las entidades de actuar en el mejor interés del cliente, basándose en un análisis objetivo y suficientemente amplio de los servicios bancarios disponibles en el mercado, y considerando tanto la situación personal y financiera del cliente como sus preferencias y objetivos.

Asimismo, el asesoramiento prestado se considerará toda recomendación personalizada que la entidad haga para un cliente concreto respecto a uno o más servicios bancarios disponibles en el mercado.

Ahora bien, este deber de información ha sido criticado por parte de la doctrina (Arnaiz, 2021), al considerar que el mismo está insuficientemente regulado¹⁰ y limitado a las hipotecas inversas reguladas en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 (es decir, que en las «hipotecas inversas atípicas» no será necesario prestar este asesoramiento independiente).

A modo de recordatorio, cabe señalar que la hipoteca inversa tendrá los mismos deberes de información que los préstamos inmobiliarios a la hora de:

- a) Facilitar información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.
- b) La utilización de determinados índices o tipos de referencia.
- c) La forma de la documentación contractual entregada al cliente.
- d) La tasación exigida, etc.

¹⁰ La regulación de la hipoteca inversa no detalla qué requisitos son necesarios cumplir para que se entienda asesoramiento independiente, como ocurre en los préstamos inmobiliarios (RD 309/2019, de 26 de abril y art. 19 de la LCCI).

5. Colectivo al que va destinado este producto y diferentes alternativas financieras similares

Al margen de los requisitos anteriormente señalados por la legislación vigente, desde un punto de vista financiero, cabe mencionar que este producto de financiación va destinado, por regla general, a personas físicas jubiladas que, en un momento de su vida, ven que sus ingresos se ven reducidos y, con ello, su capacidad de ahorro, hasta el punto de que le sea difícil mantener su nivel de vida o las necesidades financieras de su momento vital.

Por ello, este colectivo de personas se plantea la búsqueda de nuevas fórmulas y fuentes de ingresos.

Las diferentes alternativas para obtener ingresos adicionales con la vivienda suelen ser:

- a) La venta de la vivienda, sustituyéndola por otra de menor coste.

Hasta ahora, ha sido la medida más tradicional en España, pero tiene el inconveniente de que con esta alternativa se pierde la propiedad de la vivienda habitual inicial, afectando a las expectativas de los posibles herederos, un escollo emocional que suele existir por el lógico deseo del progenitor de dejar su patrimonio a sus descendientes.

- b) Transmisión de la nuda propiedad de la vivienda a una entidad aseguradora y conservando su usufructo vitalicio.

Con esta alternativa, el interesado puede seguir usando la vivienda, ya sea para vivir en ella o arrendarla. Además, el interesado obtiene un mayor nivel de ingresos y se cubre el riesgo de longevidad.

Por el lado negativo, y al transmitirse la nuda propiedad, los herederos legales no pueden recuperar la vivienda ni revertir la operación.

- c) Transformación de la vivienda en una renta vitalicia asegurada.

Se trata de una medida fiscal incentivadora (Ley 26/2014, de 27 de noviembre), prevista para los contribuyentes mayores de 65 años, y se puede destinar a ella no solo cualquier vivienda, sino también cualquier otro elemento patrimonial (acciones, fondos de inversión, etc.).

La ventaja fiscal de esta operación es que deja exenta fiscalmente la ganancia patrimonial que tengan la vivienda o el elemento patrimonial, siendo la cantidad máxima que se puede destinar para constituir rentas vitalicias de 240.000 euros.

El principal inconveniente es que hay transmisión de la propiedad, como ocurría en los anteriores casos.

- d) Hipoteca inversa simple.

Se trata del producto bancario analizado.

En cuanto a sus ventajas, cabe destacar que: a) no se transmite la vivienda, por lo que el interesado puede seguir habitándola o alquilarla, y los herederos deshacer la operación si están interesados, y b) el solicitante obtiene un mayor nivel de ingresos.

Sin embargo, y en cuanto a los contras, este producto no cubre el riesgo de longevidad. Es decir, si el interesado sobrevive a la edad estimada de la operación, dejará de percibir los ingresos complementarios, lo cual debe advertirse y destacarse para evitar situaciones de necesidad en el futuro.

e) Hipoteca inversa combinada con un seguro de rentas vitalicias diferidas.

Esta alternativa financiera cuenta con las ventajas de que no se transmite la vivienda, por lo que el interesado puede seguir habitándola o alquilarla.

Además, se elimina el riesgo de longevidad y el interesado puede tener la seguridad de que durante toda su vida dispondrá de un nivel de ingresos fijos.

De esta manera, y al combinarse la hipoteca inversa con un seguro de rentas vitalicias diferidas, este garantiza la percepción de una renta mensual de por vida a partir de un determinado momento futuro. A partir de ese momento (el que la entidad prestamista considera como esperanza de vida), el interesado seguirá cobrando a través del seguro de rentas vitalicias diferidas, que se contrata al inicio de la operación y con cargo al préstamo, por lo que no se tiene que adelantar el importe. Es, por tanto, una forma de convertir el producto en una hipoteca inversa vitalicia.

No obstante, los inconvenientes son que: a) el solicitante recibe un menor nivel de ingresos derivados de la vivienda; b) el coste del seguro depende de la edad y del estado de salud del solicitante (que se reduce de la cantidad prestada), y c) la renta derivada del seguro puede no tener exenciones fiscales en determinados supuestos.

6. Renta a percibir

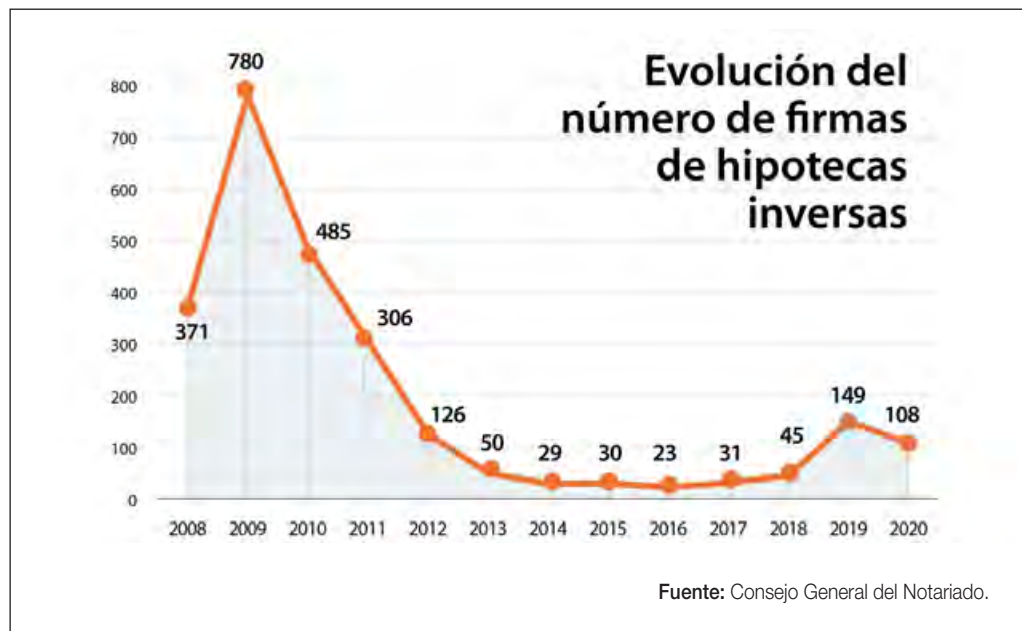
La renta a percibir será calculada en función de la esperanza de vida del solicitante o beneficiario y del valor del inmueble, siendo el importe medio que el beneficiario suele percibir del 18 % del valor de la tasación de la vivienda (Díaz, 2021).

La forma de percibirla puede ser en una única suma o de forma periódica, de modo temporal o vitalicio.

En caso de que se perciba en forma de renta temporal, una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato, no se percibirá ninguna prestación adicional, con las consecuencias financieras que ello implicaría para el deudor o beneficiario.

Asimismo, y a pesar de que no haya que devolver el dinero prestado hasta que se produzca el fallecimiento, el solicitante debe saber que la deuda seguirá generando intereses, aunque ya no se siga recibiendo ninguna prestación periódica. Por media, se paga un interés medio remuneratorio del 6,3 TAE (Díaz, 2021), es decir, muy superior al de un préstamo inmobiliario.

Esto conlleva a que, en la práctica, el importe debido (principal, intereses, etc.) sea superior al valor de tasación, siendo uno de los motivos por los que la hipoteca inversa siga sin despegar en nuestro país, al representar el 0,01 % de los préstamos hipotecarios que se firman. Si bien es cierto que, en los últimos años, se ha constatado cierto incremento en el número de hipotecas inversas firmadas, las mismas siguen siendo poco representativas en nuestro país (Sánchez, 2021).



Por último, hay que indicar que el tratamiento fiscal en el impuesto sobre la renta de las personas físicas es neutral, ya que las rentas obtenidas con la hipoteca inversa no tributan como rendimiento.

7. Momento de devolución del dinero prestado en forma de hipoteca inversa

En el momento que fallezcan, bien el deudor hipotecario, bien el último de los beneficiarios (si así se hubiese pactado en el contrato de préstamo esta opción), es cuando los he-

rederos del deudor hipotecario (recordemos que la garantía hipotecaria debe recaer sobre la vivienda habitual del solicitante, es decir, del deudor) podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

De no estar interesados, el acreedor obtendrá su derecho al cobro a través del inmueble y, en su caso, de otros bienes de la herencia, lo cual no hace muy atractivo este tipo de productos.

Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en un préstamo inmobiliario, la devolución del préstamo se producirá cuando se cumpla un hecho futuro, pero cierto, que se desconoce cuándo sucederá: el fallecimiento del deudor (o, en su caso, del beneficiario).

8. Supuesto de vencimiento anticipado de la hipoteca inversa

Cuando el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado (es decir, antes de transcurrir el tiempo inicialmente acordado), salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

En la hipoteca inversa no cabe la subrogación del deudor en el préstamo, ya que el mismo se ha concedido de una manera muy concreta por las circunstancias de la operación y del deudor (esperanza de vida, plazo, importe, tasación del inmueble hipotecado, etc.).

9. Ejecución en caso de impago del reembolso del préstamo con hipoteca inversa

Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Asimismo, el acreedor podrá acudir al procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

10. Beneficios fiscales, notariales y registrales

La hipoteca inversa que cumpla con los requisitos anteriormente vistos goza de los siguientes beneficios:

- a) Exención de la cuota gradual de documentos notariales, de la modalidad de actos jurídicos documentados del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos

jurídicos documentados, de las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

- b) Aplicación de los aranceles correspondientes a los «documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, cuando se calculen los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación de la hipoteca inversa.
- c) Aplicación de los aranceles correspondientes al número 2, «inscripciones», del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los registradores de la propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 %, cuando se calculen los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación de la hipoteca inversa.
- c) Las rentas obtenidas con la hipoteca inversa no tributan como rendimiento.

11. Hipoteca inversa atípica

Según el Banco de España, la hipoteca inversa atípica es aquella hipoteca inversa en la que no se cumplen los requisitos de edad, dependencia o grado de discapacidad, la vivienda no es la habitual o no es concedida por entidades de crédito o entidades aseguradoras, etc., que hemos indicado.

En este caso, tendrá la consideración de hipoteca inversa, pero no le serán de aplicación los beneficios fiscales y las reducciones arancelarias previstos en la ley.

No obstante, y aunque en la práctica las hipotecas inversas atípicas no gocen de estos privilegios, lo que sí que comparten con sus homólogas son los diferentes deberes de información que hemos señalado anteriormente, al tratarse de un producto de financiación destinado a particulares, por lo que con independencia de quién sea la entidad prestamista, la edad del prestatario o el bien sobre el que recaiga la hipoteca, en cualquier caso es necesario cumplir con los principios de transparencia y control exigible en la normativa de consumidores, con el fin de evitar prácticas abusivas en la concesión de este tipo de productos, incluido en la formalización de una hipoteca inversa atípica.

12. Conclusiones. El contrato de hoy, el pleito de mañana

En un entorno socioeconómico cada vez más complicado, en el que el incremento de la población mayor de 65 años es una constante y en el que el futuro de las pensiones públi-

cas no está garantizado, parece erigirse la hipoteca inversa como una solución a este mal endémico de nuestro país.

Sin embargo, este planteamiento financiero, muy en boca de todos, choca con una realidad incontestable, y es que, en los últimos 15 años, la hipoteca inversa ha pasado desapercibida para el gran público, siendo la concesión de este tipo de productos prácticamente testimonial, por no decir inexistente.

La escasa cantidad de dinero objeto de concesión, el elevado tipo de interés medio aplicado, la gran carga financiera que supone su pago cuando fallece el deudor (superior al valor de tasación del bien hipotecado en la mayoría de los casos), etc. son algunos de los factores que explicarían su escasa acogida por el usuario potencial de este tipo de productos.

Ahora bien, y al margen de estas circunstancias económicas-comerciales que rodean a este tipo de productos, lo cierto es que la mayoría de la doctrina (Arnaiz, 2021) viene denunciando una escasa (por no decir fallida) regulación de la hipoteca inversa, convirtiéndola en un producto poco atractivo, tanto para las entidades prestamistas como para sus potenciales usuarios.

En este artículo hemos analizado los potenciales riesgos a los que se enfrenta la hipoteca inversa derivados de esta mínima regulación denunciada, la cual no ha sido desarrollada en los últimos años, pudiendo haber aprovechado nuestro legislador los principios legales utilizados para la configuración de los préstamos inmobiliarios con la LCCL, para así dotar de la misma transparencia y protección a la hipoteca inversa.

Sin embargo, la falta de reforma legal de este producto puede condenar a las hipotecas inversas a que sean objeto de futuros pleitos, en los que se declare la nulidad de muchas de sus cláusulas, repitiéndose los mismos errores acaecidos en el pasado, como son los cláusulas suelo o la de los gastos hipotecarios.

No hemos querido ahondar en este artículo la problemática que pudiera surgir alrededor de la comisión de apertura (la cual ya está siendo objeto de declaración de nulidad por parte de muchos tribunales, al entender que la misma no está basada en un servicio concreto realmente prestado)¹¹, como tampoco hemos querido tratar la posible abusividad de los intereses ordinarios aplicados en los contratos de hipoteca inversa, muy superiores a los aplicados a la media de los préstamos inmobiliarios.

Ni qué decir sobre los intereses de demora aplicados en los contratos de hipoteca inversa, los cuales no cumplen, por norma general, con la prohibición legal del artículo 25 de la LCCL de no ser superior en más de tres puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio. Lo cual redundaría en su abusividad y son contrarios a la consolidada jurisprudencia

¹¹ Véanse los considerando 78 y 79 de la STJUE, Sala Cuarta, de 16 de julio de 2020, asunto C-224/19 (NCJ064917).

del Tribunal Supremo, la cual considera que en los préstamos con garantía o sin garantía hipotecaria concertados con consumidores es abusiva toda aquella condición general que establezca un interés de demora que supere en más de dos puntos porcentuales el interés remuneratorio, siendo la consecuencia la eliminación de cualquier incremento porcentual en que consistiese el interés de demora abusivo (entre otras, la STS núm. 671/2018, Sala Primera, de lo Civil, Pleno, de 28 de noviembre de 2018 [NCJ063624]).

En definitiva, muchas dudas se ciernen en torno a este tipo de financiación, que, sin despegar, ya contempla varios contratiempos difíciles de solventar.

Por lo que si se quiere evitar un pleito seguro en el futuro, sería recomendable que todos los operadores interesados en este tipo de financiación impulsarán una reforma profunda y alineada con la de los préstamos inmobiliarios, lo cual otorgaría seguridad jurídica y económica a los prestamistas, y a los consumidores, transparencia y protección. Asimismo, también sería recomendable revisar los contratos de hipotecas inversa ya otorgados, para remediar aquellas cláusulas que no gozan de la transparencia exigible a este tipo de consumidor vulnerable.

Referencias bibliográficas

Arnaiz, R. (2021). El principio de transparencia material y el control de su cumplimiento en las hipotecas inversas. Deficiencias regulatorias y propuestas de mejora. En A. Aparicio Sanz (Dir.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea* (pp. 195-216). Marcial Pons.

Díaz, E. (2021). El beneficiario de hipoteca inversa solo recibe de media el 18% del valor de la vivienda. *El Economista*. <https://>

www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11291038/06/21/El-beneficiario-de-hipoteca-inversa-solo-recibe-de-media-el-18-del-valor-de-la-vivienda.html

Sánchez, T. (2021). Hipoteca inversa, un dinero extra para la jubilación con la vivienda como garantía. *ABC*. https://www.abc.es/economia/abci-hipoteca-inversa-extra-para-jubilacion-vivienda-como-garantia-202102141857_noticia.html

José María García Rodríguez es abogado, con más de 15 años de ejercicio, especializado en derecho bancario, así como mediador, con más de 10 años de ejercicio, especializado en asuntos civiles y mercantiles, y ejerce como vocal del Instituto de Mediación de la Asociación Madrileña de Mediadores (AMM).

Es también doctor en Derecho, acreditado como profesor ayudante doctor por la ANECA, y profesor de Mediación Civil y Mercantil en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). José María es fundador y colaborador del blog jurídico Derecho Bancario y autor de dos libros (*El sobreendeudamiento de las personas físicas en el nuevo marco de contratación del crédito inmobiliario*, 2019) y de cuatro artículos. <https://orcid.org/0000-0002-1449-6778>



Cuantificación y seguimiento de la inflación normativa: enseñanzas a extraer de la experiencia francesa

Bernardo Sánchez Pavón

Abogado y doctor en Derecho

Letrado del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (España)

bernardo.sanchezpavon@asturias.org | <https://orcid.org/0000-0002-0137-7710>

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 Iranzo 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

La doctrina ha señalado como una de las patologías de nuestro sistema normativo escrito la incesante proliferación de normas que se suceden, casi sin solución de continuidad, a un ritmo frenético, fenómeno que se ha llegado a calificar como de explosión, marea, avalancha, inflación e hipertrofia de la legislación. Este escenario proyecta incertidumbre sobre los aplicadores del derecho e inseguridad jurídica sobre los ciudadanos, a las que prometen contribuir los requerimientos de nuevas normas para afrontar las recientes crisis económicas, sanitarias, energéticas y medioambientales.

El presente trabajo aborda la problemática de la evaluación de la inflación normativa, tomando como referente la labor desarrollada a este respecto en Francia y procurando extraer de ella conclusiones que contribuyan a estudiar un eventual sobredimensionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y, en su caso, a concretar soluciones para su corrección. Para ello, se procede a definir el concepto de inflación normativa, se examina la problemática que plantea su cuantificación, se exponen las iniciativas adoptadas en Francia, ahondando en los trabajos del Conseil d'État, y se exponen algunas de las soluciones alumbradas en España, efectuando, en sede conclusiva, varias propuestas de mejora.

Palabras clave: inflación normativa; legística; Conseil d'État; órganos consultivos.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado: 05-03-2023

Cómo citar: Sánchez Pavón, B. (2023). Cuantificación y seguimiento de la inflación normativa: enseñanzas a extraer de la experiencia francesa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 49-82. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18597>



Quantification and monitoring of regulatory inflation: about the French experience

Bernardo Sánchez Pavón

Abstract

The criticism of the current excess of regulations from public authorities it is a legal doctrine meeting point. This phenomenon is described as explosion, avalanche, hypertrophy or regulatory inflation and causes a legal uncertainty in citizens and legal operators that get worse with the demand for new regulations in order to overcome the economic, health, energy and environmental crises that currently affect us.

This paper wants to bring up the subject of how to quantify that inflation. For such purpose it indicates what should be understood by regulatory inflation, exposes the initiatives adopted by French public authorities, especially the work carried out by Conseil d'État, and finally makes several improvement proposals.

Keywords: regulatory inflation; legislative drafting; Conseil d'État; consultative bodies.

Received: 04-05-2022 / Accepted: 08-09-2022 / Published: 05-03-2023

Citation: Sánchez Pavón, B. (2023). Cuantificación y seguimiento de la inflación normativa: enseñanzas a extraer de la experiencia francesa. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 266, 49-82. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18597>



Sumario

1. Introducción y planteamiento
 2. La inflación normativa: concepto y problemática
 - 2.1. Concepto de inflación normativa
 - 2.2. El laberinto del análisis de la inflación normativa
 3. Iniciativas adoptadas en Francia en relación con la inflación normativa
 - 3.1. Propuestas del Senado en el marco de una eventual reforma constitucional
 - 3.2. Aportaciones del ejecutivo
 - 3.3. Labor del Conseil d'État
 - 3.4. Contribuciones de *think tanks*
 4. *Mesurer l'inflation normative*: un referente de las contribuciones del Conseil d'État sobre la inflación normativa
 - 4.1. Justificación y procedimiento
 - 4.2. La concreción del objeto
 - 4.3. Recursos disponibles
 - 4.4. Aspectos metodológicos
 5. Digresión en clave interna: medidas adoptadas en España
 - 5.1. Medidas organizativas
 - 5.2. Medidas técnicas
 - 5.3. Medidas normativas
 6. Recapitulación y conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción y planteamiento

Es publica voz y fama que el ordenamiento jurídico español se halla sobredimensionado, que existen más normas de las estrictamente necesarias y que resulta apremiante su reducción.

A finales del pasado siglo, García de Enterría (1999) abordó el problema de la justicia y seguridad jurídica en lo que calificó como «un mundo de leyes desbocadas», advirtiendo que la inflación normativa, la proliferación de leyes-medida y la defectuosa técnica legislativa han proyectado incertidumbre sobre los aplicadores del derecho e incrementado la inseguridad jurídica de la ciudadanía; para colmo de males, la situación, en su opinión, sería irreversible.

En fechas más recientes, Muñoz Machado (2015), en relación con las que denomina «patologías del sistema normativo escrito», ha indicado que «los legisladores de nuestro tiempo han dejado de ser los discretos dispensadores de normas generales y estables» y que «su actitud ante los problemas de la vida cotidiana es de una absoluta incontinencia, con cargo a la cual fabrican continuamente recetas normativas, siempre efímeras, que se suceden en el tiempo a un ritmo vertiginoso»; de esta forma, «se siembra el ordenamiento de leyes *gadget*, de derecho efímero, de leyes disipables; se profundiza la inflación legislativa; crece el número de las leyes manifiesto, dictadas con un simple interés de cumplir formalmente un programa político» (p. 45). Como este mismo autor recuerda, la doctrina no ha escatimado adjetivos para describir la situación, hablándose de la explosión, marea, avalancha, inflación e hipertrofia de la legislación.

En un intento de concreción cuantitativa de la magnitud que va adquiriendo el problema, el profesor Santamaría Pastor constató que, en el periodo comprendido entre la aprobación de la Constitución y el inicio del siglo XXI, se habrían aprobado 220 leyes orgánicas, 993 leyes

ordinarias, 323 decretos-leyes, 44 decretos legislativos, 11.578 reales decretos, 21.293 órdenes y 24.354 disposiciones de diferente clase (Muñoz Machado, 2015, p. 46)¹. Si ya estas parecen elevadas, las cifras totales no se quedarían ahí, pues faltaría por añadir las normas anteriores que se mantienen vigentes y todas las procedentes de las comunidades autónomas y entidades locales. A la vista del panorama, el artículo 6.1 del Código Civil –según el cual «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»– se antoja redactado para otra realidad, debiendo concluir, como señaló Costa (2000), que «solo una insignificante minoría de hombres sabe una parte, y no grande, de las leyes vigentes en un momento dado».

La reciente crisis sanitaria provocada por la covid-19 ha vigorizado la propensión a afrontar los problemas recurriendo a la promulgación de normas, agudizando su provisionalidad, dificultando la planificación e incrementando la fragmentación y dispersión normativas. Para hacerse una idea de lo que ha podido suponer, basta con asomarse a las publicaciones del BOE «COVID-19: Derecho Europeo y Estatal» (en la que constan hasta 212 normas estatales, tanto de rango de legal como reglamentario) y «COVID-19 Derecho Autonómico» (en la que sus 628 páginas solo alcanzan a enumerar las normas aprobadas por las diferentes comunidades autónomas para afrontar la situación).

La ausencia de medida en el recurso a la potestad normativa y la subsiguiente multiplicación exponencial de las normas vigentes influyen negativamente en su estimación; así, se antoja factible trazar un paralelismo con lo que sucede en la esfera monetaria y sostener que los procesos inflacionarios en el ámbito jurídico terminan provocando una depreciación del valor de las normas.

Dicho lo anterior, es notorio que se critica, más que se estudia, la sobreabundancia de las normas (en palabras del Conseil d'État, la inflación normativa es un «fenómeno repetidamente denunciado, pero escasamente documentado»), y resultaría ilusoria la pretensión de actuar frente a la inflación normativa si previamente, como ocurre con la monetaria, no se ha llevado a cabo un riguroso esfuerzo de cara a su cuantificación. De este modo, y por difícil que pueda resultar, la medición de la inflación normativa se eleva a *conditio sine qua non* para su eventual solución.

Con todo, estos males no son endémicos de España, sino que, como resulta fácil evidenciar, afectan a una gran parte, si no a todos, los ordenamientos del entorno geográfico y jurídico y, aunque la extensión de un problema no contribuye a su solución y *dulce mærenti, populus dolentum*, lo cierto es que esta circunstancia tiene su parte positiva en la posibilidad de comparar las experiencias relativas a la procura de su superación.

La intención de este trabajo es aproximarse a la problemática que plantea la valoración o cuantificación del grado de inflación normativa, tomando para ello como referencia los

¹ Acerca de la problemática y sus causas *vide*, asimismo, Santamaría Pastor (1999).

trabajos llevados a cabo a este respecto en Francia, de especial interés tanto por su calidad como por su continuidad en el tiempo, así como extraer de tal experiencia algunas enseñanzas que pudieran rendir fruto, de ser implementadas, en nuestro sistema institucional. Para ello, se procederá a la concreción de lo que ha de entenderse por inflación normativa y a analizar la problemática que plantea su cuantificación, se efectuará una sucinta exposición de las iniciativas adoptadas en Francia, profundizando en el monográfico más significativo del Conseil d'État sobre la materia, se expondrán las medidas adoptadas en España y, ya en sede conclusiva, se presentará una serie de propuestas para su mejora.

2. La inflación normativa: concepto y problemática

2.1. Concepto de inflación normativa

El término «inflación normativa» goza de cierto predicamento entre la doctrina española y se utiliza con profusión por la francesa, como puede comprobarse acudiendo, entre otros, a los trabajos publicados por Savatier (1977) (*L'inflation législative et l'indigestion du corps social*), Carbonnier (1979) (*L'inflation des lois*), Matutano (2007) («L'inflation normative en question»), Gérard (2021) («Apprendre à réduire l'inflation normative») o Louvaris (2014) («Régulation économique et inflation normative»). Mas la utilización de este término en Francia no se limita al ámbito académico, sino que se extiende al institucional, siendo asiduamente empleado en los trabajos publicados por el Conseil D'État y por organizaciones como la Fondation pour la Recherche sur les Administrations et les Politiques Publiques (Fondation iFRAP). Y es que, como recuerda Vanneuville (2012), al vecino del norte le inquietaron prontamente los inconvenientes derivados de una proliferación de textos normativos, tal y como se extrae de la obra de Montaigne y Montesquieu.

Teniendo en cuenta que toda investigación requiere, como paso previo, la concreción de su objeto, procede, de seguido, elucidar qué ha de entenderse por inflación normativa.

El *Diccionario de la lengua española* define la inflación como la «abundancia excesiva» y, desde el punto de vista económico, como la «elevación del nivel general de precios». De esta forma, atendiendo a la acepción económica del término la inflación normativa sería el «incremento del número de normas vigentes en un ordenamiento», pero recurriendo a su acepción general habría que definirla como la «abundancia excesiva de normas vigentes en un ordenamiento».

La opción por una u otra definición no carece de relevancia, topándonos aquí con un primer obstáculo a salvar, con carácter previo a la profundización en la materia.

La acepción económica presentaría la tarea de valoración de una forma más abstracta a la par que sencilla, pues quedaría reducida a una mera verificación fáctica de limitada com-

plejidad; por añadidura, es un hecho que, para juzgar la labor de los parlamentos, el recurso al parámetro del número de leyes que aprueban suele ser un *meeting point*. Ahora bien, la mera constatación de un incremento en el número de normas del ordenamiento jurídico no supone, *per se*, la detección de un problema, pues en un Estado de social de derecho –y muy especialmente dotado de una forma de gobierno parlamentaria– el aumento del número de su normativa vigente sería indicativo de su correcto funcionamiento, de la misma forma que la ciencia económica enseña que la inflación monetaria, al menos en cierto grado, más que patología, es un síntoma de la sanidad del sistema económico. Por otro lado, la acepción económica posee la incuestionable ventaja de mostrarse más neutra, no confiriendo al término «inflación», *ab initio*, un tenor peyorativo, lo que no deja de tener importancia, puesto que si, como advirtió Austin (1975), las palabras construyen, más que relatan, la realidad, si la propia elocución sugiere un problema, en realidad ya lo estaría creando.

La definición basada en la acepción general, por su parte, supone añadir a la labor un elemento de índole valorativa (calificación del cuerpo normativo como «excesivo»), asumiendo que, para afirmar que un ordenamiento jurídico se halla inmerso en un proceso inflacionario no basta con la mera constatación de la existencia de una elevación en el número de normas, sino que sería indispensable confirmar que tal profusión creadora redunde en que el volumen de aquellas resulte «excesivo», lo cual, amén de la subjetividad que conlleva, ya no se antoja tan hacedero. Sentado esto, resulta notorio que a la necesidad del análisis de la inflación normativa se llega por la percepción de una patología del Estado de derecho y no desde una situación de correcto funcionamiento.

Con base en lo antedicho, desde estas líneas nos decantamos por manejar la acepción general del término y definir la inflación normativa como el «sobredimensionamiento de un ordenamiento jurídico, cuyas normas vigentes desbordan el límite de lo estrictamente preciso».

La aceptación de una definición como la propuesta demanda, como se ha indicado, justificar susodicho sobredimensionamiento, salvo que su utilización se ciña a llamar la atención sobre el problema con una locución impactante, pero sin comprometerse con la solución. Así pues, para que quepa hablar de un número de normas «excesivo» se hace necesario señalar, por de pronto, para quién y para qué son excesivas, hallándonos ante un segundo e importante escollo a superar, cuya magnitud impide un tratamiento adecuado en esta sede, debiendo circunscribirnos a la más modesta pretensión de apuntar alguna de sus aristas.

En relación con el sujeto afectado por la sobreabundancia de normas (el «para quién» son excesivas), señalar simplemente a los operadores jurídicos resulta insuficiente, puesto que para autores como Ihering, Kelsen, Hart, Olivecrona o Ross, los operadores jurídicos –y, por ende, los auténticos destinatarios del Derecho– no serían los ciudadanos en general, sino aquellos especialmente cualificados a los que el propio ordenamiento jurídico confía la misión de aplicar la fuerza; no obstante, otro sector doctrinal, en el que se encuentra Peces-Barba (1986-1987), sostiene que tales teorías son discutibles, pues

en las sociedades democráticas esta realidad de la desaparición del monopolio de los juristas y de su identificación con los operadores jurídicos supone un elemento que favorece la participación de todos, que evita los peligros de la especialización y que acerca a todos los ciudadanos a los centros de decisión jurídica.

En cuanto a la razón por la que se antojan excesivas las normas existentes (el «para qué» son excesivas), la invocación, en abstracto, a la seguridad jurídica –garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución, definida como «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes» (STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4.º) y que supone «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º)–, parece insuficiente, dado que, por ejemplo, el montante óptimo de normas para garantizar la seguridad jurídica de la ciudadanía en general no se muestra enteramente concordante con el adecuado para hacerlo con las empresas que compiten en el mercado; cierto que existirán áreas de intersección entre ambas esferas, pero también que habrá espacios de disyunción.

Las dificultades que plantea el estudio de la inflación normativa no se agotan, empero, en lo hasta aquí expuesto, dado que a las inherentes al propio concepto se añaden las surgidas a la hora de entrar sobre su objeto –esto es, al analizar las particularidades de cada una de las piezas que componen el ordenamiento jurídico–, y a lo que se dedica el apartado siguiente.

2.2. El laberinto del análisis de la inflación normativa

El análisis de la inflación normativa es terreno de difícil acceso y penoso tránsito, no resultando exagerado, pues, calificarlo de laberinto.

En efecto, siendo su objeto las normas que componen un ordenamiento jurídico, se hace preciso, por ejemplo, concluir qué ha de entenderse por tales, así como decidir, en términos de eficacia y eficiencia, sobre cuáles de ellas no procedería extender el análisis por las dificultades, cuando no la práctica imposibilidad de actuar.

La importancia de esta tan compleja tarea nos obliga a exponer una relación, siquiera meramente indiciaria y sin ánimo alguno de exhaustividad, de hasta 11 aspectos espinosos en relación con su desenvolvimiento.

En primer lugar, y como se ha apuntado, resulta notoria la necesidad de precisar lo que debería de entenderse por norma, puesto que no es lo mismo entender la norma como el conjunto de preceptos que entenderla como el precepto mismo. Así, en el caso de que un ordenamiento dispusiese solamente de 5 leyes con 20 artículos cada una de ellas, refun-

diendo todos en una única ley con 100 artículos se habría reducido en un 75 % el número de las vigentes y atajado –por supuesto, solo en apariencia– el problema de la inflación normativa; no obstante, los ciudadanos seguirían sometidos al mismo número de mandatos que antes. Por ello, la concreción de si un ordenamiento se halla inflacionado y la subsiguiente búsqueda de soluciones exigen una serie de actuaciones que van más allá de la mera reducción del número de leyes y reglamentos vigentes.

En segundo lugar, existen también casos en los cuales, dentro de un mismo instrumento escrito, es preciso efectuar una previa labor de diferenciación de un contenido normativo de otro que carece de tal carácter. Tal es el caso de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

En tercer lugar, las normas aprobadas no sustituyen de plano los efectos de aquellas a las que pretenden reemplazar, puesto que las situaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de estas últimas habrán de seguir regulándose por ellas, produciéndose así la ultraactividad de unos preceptos que formalmente habrían dejado de existir, pero que seguirán contribuyendo, *de facto*, a la inflación normativa. Añádase a lo anterior que la vigencia de una norma tampoco resulta labor cómoda: por un lado, porque puede que la norma no haya sido expresamente derogada y surjan problemas a la hora de concretar su eventual derogación tácita o a través de fórmulas de derogación genérica, las cuales no resultan siempre sencillas de aplicar; por otro, cabe que la norma no haya sido ni expresa ni tácitamente derogada, pero que resulte inviable su aplicación al haber sido superada por la propia realidad, formando parte de lo que Nieto (2007, pp. 89 y ss.) denomina «chatarra legal» y que justifica los constantes llamamientos, tanto normativos como doctrinales, a las revisiones periódicas del ordenamiento a fin de llevar a cabo una criba de preceptos carentes de efectividad que, no incrementando el volumen de mandatos, indiquen desfavorablemente sobre la seguridad jurídica de los operadores².

En cuarto lugar, la organización territorial española, prevista por la Constitución, complica el panorama, puesto que a las leyes estatales y disposiciones de rango inferior de la Administración central hay que sumar las procedentes de las comunidades autónomas y de las Administraciones locales.

En quinto lugar, y para desautorizar toda pretensión de poner en la picota a los poderes públicos estatales, autonómicos y locales como únicos responsables de la sobreabundancia de normas, se halla la circunstancia del imparable surgimiento de nuevos sujetos con potestad normativa. Así, el artículo 109.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, define a las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal como las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación

² Sobre la cuestión, *vide* Rodríguez García y Sánchez Pavón (2019, pp. 134 y 135).

o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», y el artículo 129.4 *in fine* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas –dedicado a los principios de buena regulación– señala que «las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija». De esta forma, se presenta un escenario paradójico, en el cual, por un lado, se critica la existencia de entes territoriales superpuestos que ejercerían, con desmesura, sus potestades normativas, pero, por otro, se alumbran nuevos escenarios y actores que prometen no aliviar la situación.

En sexto lugar, dentro del ordenamiento jurídico vigente en España también se hallan las normas con un ámbito de aplicación supraestatal, pues, a tenor de lo dispuesto por el artículo 96.1 de la Constitución, «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». La contribución de sus mandatos al incremento de la inflación normativa es indudable, proyectándose cada vez en mayor medida sobre materias tan relevantes como el medioambiente, los transportes y la sanidad, y no ciñéndose al derecho público, sino afectando también al privado (contratación, relaciones paternofiliales, etc.). Al lado de esta normativa, aunque con notables diferencias en cuanto a las causas e intensidad de su vinculación y con un régimen de aplicabilidad específico, también habría que contar con el Derecho procedente de la Unión Europea, que, como señala la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre³, goza de primacía sobre las normas de derecho interno, lo cual significa que cualquier norma de la Unión Europea –no solo del primario, sino también del derivado– prevalece sobre las estatales, cualquiera que sea el rango de estas, incluido el constitucional⁴. Todo este cosmos de mandatos contribuye a la inflación normativa, pero la circunstancia de que no resulte factible actuar de forma unilateral, directa y efectiva sobre el mismo, arroja serias dudas acerca de si debería ser considerado como parte del objeto de los análisis destinados a actuar sobre ella, pues resultaría escasamente operativa su inclusión.

En séptimo lugar, existen leyes que contienen mandatos dirigidos a los propios poderes públicos en relación con la producción normativa y que agotarían sus efectos una vez sa-

³ Este principio –que no se afirma como superioridad jerárquica, sino como «exigencia existencial» del derecho de la Unión Europea, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados– es fruto de la creación pretoriana del Tribunal de Justicia a partir de sentencias como las de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL), de 14 de diciembre de 1971 (Politi), de 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia) o 9 de marzo de 1978 (Simenthal), entre otras.

⁴ En este mismo sentido, *vide* el fundamento jurídico 1.º de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio.

tisfechos, por lo que difícilmente puede sostenerse que tales tipos de leyes influyan directamente sobre la carga que pesa sobre los operadores jurídicos. Tal es el caso de las leyes de bases (apartado 2 del artículo 82 de la Constitución, en relación con el apartado 4 del mismo precepto) y las leyes ordinarias delegantes (apartado 2 del artículo 82 de la Constitución, en relación con el apartado 5 del mismo precepto).

En octavo lugar, cabría hablar de las leyes singulares que, de conformidad con la STC 166/86, de 19 de diciembre, constituyen, «al menos en parte, actividad ejecutiva o de Administración, y en su consecuencia, dichas leyes constituyen intervención del legislador en el ámbito del poder gobernante y administrador» (FJ 11.º), y, como una modalidad de estas, las leyes autoaplicativas, que, no constituyendo un ejercicio normal de la potestad legislativa (STC 129/2013, FJ 4.º, STC 203/2013, FJ 3.º y STC 50/2015, FJ 4.º), suponen la adopción de medidas material y típicamente administrativas bajo la veste de la ley (STC 231/2015, FJ 3.º).

En noveno lugar, la denominada legislación simbólica también presenta claroscuros como contribuyente a la inflación normativa. Se trata, siguiendo a Marcilla Córdoba (2005), de aquellos casos de normas que presentan una «deliberada o manifiesta falta de calidad en lo que se refiere a los medios establecidos para procurar su eficacia (cumplimiento por los destinatarios) y efectividad (logro de los objetivos propuestos o declarados)» (p. 303) y que Sarmiento (2008) las considera como «una suerte de delegación normativa con intencionalidad política (que sean otros quienes tomen la decisión), cuya naturaleza normativa y efectos nadie conoce con seguridad, pero que da al legislador la confianza en que, esta vez sí, su voluntad se adaptará a la necesidad de los tiempos» (p. 38). En este sentido, señala Muñoz Machado (2015), «han perdido muchas leyes incluso su característica típica de la imperatividad, que se sustituye por formulaciones descriptivas o por simples recomendaciones cuya conversión en normas obligatorias requiere la aprobación de otras disposiciones ulteriores y complementarias» (p. 45). En estos supuestos, difícilmente cabría hallar elementos suficientes que traducir en mandatos o prohibiciones.

En décimo lugar, está el caso de las leyes anuales de presupuestos, sobre las cuales el Tribunal Constitucional, a partir de la STC 27/1981, de 20 de julio, ha ido precisando jurisprudencialmente su contenido (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, y STC 195/1994, de 23 de junio, entre otras muchas), distinguiendo entre un contenido mínimo necesario e indispensable (determinación de la previsión de ingresos y la autorización de gastos que se pueden realizar) y un contenido eventual, estando este último estrictamente limitado a todas aquellas cuestiones en directa relación con las previsiones de ingresos, las habilitaciones de gasto o los criterios de política económica general, que quepa considerar como complemento preciso para la más fácil inteligencia o más eficaz ejecución de los Presupuestos Generales del Estado y de la política económica del Gobierno. Pues bien, aunque no quepa albergar muchas dudas acerca de que buena parte del contenido eventual –que suele dictarse con vocación de permanencia en el tiempo–, al menos *a priori*, debería ser tenido en cuenta para calibrar la inflación normativa, no resulta tan claro que

el contenido mínimo necesario, teniendo en cuenta las características de las leyes de presupuestos, debiera serlo.

Finalmente, mención aparte merece el denominado *soft law* o «derecho blando», dentro del cual habría que situar, por ejemplo, los códigos de conducta⁵ –consecuencia de la crisis del tradicional sistema de fuentes del derecho y su progresiva sustitución por lo que el Consejo de Estado denomina «sistema pleonárquico» (*multilevel* y *multistakeholder*, en la literatura anglosajona)–, así como las cartas de servicios aprobadas por las Administraciones públicas y que contienen compromisos de calidad que asume el prestador de servicios, pero sin carácter obligatorio (Sarmiento, 2008, p. 42). En estos casos, no solo se produce una multiplicación exponencial de las normas (eso sí, de «derecho blando»), sino que, además, surge el problema de cómo concretar el valor que tiene este tipo de regulaciones por contraste con el *hard law* y, por tanto, valorar en qué medida influyen, de manera efectiva, sobre la inflación normativa.

En definitiva, de este auténtico laberinto que constituye el análisis y tratamiento de la inflación normativa solo se puede salir, como del que en Creta escondía al Minotauro, de dos formas: la primera, eludiendo el penoso discurrir por sus habitáculos, ora ignorándolo de plano, ora adoptando soluciones más simbólicas que efectivas y, como Dédalo, construir unas alas para salir volando; la segunda, optar por el diseño de una metodología y una organización que permitan, como a Teseo, seguir un hilo conductor para avanzar sin riesgo a perderse. Conscientes de que Dédalo, si bien abandonó el laberinto, acabó estrellándose contra el mar, procede detenerse, seguidamente, en el estudio del sendero emprendido por quien decidió, con mayor o menor fortuna, afrontar el problema en vez de eludirlo.

3. Iniciativas adoptadas en Francia en relación con la inflación normativa

3.1. Propuestas del Senado en el marco de una eventual reforma constitucional

El día 3 de julio de 2017, el presidente de la República Francesa, ante el Parlamento reunido en congreso, anunció su intención de proceder a una revisión de la Constitución. El variopinto elenco de objetivos expuestos para justificar la alteración de la Carta Magna comprendía: la reducción del número de parlamentarios, la limitación del número de mandatos consecutivos, la reforma del procedimiento legislativo, la modificación de la función de control del Parlamento y la modernización de ciertas jurisdicciones.

⁵ *Vide*, a este respecto, memorias del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013.

Para abordar la labor, se solicitó que tanto el presidente de la Asamblea Nacional como el del Senado formularan propuestas de cara al enriquecimiento del proyecto.

En este marco, el Senado francés constituyó un grupo de trabajo encabezado por el presidente del Senado –a la sazón, Gérard Larcher–, cuyas reflexiones quedaron plasmadas en el documento titulado *40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France*, que vio la luz en enero de 2018. A lo largo de este texto se expone un conjunto de propuestas con vistas a una eventual reforma constitucional, algunas de las cuales procede traer a colación, puesto que el fin pretendido era la evitación de un sobredimensionamiento del ordenamiento jurídico.

Entre las referidas iniciativas se encontraban la de regular más estrictamente las enmiendas del Gobierno y los procedimientos legislativos simplificados, la reducción de la duración de las sesiones, y la que se antoja como más relevante, la introducción en la Constitución del «principio de necesidad de las normas». En efecto, haciendo suya la afirmación de Montesquieu, en su celeberrimo *L'Esprit des Lois*, acerca de que «*les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires*» («las leyes inútiles debilitan a las necesarias»), el Senado propuso la introducción en la Constitución de un nuevo artículo 41-1 en el que se estableciera el principio de que la ley y el reglamento hayan de responder a las «exigencias de accesibilidad, claridad y necesidad» (*Proposition n.º 13*) (Groupe de Travail du Sénat sur la Révision Constitutionnelle, 2018, p. 39).

Por otro lado, también se propuso introducir en la Constitución un artículo –si bien, en este caso, no se hace referencia a su ubicación– con el fin de que se permitiese al Parlamento solicitar el auxilio del Conseil d'État –y, asimismo, de la Cour de Cassation– para la puesta en práctica del principio antes citado (*Proposition n.º 14*) (Groupe de Travail du Sénat sur la Révision Constitutionnelle, 2018). A este respecto, el Senado fue consciente –y así lo explicita en el documento– de que el Conseil d'État, a través de su papel de órgano consultivo del Ejecutivo, goza de una nítida perspectiva de conjunto sobre la situación de la legislación y de que ya sus *rapports annuels* contienen un amplio repertorio de sugerencias tendentes a remediar anomalías, redundancias e incoherencias; por ello, se estimó de la mayor utilidad que se habilitase, constitucionalmente, al Parlamento para solicitar su participación en la tarea de simplificación normativa.

En otro orden de cosas, y con la finalidad de mejorar la información puesta a disposición del Parlamento, el grupo de trabajo defendió que debieran reforzarse las exigencias relativas al contenido de los estudios de impacto normativo⁶, con la finalidad de que estos señalen los medios humanos, financieros e informáticos necesarios para que las reformas puedan ser implementadas, establezcan los plazos necesarios para ello e indiquen, cuando de la creación

⁶ Vide artículo 8 de la Loi organique n.º 2009-403 du 15 avril 2009, relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

de una nueva norma se trate, las medidas de derogación y de simplificación de las normas ya existentes (*Proposition* n.º 15) (Groupe de Travail du Sénat sur la Révision Constitutionnelle, 2018, p. 41). Igualmente, y en este mismo ámbito, se recomendó extender el campo de aplicación de los estudios de impacto a aquellas enmiendas del Gobierno que comporten la aprobación de nuevas medidas (*Proposition* n.º 17) (Groupe de Travail du Sénat sur la Révision Constitutionnelle, 2018).

3.2. Aportaciones del ejecutivo

El Gobierno francés puso en práctica una política de simplificación cuyos principales exponentes aparecieron en la *Circulaire du Premier ministre du 26 juillet 2017*, relativa a la matriz de flujo de los textos reglamentarios y de su impacto, una de cuyas medidas más llamativas fue la introducción de la «regla dos por uno», según la cual toda nueva norma reglamentaria debe ser compensada con la supresión o, en caso de imposibilidad, simplificación de al menos dos normas ya existentes.

Por otro lado, y también por parte del Ejecutivo, se presentó el programa *Action publique 2022* –en el contexto de un proyecto de ley de programación de las finanzas públicas 2018-2022–, que comprendía cinco proyectos transversales, entre los cuales figuraba la simplificación normativa. El marco institucional de esta iniciativa giró en torno al Comité Interministériel de la Transformation Publique⁷, un Délégué Interministériel à la Transformation Publique⁸ y dos nuevas direcciones interministeriales⁹: la Direction Interministérielle de la Transformation Publique y la Direction Interministérielle du Numérique.

Posteriormente, el 12 de enero de 2018, el primer ministro presentó, en Consejo de Ministros, la comunicación *Agir pour la simplification des normes et un pouvoir réglementaire efficace*, en la que se enfatizó la conveniencia de una moderación en la producción de reglamentos.

3.3. Labor del Conseil d'État

El Conseil d'État publica anualmente un *Rapport D'activité*, que se compone de dos partes: la primera hace un balance de conjunto de su actividad jurisdiccional y administrativa; la segunda estudia un tema en particular, considerado de trascendencia.

⁷ Décret n.º 2017-1586 du 20 novembre 2017.

⁸ Décret n.º 2017-1586 du 20 novembre 2017.

⁹ Décret n.º 2017-1584 du 20 novembre 2017

El *Rapport D'activité* del Conseil d'État correspondiente al año 2005 dedicó un epígrafe entero a la *Sécurité juridique et complexité du Droit*¹⁰, profundizando, a lo largo de más de 100 páginas (Conseil d'État, 2006, pp. 229 a 337), sobre la creciente complejidad de las normas, sus causas y la amenaza que supone para el Estado de derecho; asimismo, se refiere al porqué y al cómo se ha de combatir la inseguridad jurídica. Advierte el texto que para respetar la ley es necesario conocerla y para ello se requiere que esta sea clara y estable, características que ya no reunirían numerosas leyes vigentes. Lacónicamente, el vicepresidente del Conseil d'État –a la sazón, Denoix de Saint Marc– indicó que «*La France légifère trop et légifère mal*» («Francia legisla demasiado y legisla mal»), señalando que el derecho francés representaba, desde finales del siglo XVII y hasta fechas recientes, un modelo inspirador para numerosos Estados, un ejemplo de conjunto coherente, inteligible, codificado y servido por un lenguaje claro y preciso; sin embargo, advirtió acerca de que tales características se habrían perdido hoy en día. Las causas de la actual degradación serían, en su opinión y en atención a su origen, tanto de carácter interno como externo. Entre las causas externas incluyó: el desarrollo considerable de unas convenciones internacionales que, una vez aprobadas o ratificadas, entran en vigor, con autoridad superior a ley; el copioso derecho de la Unión Europea, sobre el cual los Estados no pueden influir directamente una vez cerrada la negociación; la organización del mercado interior, de la Unión Económica y Monetaria, la puesta en circulación del euro y la libre circulación de capitales, que han requerido de una multitud de directivas y la instauración de la cooperación en materia de justicia e interior, que ha deparado la adopción de convenciones o decisiones marco que afectan al derecho civil y penal. En el plano interno, refirió: la atribución a las colectividades territoriales de competencias normativas cada vez más amplias; el que por ley se haya atribuido potestad reglamentaria a las autoridades administrativas independientes –lo que ha multiplicado exponencialmente las normas– y la reclamación, por parte de la ciudadanía, de más leyes para resolver cada nuevo problema que va surgiendo, demanda habitualmente atendida por el Gobierno y por el Parlamento. Con base en lo expuesto, el estudio reconoció la embarazosa situación en la que se halla un legislador que, constreñido por los imperativos del derecho internacional y de la Unión Europea, debe abordar proyectos legislativos cada vez más largos y complejos, lo que, a su vez, es también causa evidente del subsiguiente retardo que sufre el desarrollo reglamentario de tales leyes.

Por otra parte, en el estudio del Conseil d'État titulado *Simplification et qualité du droit* (tercer estudio sobre esta misma materia en 25 años), aprobado en 2016, ya se advirtió que los males a combatir son muchos y que no están convenientemente identificados. El trabajo dejó de manifiesto la gran preocupación de esta institución por el volumen de las normas, su inestabilidad, su complejidad y la carga que todo ello supone para los destinatarios. En el plano de las soluciones, la primera de sus 26 propuestas apuntó a la necesidad de elaborar un referencial para la medida de las normas desde tres perspectivas: la

¹⁰ En el editorial, y en referencia a la temática elegida, recuerda el vicepresidente del Conseil d'État, Denoix de Saint Marc, que esta publicación abordó idéntica materia en el año 1991 (Conseil d'État, 2006, pp. 9 y 10).

de su volumen (tanto en *stock* como en flujo), la de sus efectos (cálculo de la carga administrativa) y la del sentimiento/experiencia de complejidad por parte de sus destinatarios (Conseil d'État, 2016, pp. 89 y ss.).

3.4. Contribuciones de *think tanks*

En relación con las contribuciones de los «laboratorios de ideas» o *think tanks* franceses, cabe destacar, entre otras, las de la Fondation iFRAP.

Creada en 1985, la Fondation iFRAP es una organización, configurada a modo de laboratorio de ideas, encargada de reflexionar, en torno a las Administraciones públicas, los servicios y el gasto público. A lo largo de sus casi 30 años de existencia ha llevado a cabo numerosas investigaciones y publicaciones, resultando de especial interés para la materia que ahora se aborda *Mieux maîtriser l'inflation normative: la feuille de route de la Fondation* (2016), *La simplification normative par la règle du one in/one out* (2017) y *La suppression de la réserve parlementaire* (2018).

4. **Mesurer l'inflation normative: un referente de las contribuciones del Conseil d'État sobre la inflación normativa**

4.1. Justificación y procedimiento

La implicación Conseil d'État en la tarea de simplificación y mejora de calidad normativa queda sobradamente acreditada a través de la reiterada aportación de estudios al respecto, alguno de los cuales ha sido referido en líneas precedentes. Ahora bien, si hubiese que destacar una de sus principales y más especializadas contribuciones relacionadas con el problema de la inflación normativa, resultaría imperativo volver la mirada a su reciente texto *Mesurer l'inflation normative* («Medir la inflación normativa»).

Con la finalidad de llevar a buen puerto la primera proposición del antecitado estudio *Simplification et qualité du droit* (2016), resultaba preciso crear un referencial (*référentiel*), o sistema de referencia, para la cuantificación de la inflación normativa. En esta línea, a iniciativa propia y bajo la dirección de su vicepresidente, en noviembre de 2017 se constituye, en el seno del Conseil d'État, un grupo de trabajo encargado de establecer las condiciones concretas para la elaboración del referencial (anexo I), cuyas labores se desarrollaron entre diciembre de 2017 y marzo de 2018, habiendo participado el Ejecutivo en tres de sus cuatro reuniones, a través del secretariado general del Gobierno (anexo III). Precisamente este último órgano, y en el marco de los trabajos del grupo, asumió la tarea de confeccionar un

panel de indicadores de seguimiento (*tableau de bord*) de la actividad normativa, expuesto en *Légifrance*¹¹ por decisión del primer ministro.

Como colofón a la senda abierta, el 3 de mayo de 2018, la Asamblea General del Conseil d'État procedió a la aprobación del estudio *Mesurer l'inflation normative* (Conseil d'État, 2018). El Conseil d'État llama la atención sobre la circunstancia de que la garantía de la utilidad del esfuerzo realizado pasa por no considerarlo un punto final, manifestando expresamente su compromiso con que este trabajo sea objeto de posteriores puestas al día, de periodicidad anual, procurando, además de la actualización de los datos, un enriquecimiento progresivo de su contenido. Sobre este último extremo se revela expresamente la intención de interesarse por profundizar en los indicadores de estabilidad/inestabilidad de las normas para concretar el origen de la inflación normativa y por identificar las ramas del derecho más afectadas por este fenómeno y, en consecuencia, dignas de la mayor atención.

De seguido, procede efectuar una recapitulación sobre el contenido de este trabajo, haciendo hincapié en dos aspectos: por un lado, la metodología seguida; por otro, los indicadores que se han tenido en cuenta. Se prescinde, pues, de profundizar en los resultados concretos, pues lo que aquí interesa no es conocer los males que aquejan al ordenamiento jurídico galo, sino extraer de su experiencia algunas conclusiones útiles para la mejora del nuestro.

4.2. La concreción del objeto

Entrando ya en el contenido del estudio, el primer y capital paso fue decidir acerca de dónde era preciso centrar la atención. Por ello, recuerda el Conseil d'État (2018, p. 7) que ya en el estudio *Simplification et qualité du droit* (2016) se advertía sobre la necesidad de abordar tres paneles: el primero, la medida de la norma en sí misma; el segundo, la medida de sus efectos, especialmente en términos de cargas administrativas; el tercero, la medida del sentimiento de la complejidad de la norma por parte de sus destinatarios (Conseil d'État, 2018). En definitiva, son tres los objetos del análisis: la normas, sus efectos y la opinión de los ciudadanos.

En cuanto a la medida de la percepción de la complejidad de la norma por parte de sus destinatarios, el estudio admite que no implica una especial dificultad, pues ya desde hace

¹¹ Légifrance es el sitio web oficial, creado en 2002 (Décret n.º 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet) y gestionado por la Secretaría General del Gobierno, destinado a la difusión pública de textos normativos y resoluciones judiciales. Ex artículo 1 del Décret n.º 2002-1064 : «Il est créé un service public de la diffusion du droit par l'internet. Ce service a pour objet de faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence. Il met gratuitement à la disposition du public les données suivantes: 1.º Les actes à caractère normatif suivants, présentés tels qu'ils résultent de leurs modifications successives [...] 2.º Les actes résultant des engagements internationaux de la France: [...] 3.º La jurisprudence: [...] 4.º Un ensemble de publications officielles».

años existen encuestas de opinión a estos efectos, a la vez que también puede acudir a ciertos indicadores complementarios, como la medición del nivel en el que son frecuentadas las páginas web en las que se publican las normas (Conseil d'État, 2018). Sí estima útil, sin embargo, profundizar en la articulación de este panel (sentimiento de la complejidad de la norma por parte de sus destinatarios) con los dos anteriores (medida de los efectos de las normas y medida de la norma en sí misma), de forma tal que se pueda concretar cómo se relacionan los datos obtenidos mediante la medición objetiva de la inflación normativa con los relativos a la percepción que los ciudadanos tienen del nivel de complejidad del ordenamiento jurídico; no obstante, reconoce que esta labor requiere, indefectiblemente, haber abordado antes la mentada medición de la norma en sí misma (primero de los paneles).

En relación con la medida de los efectos de la norma, entiende el Conseil d'État que la cuestión, desde punto de vista metodológico, resulta más delicada. Como el estudio de 2016 había avanzado, la reflexión se centra en la carga administrativa inducida por la norma y las consecuencias que implica en términos económicos. El estudio reconoce que ya existe un conjunto de experiencias de los distintos Estados en este ámbito; así, un buen número de países optan por un método de cuantificación basado en el *standard cost model* (SCM), según el cual, en líneas generales, se opera sobre lo que para las empresas va a suponer, teniendo en cuenta sus especificidades, la necesidad de adaptarse a una concreta reglamentación en términos de tareas a desarrollar, número de agentes a movilizar y tiempo a dedicar (Conseil d'État, 2018). Francia cuenta, desde 2007 y apoyándose en la metodología del SCM, con el Outil de Simulation de la Charge Administrative de la Réglementation (OSCAR), desarrollado para medir el impacto de una nueva reglamentación sobre la carga administrativa de empresas y administraciones, y que se basa, por una parte, en una hoja de cálculo que permite evaluar, para los distintos tipos de agentes (particulares, empresas, colectividades territoriales, servicios del Estado y organismos encargados de servicios públicos), la relación cargas/ganancias que resulten de la reglamentación y, por otra parte, en un manual para auxiliar en el cálculo del impacto financiero de la reglamentación (Conseil d'État, 2018, pp. 7, *in fine*, y 8). En añadido, el Secrétariat Général du Gouvernement (2017) elaboró, en agosto de 2017, una nueva guía metodológica para calcular el impacto financiero de la reglamentación.

Teniendo todo ello en cuenta, el Conseil d'État decidió concentrar su esfuerzo sobre el primer elemento del panel, esto es, en la medida de la norma en sí misma considerada, independientemente de sus efectos y del sentimiento de los ciudadanos al respecto de su complejidad.

4.3. Recursos disponibles

Centrado el objeto del análisis, el Conseil d'État (2018) se detuvo a seleccionar el material disponible para emprender la tarea. A este respecto, advierte sobre la inexistencia de

trabajos de investigación sistemáticos en la universidad, entidades privadas de investigación e, incluso, en las editoriales de índole jurídico. Por ello, ha sido a la esfera pública, particularmente en sede de los propios autores de las normas, donde debió acudir para obtener el respaldo documental.

Por un lado, existían estadísticas del Ejecutivo. Singularmente, en 2010 se había realizado un trabajo titulado *Les lois et règlements en vigueur, approche statistique*, por parte del Secrétariat Général du Gouvernement (2011) –difundido en el sitio web del Gobierno en enero de 2011–, si bien ni había sido posteriormente actualizado ni seguido de trabajos similares. El documento presentaba el número de leyes y reglamentos publicados cada año, la amplitud tanto de las leyes publicadas como de su texto en el curso de la tramitación parlamentaria; asimismo, precisaba el número de páginas del diario oficial de la República Francesa dedicado a normas, el efecto neto de aumento del derecho consolidado (codificado o no codificado) por materias, la inestabilidad de la norma y, en lo que concierne al *stock*, presentaba el volumen global de derecho en vigor (número de códigos, leyes, ordenanzas y decretos reglamentarios), la parte de derecho codificado y no codificado, la de los textos legislativos en el derecho en vigor y el reparto temático del derecho por sectores.

Por otra parte, existía otra fuente de datos muy significativa, menos rica, pero actualizada anualmente: el informe de actividad de la Direction de l'Information Légale et Administrative¹² (DILA). En él se incluyen el número de textos publicados en el diario oficial de la República, el número de páginas totales anual en el diario oficial de República Francesa, distinguiendo entre textos generales y nominativos, así como por tipo de texto (leyes, decretos, etc.) y por procedencia (ministerios y autoridades independientes).

Amén de las estadísticas procedentes del Ejecutivo también existían las estadísticas del Parlamento (Conseil d'État, 2018, p. 9), pues la Asamblea Nacional difunde, en su sitio de internet, los datos sintéticos de actividad legislativa, comprendiendo el número de proyectos y de proposiciones de ley presentadas y adoptadas y también el número de enmiendas presentadas y adoptadas cada año y cada legislatura. De forma particular, el Senado ofrece, en unas estadísticas más detalladas, el número de textos examinados y adoptados, el aumento producido en la amplitud de los textos a lo largo del debate parlamentario y las iniciativas normativas que han sido objeto del mayor número de enmiendas.

Finalmente, y al margen de la labor de Ejecutivo y Legislativo, el Conseil d'Etat también dispone de estadísticas internas. En primer lugar, en relación con en su propia actividad con-

¹² La Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA) es un órgano de la Administración central, bajo la autoridad del Secrétaire Général du Gouvernement, encargado de las funciones de difusión legal, información administrativa, edición y debate público.

sultiva, existen los anteriormente mencionados *Rapports annuels*, en los cuales se exponen estadísticas –que pertenecen a series plurianuales– relativas al número de textos examinados, desglosados por categoría de texto, departamentos ministeriales y año.

4.4. Aspectos metodológicos

El siguiente paso seguido por el Conseil d'Etat (2018, pp. 11-13) fue la metodología a emplear, adquiriendo especial trascendencia la decisión acerca de la unidad de cuenta, cuestión tan delicada que se coloca en un apartado bajo la rúbrica «*L'enjeu de l'unité de compte*» («El reto de la unidad de cuenta»). En efecto, de lo que se trataba era de decidir acerca de si la medición para el cálculo del nivel de inflación debería hacerse sobre el número de textos, el de artículos, el de palabras, el de signos o el de páginas.

La opción de tomar como referencia el número de páginas que ocupan las normas se estimó arriesgada, puesto que se halla afectada por ciertos aspectos contextuales susceptibles de variar, como es el caso del formato de paginación (Conseil d'État, 2018, p. 11). El tamaño, tipo de letra y distancia entre renglones tienen entidad suficiente para afectar significativamente al volumen de hojas y bien podría reducirse el número de estas operando sobre el formato del texto; por añadidura, la volatilidad de las decisiones editoriales a este respecto limita las posibilidades de efectuar series referidas a periodos amplios de tiempo. Así pues, entendió el Conseil d'Etat que este indicador, sin perder relevancia, debe ser valorado con prudencia.

La cuenta por número de artículos se consideró más precisa, aunque también plantea inconvenientes (Conseil d'État, 2018, p. 12). Así, existen artículos que se limitan a una línea y otros que se extienden a una página; por ello, tampoco la utilización de este indicador resulta extremadamente precisa y concluyente. Añádase a ello que, con frecuencia, al efectuarse una refundición de textos se tiende a reducir la extensión de aquellos artículos que se han visto incrementados en su extensión tras sucesivas modificaciones y sobre los que se suele operar dividiéndolos en varios artículos independientes (Conseil d'État, 2018, p. 15). Así pues, el resultado de una refundición, medidos sus efectos en términos del número de artículos, puede arrojar, *prima facie*, un acrecentamiento de la inflación normativa cuando, en realidad, los mandatos normativos no han sido incrementados.

Por cuanto al número de textos se refiere (leyes, decretos, etc.), aun admitiendo sus ventajas frente a otros indicadores como el número de páginas en diarios oficiales, se estimó que para resultar verdaderamente operativo, exigiría trabajar con base en la diferenciación entre los distintos tipos de iniciativas y de normas, de forma tal que se distinguiese entre proyectos y proposiciones de ley y se tuviese en cuenta la variopinta tipología que presentan las disposiciones de rango reglamentario; asimismo, se valoró la oportunidad de efec-

tuar el distingo de aquellas normas internas de mera trasposición o ratificación de tratados internacionales (Conseil d'État, 2018, p. 11 *in fine* y 12).

La utilización del número de palabras o signos como medida de cuenta se calificó por el Conseil d'Etat como el método más exacto y el menos susceptible de sufrir prácticas de legería tendentes a alterar artificialmente los resultados; por ello, entendió que este indicador habría de ser privilegiado frente a los otros, considerando, igualmente, que ambos (palabras y signos) garantizan las tan necesarias precisión e invariabilidad, amén de facilitar el análisis en el tiempo de la extensión de las normas, llamando la atención sobre la necesidad de reducir a lo estrictamente imprescindible los preceptos no normativos que, cada vez en mayor medida, tienden sobrecargar las normas (Conseil d'État, 2018, p. 11 *in fine* y 16).

Finalmente, y al margen de los antecitados indicadores, reconoció el Conseil d'Etat (2018, p. 11) que existen otras unidades de medida a tener en cuenta por su incuestionable utilidad práctica, como es el caso de las «medidas de aplicación» requeridas por cada norma, reparando en la importancia de explicitar el número de disposiciones administrativas que vienen siendo necesarias para dotar de adecuado desarrollo al trabajo realizado por el legislador y en lo positivo que ello puede suponer como advertencia para este.

5. Digresión en clave interna: medidas adoptadas en España

5.1. Medidas organizativas

La oportunidad de incardinar las medidas relativas a la inflación normativa dentro del amplio marco de la mejora de la regulación resulta evidente y, como señala Álvarez Suárez (2017, p. 10), esta última es, actualmente, una auténtica política pública a aplicar, de forma transversal, en todas las intervenciones públicas y por todas las Administraciones. Siendo esto sí, se antoja notoria la necesidad de aproximarse, siquiera sumariamente, a la respuesta que se haya dado a la cuestión en el ámbito organizativo interno de la Administración estatal.

La calidad normativa y mejora de la regulación se ha venido asumiendo por parte de los servicios comunes de los distintos departamentos ministeriales, dependientes de las correspondientes secretarías generales técnicas, y la por Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, rol que se mantiene, según se extrae de lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El Ministerio de la Presidencia ha asumido también funciones relevantes en la materia. Así, a tenor del artículo 25.4 de la Ley 50/1997:

El Plan Anual Normativo estará coordinado por el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo.

Asimismo, el artículo 26.9 de la misma ley atribuye al citado departamento, en el marco del procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos y con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, analizar, entre otros, los siguientes aspectos: la calidad técnica y el rango de la propuesta normativa; la congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, con otras que se estén elaborando en los distintos ministerios o que vayan a hacerlo de acuerdo con el plan anual normativo, así como con las que se estén tramitando en las Cortes Generales; la necesidad de incluir la derogación expresa de otras normas, así como de refundir en la nueva otras existentes en el mismo ámbito; el cumplimiento o congruencia de la iniciativa con los proyectos de reducción de cargas administrativas o buena regulación que se hayan aprobado en disposiciones o acuerdos de carácter general para la Administración General del Estado.

Por otro lado, considerada la mejora regulatoria como una política pública, es incuestionable que la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) –como instrumento para la evaluación *ex post* de las políticas públicas– es un paso digno de mención¹³. No obstante, y probablemente fruto de una poco interiorizada cultura sobre la evaluación, la disposición adicional novena del Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, procedió a la disolución de la AEVAL, cuyas funciones serían asumidas por la Secretaría de Estado de Función Pública¹⁴, a través del Instituto para la Evaluación de

¹³ Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, aprobado tras la habilitación dada al Gobierno en el artículo 3 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

¹⁴ El Real Decreto 307/2020, de 11 de enero, por el que se desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, estableció, en su artículo 2.5, que el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas estaría adscrito a la Secretaría de Estado de Política Territorial y Función Pública, del anterior Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Posteriormente, el artículo 14.6 del Real Decreto 507/2021, de 10 de julio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales y el Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Secretaría de Estado de Función Pública, con nivel orgánico de subdirección general.

Políticas Públicas y de la Dirección General de Gobernanza Pública, asumiendo que resulta indiferente que la evaluación se efectúe por parte de una agencia independiente o por un órgano incardinado en la misma Administración evaluada y quizás olvidando que *mulier caesaris non fit suspecta etiam suspicione vacare debet*.

5.2. Medidas técnicas

Un hito dentro de las medidas de índole técnica –ni organizativas¹⁵, *stricto sensu*, ni normativas– fue la aprobación del Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas¹⁶ (CORA, 2013, pp. 70-72), que incluyó, dentro del apartado «Medidas Generales», un epígrafe enteramente dedicado a la codificación del derecho.

La seguridad jurídica y la simplicidad, señaló la CORA, se habrían visto afectadas por los profundos cambios habidos en la distribución de las competencias entre Administraciones públicas. Por ello, en el marco del programa para garantizar la unidad de mercado, el Gobierno se había propuesto poner en marcha un plan de racionalización normativa con la finalidad de analizar la regulación afectante a cada sector y adaptarla a los principios y disposiciones de una posterior Ley de garantía de unidad de mercado¹⁷.

¹⁵ A este respecto, y no obstante lo dicho, hay que tener presente el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, por el que se crea la oficina para la ejecución de la reforma de la Administración. La parte expositiva de esta norma señala que la decisión de iniciar un proceso de reformas estructurales que llevaron a la creación de la CORA «no culmina con las elevación al Consejo de Ministros del informe elaborado por dicha Comisión, sino que las medidas incluidas en el mencionado informe deben ir ejecutándose [...] para lograr un funcionamiento verdaderamente eficiente de las Administraciones» y que, por ello, «se considera necesario contar con un órgano que asuma la ejecución coordinada de las medidas incluidas en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, que se encargue de su seguimiento e impulso y, en su caso, proponga nuevas medidas en los términos previstos en este real decreto». De esta forma, ex artículo 1 del Real Decreto 479/2013, «se crea la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración con el objetivo de velar por la ejecución de las medidas incluidas en el informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, asumir su seguimiento, impulso y coordinación, y, en su caso, proponer nuevas medidas». De conformidad con el artículo 2.3 de susodicho decreto, la Oficina «adscrita orgánicamente al Ministerio de la Presidencia, a través de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, tendrá dependencia funcional conjunta de los Ministerios de la Presidencia y de Hacienda y Administraciones Públicas»; asimismo, según el artículo 6 del decreto, la Oficina «se extinguirá una vez cumplidos los objetivos que determinaron su creación y previa elevación al Consejo de Ministros de una memoria de actuaciones realizadas».

¹⁶ La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) se creó mediante el Acuerdo de Consejo de Ministros del 26 de octubre de 2012 y se adscribió al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

¹⁷ Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, dictada al amparo del artículo 149 1.ª, 6.ª, 13.ª y 18.ª de la Constitución española, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las siguientes materias: regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los espa-

Los motivos que, según el mentado informe, han venido reduciendo la comprensión y la seguridad de los textos legislativos son la existencia de legislación duplicada, la «mezcla legal» (inclusión en las disposiciones adicionales normas que nada tienen que ver con la regulación de que trata la ley o decreto), la ausencia de listas exhaustivas de los artículos y leyes derogados por la nueva regulación y la tendencia a utilizar –con más frecuencia de lo que resultaría recomendable y especialmente en el ámbito económico– la figura del decreto-ley, modificando a través de una misma norma una pléyade de las existentes. El informe advierte, como cabría esperar, sobre el incremento de los costes y cargas administrativas que todo ello supone para ciudadanos y empresas.

Desde el punto de vista de la inflación normativa, la aportación más significativa de este informe fue la propuesta de impulsar, en el ámbito de la Administración General del Estado, la elaboración de textos refundidos sobre una serie de materias, para lo cual la CORA solicitó a los departamentos ministeriales una relación de leyes singularmente relevantes para sus áreas de actividad y que hubiesen sido modificadas en numerosas ocasiones, a la que se deberían adjuntar las correspondientes disposiciones complementarias¹⁸.

ñoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, así como sobre la legislación mercantil y procesal, las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y la legislación básica sobre contratos administrativos.

El informe CORA señala que los departamentos ministeriales habrían detectado, por aquel entonces, casi seis mil normas, pertenecientes a veintiocho sectores económicos, que afectarían a la unidad de mercado.

¹⁸ Una vez recibida la documentación, la CORA (2013, pp. 71 *in fine* y 72) propuso, en su informe, la aprobación de una ley ordinaria que habilitase al Gobierno para elaborar textos refundidos de las siguientes normas: Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo; Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte; Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia; Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales; Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo; texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio; texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto; Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas; Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores; Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva; Ley 13/1994, de autonomía del Banco de España; Ley 6/2005, de saneamiento y liquidación de entidades de crédito; Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, entre otras; Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista; texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

5.3. Medidas normativas

El que cabría considerar como primer movimiento de carácter normativo, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo y el acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la guía metodológica de elaboración del análisis de impacto normativo, que incluye el método simplificado de medición de cargas administrativas basado en el modelo de costes estándar. Tal y como señala el preámbulo del decreto, su objetivo consistió en precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En segundo lugar, cabe referir la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por la que se traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta norma recoge una serie obligaciones relacionadas con la mejora regulatoria (por ejemplo, la introducción de los principios de necesidad y proporcionalidad), aunque vinculados exclusivamente a la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma, y quedando fuera de su ámbito de aplicación algunos tan relevantes como los servicios de transportes, sanitarios, comunicaciones electrónicas y audiovisuales (art. 2.2 de la Ley 17/2009). Por otra parte, procedió a la creación del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios (disposición adicional tercera) como instrumento de cooperación multilateral (del que formarían parte la Administración General del Estado, las comunidades y ciudades autónomas y representantes de la Administración local), pero limitado a «facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes Administraciones para la correcta transposición de la directiva».

El tercer paso dado es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que introdujo, en sus artículos 4 y 5, unos principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones públicas y una serie de instrumentos, también en manos de estas, para la mejora de la regulación¹⁹. En cuanto a los principios de buena regulación, enumerados en el artículo 4, destacan el de necesidad (la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general), el de proporcionalidad (la iniciativa normativa deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que

¹⁹ Ambos preceptos fueron derogados, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado), el de coherencia (las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas) y el de simplicidad (toda iniciativa atendería a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo). Por lo que respecta a los instrumentos a disposición las Administraciones públicas para la mejora de la regulación, recogidos en el artículo 5, se encuentran los análisis previos de iniciativas normativas, los procesos de consulta pública en la elaboración de proyectos normativos y los procedimientos de evaluación *a posteriori*²⁰.

En cuarto lugar, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el primer apartado de su disposición adicional segunda –dedicada a la revisión y simplificación normativa–, obligó a la Administración General del Estado a acometer «una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de su ordenamiento jurídico», señalando que, para ello, debería «efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido»²¹.

²⁰ De conformidad con el artículo 5.1 de la Ley 2/2011, las Administraciones públicas «impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar». Por otra parte, el artículo 5.2 de la Ley 2/2011 indica que las Administraciones públicas «prestarán la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de sus proyectos normativos, justificando entre otros los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas, fomentando la participación de los interesados en las iniciativas normativas, con el objetivo de mejorar la calidad de la norma. Para ello pondrán a disposición de los interesados todos los canales de comunicación necesarios, especialmente a través de medios telemáticos, y asimismo aportarán la información adecuada para la mejor comprensión y valoración de los efectos esperados de las iniciativas normativas». Finalmente, el artículo 5.3 de la Ley 2/2011, dispone que las Administraciones públicas «promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación».

²¹ De conformidad con los apartados segundo y tercero de la disposición adicional segunda de la Ley 19/2013, a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes correspondería la elaboración de un plan de calidad y simplificación normativa y se encargaría de coordinar el proceso de revisión y simplificación normativa respecto del resto de departamentos ministeriales. Por su parte, las secretarías generales técnicas de los diferentes departamentos ministeriales llevarían a cabo el proceso de revisión y simplificación en sus ámbitos competenciales de actuación, pudiendo coordinar su actividad con los órganos competentes de las comunidades autónomas que, en ejercicio de las competencias que le son propias y en aplicación del principio de cooperación administrativa, efectuasen un proceso de revisión de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

El último eslabón es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas²², cuya exposición de motivos advierte acerca de la necesidad de avanzar en una «regulación inteligente como un marco jurídico de calidad», para lo cual considera esencial «un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex post*», subrayando que, con ella, «se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica». Dentro de las novedades introducidas por la Ley 39/2015 relacionadas con la inflación normativa destacan: a) la obligación de que en la exposición de motivos o en el preámbulo de las normas –según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento– quede suficientemente justificada su adecuación a los principios de buena regulación (art. 129.1); b) la necesidad de que las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley sean conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo y que la atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales/consejerías del Gobierno o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos tenga carácter excepcional y deba ser justificada en la ley habilitante (art. 129.4); c) la posibilidad de que las leyes habiliten directamente a autoridades independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija; d) el mandato dirigido a las Administraciones públicas para que definan claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos (art. 129.5); e) la obligación de que las Administraciones públicas revisen periódicamente su normativa vigente²³ para adaptarla a los principios de buena regulación y comprobar la medida en que las normas en vigor hayan conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado, y correctamente cuantificado, el coste y las cargas impuestas en ellas (art. 130.1).

²² Si bien el apartado primero de su disposición final primera señala que la Ley 39/2015 «se aprueba al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y competencia en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas», la aplicabilidad de su articulado al conjunto de las Administraciones públicas fue puesta en tela de juicio por la Generalitat de Cataluña, estimándolo inconstitucional y planteando el correspondiente recurso ante Tribunal Constitucional, resuelto por la Sentencia del 55/2018, de 24 de mayo. Esta resolución terminó declarando la inconstitucionalidad parcial de los artículos 129, 130, 132 y 133.

²³ Ex artículo 130.1 *in fine* de la Ley 30/1995: «El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente».

6. Recapitulación y conclusiones

Los inconvenientes y sombras que proyecta la sobreabundancia de normas en nuestro ordenamiento y la necesidad de afrontarlo se han convertido en una letanía tanto de los operadores jurídicos como de los poderes públicos, pero, no sin cierta desazón, se constata que siguen sin adoptarse todas las medidas adecuadas tendentes a la concreción de la magnitud del problema y a la articulación de un sistema con capacidad para actuar eficazmente sobre él.

A diferencia de Francia, en España los esfuerzos se han reducido a volver la mirada hacia la Administración: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, introduce unos principios de buena regulación y una serie de instrumentos para la mejora de la regulación en relación con las «las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas»; la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, hace descansar la tarea de revisión y simplificación normativa exclusivamente en la Administración; las medidas adoptadas por la Ley 39/2015 se incardinan en el procedimiento administrativo de las Administraciones públicas y, por supuesto, el informe CORA centra el grueso de sus propuestas en las Administraciones públicas.

A tenor de lo analizado en apartados precedentes, los instrumentos previstos para la lucha contra la inflación normativa en España serían el análisis previo de las iniciativas, el proceso de consulta pública y la evaluación *a posteriori*, acerca de los cuales a las Administraciones públicas corresponde, respectivamente, la obligación de impulsar, prestar la máxima atención y promover. Por otra parte, las propuestas del informe CORA orientadas hacia la reducción normativa se ciñen al número de normas vigentes (concentrándose en la mera refundición de textos) y no entran en alternativas de tipo institucional y organizativo.

El hecho de que todas las medidas giren en torno a la Administración –excepción hecha, aunque con matices, del artículo 4.9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible²⁴ resulta manifiestamente inicuo por dos razones: la primera, porque la Administración activa tiene por misión principal la atención ordinaria de lo asuntos públicos, ardua y compleja tarea que ha de abordar en el límite de utilización de sus recursos humanos y

²⁴ Efectivamente, en un contexto centrado en la Administración pública, llama la atención cómo en el artículo 4.9 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, destinado a las iniciativas normativas de las Administraciones públicas, contiene un apartado 9 en el que se indica que «en todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general», refiriéndose aquí a todos los poderes públicos, no solo a las Administraciones, si bien no se contiene un mandato, sino que simplemente, como se puede comprobar, refiere que «procurarán».

materiales, por lo que añadir tareas de la envergadura de la que nos ocupa es poco menos que un brindis al sol²⁵; la segunda, porque ello supone, subrepticamente, señalar a un único responsable de los problemas de la cantidad y calidad de las normas. En el fondo, todas las medidas normativas parecen haber centrado sus mandatos en la Administración más bien como de cláusula de estilo, como «legislación simbólica», admitiendo, como derivada, su corto recorrido y un cumplimiento más formal que de fondo.

Por otra parte, en España, el tratamiento de la inflación normativa semeja haber sido equiparado a la simplificación normativa y, si bien resulta pacífico que esta labor (que, en palabras de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, sería la «consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo») comprende el análisis y las medidas para combatir la inflación normativa, parece también notorio que estas últimas tienen la suficiente entidad como para gozar de sustantividad propia y, por tanto, reclaman un marco organizativo y un procedimiento *ad hoc*.

Llegados a este punto y a la vista de la experiencia francesa sobre la materia, cabría efectuar una serie de propuestas acerca de cómo actuar de cara al futuro.

En primer lugar, desde el punto de vista institucional, esto es, desde la perspectiva de los sujetos que deberían estar implicados en el tratamiento de la inflación normativa, se ha podido comprobar como en Francia se ha estimado que el problema tiene la magnitud y complejidad suficientes para que hayan entrado, de consuno y sin estrechez de miras, el Legislativo, el Ejecutivo y el Conseil d'État, e incluso para que el Senado haya propuesto una reforma constitucional con la finalidad de incluir una expresa referencia a la posibilidad de que las cámaras recaben la colaboración de este último. Las actuaciones conjuntas relacionadas con la actividad normativa, especialmente entre el Ejecutivo y el Conseil d'État, son práctica habitual en este país y, por ejemplo, la actual *Guide de légistique*²⁶ es fruto del esfuerzo compartido del Conseil d'Etat y el Secrétariat Général du Gouvernement.

De igual modo, debería procurarse en España una implicación activa tanto del Legislativo como el Ejecutivo. Por una parte, las cámaras, en el ejercicio de su función legislativa, conocen el estado de la legislación vigente, tanto en su volumen como en posibles deficiencias, teniendo que realizar estudios previos –plasmados en los oportunos dossiers– acerca de la

²⁵ En este sentido, señala Parejo Alfonso (2021) que «es usual que el legislador no considere en absoluto o, al menos, de modo suficiente, las condiciones en que deben hacerse efectivas sus previsiones, pero, sobre todo, porque, en particular y en lo que aquí más interesa, suele prescindir de la adecuación y capacidad de la Administración, que –por su organización y medios personales, materiales y económicos– no pueden darse por supuestas, toda vez que la idoneidad de la organización depende de la materia en que deba producirse la tarea aplicativa y las características de esta y la capacidad de aquella organización no es en ningún caso ilimitada» (p. 48).

²⁶ *Vide Guide de légistique* (2017). (3.ª ed.). La Documentation française.

situación concreta de la regulación de un sector como paso previo a abordar a una eventual modificación. Por otra, la Administración, para el ejercicio de su potestad reglamentaria, ha de seguir a análogos pasos, amén de la evaluación *ex post* de su producción normativa. La necesidad de una intensa coordinación entre ambos es esencial, pues, por ejemplo, aunque el Ejecutivo considerase excesivo el número de reglamentos vigentes, la inveterada tendencia del legislador a remitir al reglamento multitud de regulaciones que no considera procedente efectuar en sede legislativa hará que aquel se vea compelido a incrementar el número de reglamentos existentes, pero no por propia voluntad, sino por imperativo legal. Así pues, sin un consenso entre ambos resulta imposible afrontar una operación de superación de la inflación normativa. Similar conjunción de voluntades ha de darse entre los diferentes eslabones que componen la organización territorial española para actuar coordinadamente y con una sistemática homogénea.

En la estela de Francia, sería importante no desperdiciar la experiencia de los órganos consultivos (Consejo de Estado y órganos consultivos de las comunidades autónomas), no solo por la circunstancia de que deben intervenir en algunos procedimientos de elaboración de normas, sino porque en el ejercicio de sus funciones deben velar por la observancia de todo el ordenamiento jurídico, y sus dictámenes se fundamentan, principalmente, en derecho (sin que puedan extenderse a valoraciones de oportunidad o conveniencia, salvo que así le sea expresamente solicitado por la autoridad consultante); por añadidura, estos órganos ejercen sus funciones con autonomía y al margen de la contienda política²⁷. La inveterada tendencia a la creación de nuevos órganos para atender necesidades emergentes ha de ser sustituida por la mucho más eficaz y eficiente adaptación y actualización de las funciones de unas instituciones ya existentes y con acreditada capacidad para asumir nuevos retos. Ciertamente que, como ocurre en el caso de la Administración, la asunción de tal responsabilidad debería ser precedida de una racionalización de las funciones que actualmente desempeñan (singularmente las relacionadas con los procedimientos de exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones públicas) y de la provisión de medios adecuados, pues en otro caso les resultará simplemente inviable.

La intervención de las entidades que conforman la Administración corporativa (colegios profesionales, cámaras de comercio, etc.) supondría, igualmente, un insumo de especial transcendencia práctica, como privilegiadas concededoras de los inconvenientes que plantea la normativa vigente a los profesionales del correspondiente sector en su cotidiano quehacer y procediendo a actuar a modo de canalizadoras de las demandas de sus miembros.

La Universidad también debería asumir un papel relevante y que no solo habría de reclamarse respecto a las facultades de Derecho, sino otras con especial vinculación con la materia, tales como las de Sociología, Ciencias Políticas, Matemáticas o Economía. Los re-

²⁷ Al respecto, *vide* Rubio Llorente (2006). *Vide*, asimismo, Salgueiro Cortiñas (2006).

cursos que con tal motivo se destinen a la Universidad redundarán en una consolidación de los grupos de investigación lo que, a su vez, garantizará la generación tanto de *know how* como de cualificados especialistas en la materia.

En cuanto a la participación de la ciudadanía en general, bastaría con detenerse en algunos ejemplos de países de nuestro entorno más próximo para calibrar su relevancia. Tal es el caso del del Reino Unido, donde existe un marco general de revisión del *stock* de normativa vigente denominado *Red Tape Challenge*²⁸, iniciativa gubernamental consistente en la habilitación de un sitio web en el que se solicita la ayuda de los ciudadanos para la detección de regulaciones innecesarias y que ha tenido unos nada desdeñables resultados²⁹.

En segundo lugar, está la necesidad de resolver sobre cuál es el número óptimo de normas de las que debe estar dotado el ordenamiento jurídico. Aún con el recurso a ciencias como las matemáticas, la economía o la sociología, resulta quimérico determinar científicamente el número adecuado de normas que requiere una comunidad política. Por otra parte, hay que reconocer que la decisión a adoptar requiere no solo de una capacitación técnica, sino también de una legitimación que excede del ámbito de lo meramente científico, dado que dentro de una misma colectividad existen distintas perspectivas de la necesidad de una mayor o menor intervención pública en la esfera ciudadana, por lo que la determinación de ese óptimo queda afectada, indefectiblemente, por un matiz político. Descartado que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito económico, quepa cifrar con precisión científica la inflación normativa que aqueja a nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que lo más adecuado es proceder por vía oblicua y afrontar la detección de su eventual sobredimensionamiento desde la búsqueda organizada y persistente de lo innecesario, carente de efectividad o redundante –de ahí la importancia de una plena implicación de los órganos consultivos y de la Administración activa y corporativa–, admitiendo que su ulterior eliminación supone la más positiva contribución a la lucha contra la hipertrofia regulatoria.

En tercer y último lugar, la elección de la metodología a seguir para determinar el volumen normativo al que se hallan cometidos los operadores jurídicos es una de las decisiones más importantes y complejas que han de afrontar los actores principales (Legislador, Ejecutivo y órganos consultivos). Los trabajos del Conseil d'Etat defienden que lo más aconsejable sería trabajar sobre la base de varios indicadores, mostrándose como los más precisos el número de textos (diferenciando entre de los distintos tipos de iniciativas y de normas), el número de artículos y el número de palabras o signos, sin que sea descartable, sino aconsejable, extenderse a otros; no obstante, las series temporales habrán de limitarse a aquellos periodos que garanticen la homogeneidad de los indicadores (caso, por ejemplo, del

²⁸ Análogas iniciativas han seguido, entre otros países, Suecia, Países Bajos, Bélgica y Estados Unidos.

²⁹ Con base en esta iniciativa se habrían desechado o mejorado 3.095 regulaciones. *Vide*, al respecto, OECD (2016).

formato dado a los diarios oficiales, cuando se utilice como indicador su número de páginas). Ahora bien, en la tarea, si se procura completa, no solo convendría considerar datos meramente objetivos, sino también acoger algunos de carácter subjetivo (*ad exemplum*, la valoración de la complejidad de las normas por sus destinatarios); por ello, el cuadro de indicadores debería distinguir entre indicadores duros, basados en datos que no admiten apreciación subjetiva (número de reglamentos vigentes o de artículos de una disposición) e indicadores blandos, que reflejarían apreciaciones en una gradación sin posibilidad de concreción numérica (excesivo-escaso o suficiente-insuficiente). En otro orden cosas, procedería superar la tendencia a quedarse en el mero, aunque imprescindible, aporte de estadística (en que, por cierto, lo más significativo no van a ser los datos puntuales, sino la tendencia, extremo mucho más interesante para la adopción de medidas políticas y técnicas sobre la producción normativa) y preocuparse más por su comprensión por parte del ciudadano; así, la información ha de ofrecerse de forma que permita entender en qué medida el problema afecta y compromete a los valores de la sociedad, pues, en caso contrario, los datos no serán más que información insustancial.

Dicho lo anterior, como advirtió el Conseil d'Etat en su estudio *Mesurer l'inflation normative*, la utilidad del esfuerzo que se haya realizado pasará por no considerarlo un punto final, sino tan solo un punto y seguido, dotándolo de la imprescindible continuidad en el tiempo.

En definitiva, el momento histórico que vivimos, en el que las situaciones excepcionales (sanitarias, medioambientales, económicas, políticas, etc.) devienen lo común, puede antojarse poco propicio para preconizar una radical reducción de las normas, pero sí lo es para preocuparse y ocuparse de que el dimensionamiento del ordenamiento no desborde lo necesario, que probablemente será mucho.

La optimización de nuestro ordenamiento jurídico, por difícil que resulte, es una ineludible y constante responsabilidad que a todos afecta y compromete, pues, como apuntó Ihering (2018), «el Derecho es el trabajo sin descanso, y no solamente el trabajo de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo» (p. 50).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Suárez, M. (2017). La mejora de la regulación en España como política pública: análisis y evolución. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 17, 26-39.
- Austin, J. L. (1975). *How to do things with words*. (2.ª ed.). Harvard University Press.
- Carbonnier, J. (1979). L'inflation des lois. En *Essai sur les lois*. Defrénois.
- CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas). (2013). *Reforma de las Administraciones Públicas*. Gobierno de España.
- Conseil d'État. (2006). *Rapport D'activité 2005*. La Documentation française.
- Conseil d'État. (2016). *Simplification et qualité du Droit*, Étude annuelle.
- Conseil d'État. (2018). *Mesurer l'inflation normative*, étude adoptée par l'Assemblée Générale le 3 mai.
- Conseil d'État. (2020). *Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques*, Etude annuelle.
- Costa, J. (2000). *El problema de la ignorancia del Derecho*. Civitas.
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas*. Civitas.
- Gérard, P. (2021). Apprendre à réduire l'inflation normative. *La Semaine Juridique*, n.º extra 3.
- Groupe de Travail du Sénat sur la Révision Constitutionnelle. (2018). *40 propositions pour une révision de la Constitution utile à la France*.
- Ihering, R. (2018). *La lucha por el Derecho*. Dykinson.
- Louvaris, A. (2014). Régulation économique et inflation normative. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'étranger*, 130(2).
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la Ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Matutano, E. (2007). L'inflation normative en question. *La Revue Administrative*, 360.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, vol. IV. (4.ª ed.). Boletín Oficial del Estado.
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Trotta.
- OECD. (2016). Pilot database on stakeholder engagement practices in regulatory policy. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/measuring-regulatory-performance.htm>
- Parejo Alfonso, L. (2021). Aplicación administrativa de la ley: ¿legalidad y/o practicabilidad? *Revista de las Cortes Generales*, 111.
- Peces-Barba Martínez, G. (1986-1987). Los operadores jurídicos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72.
- Rodríguez García A. y Sánchez Pavón, B. (2019). La evaluación normativa ex post, el procedimiento de elaboración de reglamentos y los órganos consultivos. *Revista Española de la Función Consultiva*, 32.
- Rubio Llorente, F. (2006). El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas. *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, 27-40.
- Salgueiro Cortiñas, M. J. (2006). La función consultiva como garantía de la calidad de las normas. *Revista Española de la Función Consultiva*, 6, 154-155.

- Santamaría Pastor, J. A. (1999). El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-1999). *Revista de Administración Pública*, 150.
- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo. Un estudio sobre los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Thomson-Civitas.
- Savatier, R. (1977). *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*. Dalloz.
- Secrétariat Général du Gouvernement. (2011). *Lois et règlements en vigueur. Approche statistique*.
- Secrétariat Général du Gouvernement. (2017). *Guide méthodologique pour calculer l'impact financier de la réglementation nouvelle*.
- Vanneuille, R. (2012). Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre? *Mots. Les langages du politique*. <https://doi.org/10.4000/mots.20985>

Bernardo Sánchez Pavón es doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña, ingresó por oposición en el Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (actualmente en servicio activo) y es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo, habiendo prestado también servicios como letrado de la Junta General del Principado de Asturias (Parlamento de Asturias). Fue colaborador, entre los años 2008 y 2011, del área de infraestructura y transporte de la Comisión Económica para América Latina-Naciones Unidas, en materia de redes de infraestructura de transporte. Es autor de 6 monografías sobre cuestiones relacionadas con el derecho administrativo y 16 artículos doctrinales publicados en diversas revistas científicas, habiendo participado en 15 obras colectivas incardinadas en el ámbito del derecho y la economía. Entre las diversas instituciones académicas y profesionales de las que forma parte se hallan el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, la European Regional Science Association, la Asociación Española de Ciencia Regional y la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. <https://orcid.org/0000-0002-0137-7710>

Publicación de la sentencia en los casos de intromisión en la intimidad y a la propia imagen

Comentario a la STS de 27 de abril de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Sucintamente vamos a exponer la base fáctica y jurídica del asunto tratado en esta sentencia, para después proceder a comentar y reforzar los argumentos de la jurisprudencia.

La demanda se dirige contra Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, por intromisión en el honor de una persona, y el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid la estima parcialmente, «declarando que no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y sí se ha ocasionado una intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar y propia imagen». Luego, por sentencia n.º 176/2021 de fecha 29 de abril de 2021 el fallo contiene una indemnización en concepto de daños morales por la cantidad de 6.500 euros, aparte de la difusión de la sentencia y prohibir la difusión futura del programa en cuestión. Más las costas procesales. Como es lógico, se apela la sentencia, la cual mantiene la de primera instancia en lo esencial; es decir, en la vulneración de los derechos fundamentales descrita, pero corrigiendo el fallo en lo siguiente: «Salvo en el particular relativo a la condena a difundir el encabezamiento y fallo de la sentencia pronunciada en la instancia, pronunciamiento que se deja sin efecto».

Ahora sobreviene el recurso de casación, que se funda en la infracción de lo dispuesto en los artículos 18 y 20.4.º de la Constitución, en relación con los artículos 24 y 120 de la misma, y en los artículos 2.2, 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen (LOPDH). Y como segundo motivo, por infracción del artículo 9.2 de la LOPDH, y de la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 28 de febrero de 2023).

En el programa que da lugar a la demanda el actor, el perjudicado, como abogado, economista e inspector de Hacienda en excedencia, que desarrollaba su actividad profesional, había soportado que desde el año 2016 se iniciara

una investigación judicial frente a él y otras treinta y siete personas por presuntas irregularidades en labores de asesoramiento fiscal a sus clientes particulares, encargándose de la instrucción el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional; y que dicho procedimiento había entrado en la fase de preparación del juicio oral tras dictarse un auto, el 12 de junio de 2019, acordando dar traslado de las diligencias al fiscal y a las acusaciones personadas para formular acusación o pedir el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias.

Se dice por el actor, y reproducimos literalmente:

Como fundamento de su pretensión, alegó, en esencia, que el documental emitido no cumplía el requisito de veracidad, dado que no se respetaba su derecho a la presunción de inocencia, pues se le presentaba como culpable sin que hubiera sido juzgado; que se había vulnerado su derecho al olvido al dar a conocer como ciertos unos antecedentes penales por un delito de apropiación indebida que ya estaban cancelados y se remontaban a hechos de hacía más de diecisiete años; que se utilizaban expresiones y hacían afirmaciones que suponían un atentado a su honorabilidad (al identificarle como «el asesor de las estrellas»; imputarle la creación de estructuras opacas para ayudar a sus clientes a defraudar a Hacienda; hacerle responsable de desfalcos; y recoger opiniones de ex clientes que decían que había pedido a la directora general de inspección del Ministerio de Hacienda que inspeccionara a quien le había denunciado, que creaba fundaciones para desgravar dinero, que no pagaba impuestos y que había diseñado una trama de empresas fantasmas para esconder los ingresos de su despacho); y, en fin, que también se habían vulnerado sus derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen al revelarse datos íntimos y personales de su infancia y familia innecesarios para la información difundida, insertando unas fotografías de su primera comunión, cuando tenía siete años, acompañado de sus padres y hermanos ya fallecidos, que habían sido obtenidas sin su consentimiento.

Tanto el juzgado como la audiencia niegan la vulneración del derecho al honor, porque prevalece el derecho a la información. A este respecto, conviene indicar que el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones se ha referido a la jerarquía de los valores constitucionales, y, en caso de conflicto, ubica en el vértice de la pirámide a la libertad de expresión o de información. Sin embargo, esto no quiere decir que el honor de una persona privada o pública no deba ser respetado, o que triunfe en su contienda con los otros indicados. Pero para que así sea, se debe acudir a los criterios de modulación o de análisis. Por ejemplo: el interés social, el interés objetivo de la noticia, el derecho de una sociedad a conocer y a saber acerca de los asuntos destacados. Además de la ponderación de estos criterios, también hay que evaluar el contexto en el que se dicen esas cosas zaherientes.

Por el contrario, el honor se ve amparado cuando la crítica es extravagante y se convierte en el insulto innecesario, desconectado con la información. Se analizan asimismo otros elementos, tales como el *animus retorquendi* (yo te ofendo porque tú me has ofendido previamente, y entre ambos existe un pasado de enfrentamiento...). Importante es también saber que la información requiere de veracidad, mientras que la libertad de expresión no, tan solo una base fáctica sobre la que se apoya. Y esa verdad no hay que considerarla como una realidad incontrovertida de un hecho, sino como la veracidad derivada de una investigación periodística seria. A otros datos podríamos referirnos con el fin de ilustrar el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo. Uno de ellos, y lo indicamos como último, es el de la reproducción de una noticia tal y como la emiten otros medios antes; lo llamado reportaje neutral. Criterio del que se predica que el nuevo emisor no añade nada diferente a los anteriores. En fin, la introducción de estos elementos pretende ubicar convenientemente el análisis que hace la sentencia que comentamos para resolver la casación; porque el recurrente está pidiendo la condena de Atresmedia también por vulneración del honor, además de la intimidad y la imagen así declaradas por la audiencia y el juzgado de origen. Y como indica la STS, Sec. 1.ª, de 11 de marzo de 2020, n.º 170/2020, rec. núm. 1768/2018 (NCJ064810): «Desde la perspectiva del deber de veracidad, la información referente al recurrente [...] fue divulgada luego de que los demandados agotaran su deber de diligencia mediante el adecuado contraste de lo que comunicaban a la opinión pública».

Expuesto los precedentes argumentos, al final la audiencia considera que, vulnerándose la intimidad y la imagen, no ocurre lo mismo con el honor porque

por todo lo expuesto, se ha de concluir que la información difundida se acomoda a las pautas requeridas por la jurisprudencia. Nos encontramos ante un reportaje de investigación centrado en el denominado caso Nummaria, del que ya se habían hecho eco diversos medios de comunicación, cuyo interés público surge, de una parte, de la causa penal instruida por la Audiencia Nacional por diversos delitos,

y también por la notoriedad de las personas y porque no se detecta intención de difamar.

Pero el estudio de los recursos hace que la sentencia sea significativa. Uno de ellos tiene por fundamento la infracción de lo dispuesto en los artículos 18 y 20.4.º de la Constitución, en relación con los artículos 24 y 120 de la misma, y artículos 2.2, 7, 8 y 9 de la LOPDH. El segundo, la infracción del artículo 9.2 de la LOPDH y de la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta. O sea, el primero se centra en el derecho al honor y al olvido, asunto interesante y en todo caso concomitante con el derecho fundamental violado. El segundo impugna que no se haya admitido la difusión total o parcial de la resolución cuando el derecho fundamental es el de la imagen, junto con el de la intimidad personal y familiar. Aquí entra en conflicto la aceptación de esa difusión cuando se trata del honor y la negativa a ella cuando se trata de los otros dos derechos referidos, también fundamentales, y se alude al artículo 9.2 de la LOPDH. Tras la interpretación de la redacción anterior y la actual –se nos dice– se llega a la siguiente conclusión:

La diferencia en el caso de la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen estriba en que la ley no da por sentada la necesidad de la medida (ni, por lo tanto, su idoneidad, que la necesidad presupone), como en el caso de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, en el que sí lo hace. Por lo tanto, para que pueda acordarse la publicación de la sentencia, el perjudicado que la solicita deberá justificar que resulta necesaria para el restablecimiento en el pleno disfrute de sus derechos o para prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. «De esto se deduce que es el interesado quien debe probar la necesidad de la publicación de la sentencia por el condenado, siempre que lo justifique, y para prevenir otras intromisiones inminentes y futuras. Cuando las dos sentencias anteriores, la del Juzgado y la de la Audiencia, niegan esa publicación, utilizan como argumento: «la publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración del derecho al honor. Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental. Tampoco procede dicha publicación cuando se trata de una intromisión del derecho a la propia imagen», con cita de dos STS en las que amparar esta posición, la STS núm. 684/2020, de 15 de diciembre (NCJ065357) y la núm. 617/2018, de 7 de noviembre. Sin embargo, en esta, la que comentamos, el Alto Tribunal hace una interesante precisión: «La redacción actual no excluye dicha posibilidad. Tampoco cabe afirmar apodícticamente y sin atender a las circunstancias concretas de cada caso la falta de idoneidad en tales supuestos de la publicación de la sentencia para conseguir las finalidades reparadoras o preventivas a las que se refiere la norma. Y descartarla, porque la publicación únicamente se menciona en el caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor, no resulta ineludible, puesto que, como hemos visto, existe otra explicación, ni es lo más ajustado al sentido constitucional de un precepto cuyo fin «frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley», y no solo frente a la intromisión ilegítima en el derecho al honor, es la plenitud de la tutela, prestando al derecho vulnerado el amparo más amplio y completo posible, pudiendo constituir la publicación de la sentencia una medida necesaria para ello, incluso en los atentados contra la intimidad y la propia imagen». Por consiguiente, no acepta la exclusión apodíctica de esa facultad de difusión en la intimidad o la imagen, porque la nueva redacción del art. 92. de la ley LO 5/2010 aluda al honor expresamente en esta cuestión, no significa que no haya amparo en los otros derechos». La desestimación del recurso en este asunto, o motivo, está, en definitiva, en la falta de justificación de la necesidad de reparación presente, de inminente peligro o para el futuro del derecho invocado, y no en la proscripción de una ley que, como hemos visto, no impide hacer extensivo a los otros dos derechos fundamentales: el derecho a la publicación.

Hacemos una breve reseña al tema de la difusión de la sentencia que invoca el fiscal ante el TS para concluir que no hay uniformidad. Nos parece interesante su reflexión: Lo anterior evidencia que la cuestión no ha tenido una respuesta jurisprudencial uniforme. «En el presente caso, estima que, dado que el recurrente solicita esta medida para evitar intromisiones futuras y con un fin reparativo, pese a la escasa duración de la intromisión (solo 4 minutos de los 56 minutos que dura el

programa se refieren a hechos relativos a su ámbito privado) esta medida no resulta desproporcionada y cumple los fines previstos en el art. 9.2 LO 1/1982». El fiscal es partidario de la difusión en todos los casos, pero en la intimidad y la imagen debe justificarse la necesidad. Por tanto, el Supremo en esta sentencia solo está coincidiendo con el criterio del fiscal.

Nos queda por analizar el derecho al olvido invocado en el recurso de casación, pues esta sentencia no profundiza en exceso:

Contextualizamos las razones del recurrente, y decimos:

«En su desarrollo se alega, replicando a lo que la Audiencia argumenta sobre el derecho al olvido, por un lado, que «lo que se omite en la sentencia que se impugna, dicho sea en defensa, es la manifestación que se acompaña a esta información, en cuanto se manifiesta que pidió a la Directora General de Inspección del Ministerio de Hacienda que le hiciera una inspección a la persona que le denunció, lo que constituye por su falsedad, sin duda, una flagrante intromisión en el derecho al honor de mi mandante»; y por otro lado, «que también como intromisión en el Derecho al Honor de mi representado deben considerarse las manifestaciones referidas a una sentencia condenatoria, dictada en el año 2002, es decir, que han transcurrido diecisiete años desde entonces [...]. Los antecedentes penales, una vez cancelados, no pueden ventilarse como vigentes y como reflejo de una personalidad delictiva cuando ya se ha producido la rehabilitación [...]. Se ha vulnerado la doctrina del derecho al olvido al haber dado a conocer unos antecedentes penales que ya estaban cancelados y ser por tanto jurídicamente inexistentes».

Si el derecho al olvido, como dice la STS, Sec 1.^a, de 2 de marzo de 2021, núm. 115/2021, rec. núm. 6029/2019, no es más que una manifestación del «derecho a la Calidad de los datos» telemática y globalmente publicitados que precisamente se plasma como derecho fundamental individual a la supresión de internet de informaciones ya no inexactas sino falsas», incluso difamatorias, no resulta extraño el siguiente argumento del fiscal, compartido por el Supremo, en esta causa: «toda referencia a una sentencia antigua y cancelada por un delito cometido en el ámbito profesional no supone necesariamente una intromisión en el honor de una persona, cuando además está en conexión con el personaje, la historia y sirve para contextualizar la noticia con el personaje. La veracidad de la noticia interesante absorbe esa vulneración invocada porque no es desproporcionada ni impertinente». Claro. Lo difamatorio queda velado por la información veraz. No se ofende sino que se da a conocer una información interesante de un personaje, como se ha indicado, de manera proporcional y pertinente. Es evidente que el derecho al olvido trata de eliminar cualquier dato o información lesivos para el sujeto, pero siempre que tengan esa consideración y que se haya declarado y juzgado la vulneración del honor. En caso contrario, descartada la vulneración que se demanda, poca sustancia tiene el derecho al olvido solicitado. Ahora bien, desde la perspectiva de la intimidad o de la imagen, por las que sí ha sido condenada Atresmedia, y puestos estos derechos en relación con el del olvido, la STS Sec. 1.^a, de 12 de diciembre de 2011, núm. 928/2011, rec. núm. 848/2010, ampara al recurrente que trata por tanto de

garantizar el derecho a que los aspectos de la vida personal se respeten a ultranza, independientemente de que sean verdaderos, independientemente de que no constituyan secreto o datos de carácter íntimo, es el llamado «derecho al olvido» de la jurisprudencia francesa, y que la española ha optado por llamar «derecho a vivir en paz», «en tranquilidad». Pero conviene precisar que la intimidad y la imagen encuentran el cauce adecuado en el Procedimiento Ordinario, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, mientras que el derecho al olvido es una consecuencia accesoria que se ubica en la normativa de la protección de datos, en las acciones con base en la normativa de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999), a cuyo ámbito pertenece el derecho al olvido. El apartado a) 2 del art. 9 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que «la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida». De este precepto se deduce que los derechos fundamentales al honor, intimidad e imagen pueden conllevar como accesoria el ejercicio del derecho al olvido, a fin de retirar noticias de archivo digitales. A tal efecto ilustra la AP de Madrid, Sec. 20.^a, en su sentencia de 30 de diciembre de 2016, núm. 542/2016, rec. núm. 456/2016: Ha de desestimarse, finalmente, el motivo en el que se denuncia la improcedencia de la supresión de la noticia de los archivos de *El País* y de su retirada de los buscadores, ya que la tutela judicial no se agota en las previsiones expresamente enumeradas en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto que en el mismo se permite adoptar, sin carácter de *numerus clausus*, cualquier otra medida tendente a poner fin a la intromisión ilegítima, entre la que se comprende la decretada en relación con la desaparición de la noticia de los archivos digitales.

Con esta medida se imposibilitará el acceso al texto de la crónica, dando lugar a la completa satisfacción del demandante mediante el denominado «derecho al olvido», que según la Agencia Española de Protección de Datos «hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa». La retirada en los buscadores generales de la noticia cuando ha infringido el derecho a la intimidad, con el consiguiente cese de su difusión, es una consecuencia accesoria a la condena y responde a la petición deducida por el demandante, correspondiendo a los demandados garantizar la eliminación de tales enlaces en la red empleando para ello cuantos medios sean necesarios a tal fin.

¿Qué requisitos debe cumplir el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta anormal o desproporcionada?

Jaime Pintos Santiago (autor de contacto)

*Socio-director. Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo. UDIMA (España)*
jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

María Dolores Fernández Uceda

*Abogada sénior. Jaime Pintos Abogados & Consultores (España)
Especialista en contratos públicos*

Recurrió el acuerdo de adjudicación la empresa cuya oferta resultó segunda mejor clasificada por considerar que la empresa adjudicataria, cuya oferta incurrió inicialmente en presunción de anormalidad, pese a haber atendido en plazo el requerimiento de justificación previsto en el artículo 149.4 de la LCSP, en realidad no había justificado su oferta, de manera que procedía su exclusión por no haber desvirtuado la presunción de anormalidad de su oferta.

Además de la insuficiente motivación, consideraba también la recurrente que el informe técnico era arbitrario, puesto que la adjudicataria no había desglosado ni justificado la viabilidad de su oferta, por lo que, ante la ausencia de justificación, no cabía discrecionalidad técnica alguna por parte del técnico evaluador, cuyo actuar adoleció del mínimo rigor exigible cuando se están gestionando servicios públicos, máxime cuando los beneficiarios y destinatarios finales del contrato eran usuarios de centros escolares, en su mayor medi-

da menores de edad y, por tanto, objeto de especial protección por el conjunto del ordenamiento jurídico.

En definitiva, la aceptación de la oferta carecía del más mínimo rigor y una clara total ausencia de motivación a juicio de la recurrente.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de la Comunidad de Madrid, al entrar en el fondo del asunto, con cita de su propia doctrina, apela a la discrecionalidad técnica en la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad, y considera imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, puedan razonar o fundar su decisión de estimar si la oferta puede ser o no cumplida.

Sin embargo, el tribunal no se pronuncia sobre la alegación de la recurrente relativa precisamente a esa ausencia de desglose de la justificación ofrecida por la adjudicataria y se limita a considerar suficiente la justificación de la oferta presentada y a reiterar doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales referida a entender que el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados, «motivación reforzada»; mientras que, por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva.

A nuestro juicio, para ello debe haber una previa justificación de la oferta que destruya esa presunción de anormalidad, de manera que la valoración de la justificación de la misma no se convierta en un acto de fe.

Por ello analizamos, en consecuencia, un aspecto relevante en lo que a las ofertas incursas en presunción de anormalidad se refiere, cual es ¿qué requisitos debe cumplir el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta?

En este sentido, el propio TACP de Madrid no ha tenido la misma consideración en otros recursos precedentes, en los que no ha tenido tantos reparos de enjuiciar el contenido del informe pese a la discrecionalidad técnica que pudiera ampararlo.

Así, en la Resolución 464/2019, de 6 de noviembre, el mismo tribunal señalaba respecto a dicho informe que

se basa en unos argumentos tan genéricos que sería susceptibles de ser empleados para la justificación de cualquier baja temeraria en un contrato de estas

características, con independencia de los precios de licitación acordados por el órgano de contratación.

Entendía el tribunal que el objetivo de la justificación de la oferta es que pueda comprobarse que la misma es viable, y señalaba respecto a la justificación que

se trata de realizar los cálculos de los componentes del precio que llevan a determinar la oferta y justificar los diferentes ahorros en su composición que permitan al órgano de contratación llegar al convencimiento de la viabilidad de la oferta de cara a garantizar una correcta ejecución del contrato.

En el supuesto objeto de dicha resolución, el licitador incurso en anormalidad tampoco había aportado justificación numérica de su oferta, por lo que el Tribunal consideraba que la valoración de la justificación resultaba sumamente complicada

cuando a lo largo del informe justificativo no se aprecia el más mínimo cálculo numérico que justifique el ahorro, basándolo exclusivamente en argumentos genéricos, convirtiendo de ese modo su aceptación en una cuestión de fe, incompatible con el mínimo rigor exigible cuando se están gestionando servicios públicos.

Y se manifestaba con rotundidad sobre el informe de valoración y su motivación, señalando lo siguiente:

El informe del órgano de contratación se limita a aceptar en un informe sucinto los argumentos genéricos del licitador, basándose en aspectos más relacionados con la solvencia de la empresa que con el concreto contrato que gestiona.

No es admisible justificar un informe tan liviano de argumentos en que la temeridad es solo de 1,53 %, pues si bien es cierto que la exigencia de la justificación debe estar relacionada con ese parámetro, no lo es menos que nos encontramos en una baja incurso en temeridad, que en todo caso debe quedar plenamente justificada.

Así pues, cabe preguntarse por qué asuntos similares son resueltos de manera reiterada por nuestra doctrina administrativa a nivel de los tribunales de recursos contractuales de forma contraria, incluso en el seno de un mismo tribunal, sobre todo cuando no existe una motivación que así justifique el cambio de criterio.

Podrán ser muchos los factores, entendiendo que sin lugar a dudas uno de ellos es la creciente falta de especialización y profesionalización de los ponentes de dichas resoluciones.

Contrato de mediación. Responsabilidad de la agencia inmobiliaria

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid (España)

<https://orcid.org/0000-0003-4740-6836>

Enunciado

Ana quiere vender su piso y entra en contacto con la agencia inmobiliaria Pérez para encomendar a la misma dicha venta; Ana había comprado este piso tres años antes e hizo obras y reformas en el mismo, realizando para ello una declaración responsable en su día, que el ayuntamiento de la localidad ha declarado inválida por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de diciembre de 2020.

La agencia inmobiliaria Pérez, prescindiendo de la actual configuración de la vivienda de Ana, que tampoco ha informado a la agencia sobre las obras que hizo y sobre la declaración municipal, intermedió para la venta, resultando ser pepe quien finalmente la ha comprado.

Pepe, como actual propietario, ha acudido al ayuntamiento para obtener la licencia de segunda ocupación, no habiendo logrado su objetivo, pues la misma le ha sido denegada por parte del ayuntamiento de dicha localidad, con causa en el acuerdo municipal de declaración de invalidez de la declaración responsable.

El comprador se plantea iniciar una acción para exigir responsabilidades a la agencia inmobiliaria Pérez, ya que esta no actuó con la debida diligencia, al no cerciorarse de la coincidencia de la configuración inicial de la vivienda con la existente a la fecha de la declaración responsable, sin que conste que la agencia hubiese requerido a la vendedora para que realizase una declaración sobre si en la vivienda se habían hecho o no obras no legalizadas.

¿Es exigible esta responsabilidad a la agencia inmobiliaria Pérez?

Cuestiones planteadas:

1. Naturaleza del contrato que vincula a la agencia inmobiliaria con el vendedor y el comprador del piso.
2. Alcance del deber de información de la agencia sobre el objeto vendido y responsabilidad por el defecto de información al comprador.
3. Jurisprudencia en la materia.

Solución

No presenta ninguna duda que la relación jurídica que une al propietario vendedor y al agente inmobiliario se articula según la jurisprudencia a través del contrato de mediación. El Tribunal Supremo ha delimitado la actividad del mediador, considerándola originada por un contrato en virtud del cual una persona (oferente) encarga a otra (corredor o mediador) que le informe acerca de la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o que le sirva de intermediario, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización, a cambio de una retribución llamada premio, prima o comisión, que suele ser un porcentaje (SSTS de 1 de marzo de 1988, 6 de octubre de 1990, 8 de abril de 1991 y 10 de marzo de 1992).

La finalidad del contrato de mediación es, por tanto, la de poner en relación entre sí, directa o indirectamente, a las partes que han de celebrar un futuro contrato, cualquiera que este sea. El mediador no está ligado a ninguna de ellas por vínculos de dependencia, subordinación o representación ni participa personalmente en el contrato, ni como representante de una de las partes ni como simple mandatario o comisionista suyo, de modo que queda siempre fuera del contrato derivado de su actividad.

Se trata de un contrato que, a pesar de sus analogías, se diferencia del mandato y del arrendamiento de servicios y, sobre todo, que no debe identificarse con la comisión mercantil, aunque tenga con ella ciertas afinidades; si bien el mediador se obliga a realizar un encargo recibido de otra persona, su actividad, a diferencia de la del comisionista, no es propiamente jurídica sino material (aproximación de los futuros contratantes).

La mediación inmobiliaria no es más que una modalidad del contrato de mediación y que responde a la misma finalidad contractual. Así, en el llamado contrato de agencia inmobiliaria, ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia, predomina la función de gestión mediadora, y por ello se reviste de naturaleza de pacto de encargo, al interesar del agente en su condición de intermediario para que, por sus relaciones en el mercado inmobiliario, oferte a la venta determinado bien inmueble, aportando los datos del mismo y su precio inicial, que solo suele ser indicativo, de otro, que el agente, salvo apoderamiento o represen-

tación expresa, en principio, no interviene directamente en la conclusión o perfección de la compraventa final y solo coadyuva eficazmente a la misma, por lo que su función es predominantemente gestora, al hacer posible contratar a otros y cesando una vez que pone en relación a las partes, que son las que en principio han de celebrar el futuro convenio final.

Ahora bien, la mediación inmobiliaria, a diferencia de la mediación en general, tiene una característica que ha de tenerse en cuenta, y que no es otra que, en muchas ocasiones, el agente inmobiliario va más allá de la simple intermediación y se involucra en el resultado de la misma mediante la formalización de contratos preparatorios o compraventas con percepción de arras, anticipo de su retribución o comisión, normalmente autorizado por el vendedor, por lo que la mediación no aparece como un contrato puro sino mixto, en el que el contenido es más completo y complejo en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes (*vid.* SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 20 de junio de 2005).

Por otra parte, el agente no es parte en el contrato de compraventa, por lo que ninguna responsabilidad tiene respecto de las vicisitudes del contrato, y no solo respecto del cobro de sus honorarios, sino de posibles acciones que las partes quieran ejercitar como consecuencia de aquel, sea de incumplimiento o saneamiento, incluso por gravámenes ocultos (STS de 10 de octubre de 2001).

Sin embargo, como dice la STS de 2 de octubre de 1999, no puede haber duda de que el corredor, para cumplir los encargos encomendados, debe mantener informado al cliente en todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencia del negocio, obligación esta propia de los contratos de comisión y de mandato y perfectamente asumible dentro del contenido del contrato de corretaje. Y a partir de aquí, la sentencia transcrita cita otras resoluciones de tribunales provinciales, en las que se ha exigido responsabilidad contractual a los agentes de la propiedad inmobiliaria por los daños y perjuicios sufridos por los compradores como consecuencia de la falta de información relevante suministrada por tales agentes.

Así, se cita la SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 18 de enero de 2006 (núm. 12/2006), que, en un supuesto similar al de nuestro caso, «admite la demanda del comprador contra el vendedor y el agente de la propiedad inmobiliaria, a quien condena solidariamente, por no haberle informado que en la vivienda vendida se habían hecho reformas sin autorización administrativa que impedían su habitabilidad». En esta resolución de la Audiencia de Barcelona se indica que «el agente viene obligado a conocer por sí mismo el estado del inmueble, así como sus cargas, y a informar de todo ello a las partes contratantes». Igualmente, «la SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 23 abril 2003, condena solidariamente al vendedor y al agente inmobiliario por la venta de un solar que no era edificable, teniendo obligación profesional el agente de conocer tal circunstancia y ponerla en conocimiento del comprador.

La SAP de Cádiz, Sección 1.^a, de 24 diciembre 2002, la SAP de Vizcaya, Sección 5.^a, de 21 noviembre 2002 y la SAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 23 de diciembre de 2002,

concluyen la responsabilidad del agente inmobiliario por venta de una vivienda protegida ante la obligación del agente de acopiar información y transmitirla a los interesados en la venta, que según las atribuciones profesionales, el demandado, con una diligencia media, debió haberlo advertido y hacerlo saber a la persona interesada en comprar el inmueble.

Por su parte, la SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 12 de julio de 2002 establece la responsabilidad del agente por venta de inmueble con aluminosis, y la SAP de Baleares, Sección 5.ª, de 8 de mayo de 2001, aprecia incumplimiento de su deber de información, al no informar al comprador de la existencia de infracciones urbanísticas, por lo que este desiste del contrato y aquel no cobra la comisión. Es decir, supuestos en que el contrato queda sin efecto por causa legal atribuible en su responsabilidad al mediador por incumplimiento de su deber de información. En todo caso la jurisprudencia exige una clara prueba de la infracción del deber de información.

Finalmente, la SAP de Álava, Sección 2.ª, de 15 de junio de 2006, decía que

la relación jurídica que une al comprador con la agencia inmobiliaria debe calificarse como un contrato de corretaje. En virtud de dicho contrato el mediador se compromete a actuar fielmente frente a su cliente y a facilitarle todo tipo de información sobre las características y utilidad de la vivienda objeto de venta, tiene la obligación de «informarse para después informar» sobre las características físicas del inmueble y también sobre las características jurídicas la agencia inmobiliaria se compromete a prestar un servicio concreto, por lo que resultan de aplicación no solo las normas del C. Civil, sino también lo que dispone la legislación protectora de los derechos de los consumidores.

La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios, consagra como derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación o divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute. Es un derecho básico de todo consumidor el de ser informado de forma correcta acerca del producto que adquiere y de sus características, condiciones, utilidad o finalidad, de tal modo que la puesta a disposición de esos productos deberá incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales. Esas formulaciones generales tienen su concreción, por lo que a la venta de viviendas se refiere en el Decreto 515/1989, de 21 de abril.

Y de toda esta referencia jurisprudencial, concluye la sentencia de esta sala:

Conforme a la doctrina que hemos expuesto, la conclusión que se alcanza es que, aunque el mediador inmobiliario no responde del buen fin del contrato de compraventa en que media, por cuando no es parte, sí tiene unos deberes de información y diligencia en relación con las partes cuyo incumplimiento genera responsabilidad.

Y es que en el supuesto analizado existe responsabilidad contractual de la agencia inmobiliaria por los daños y perjuicios sufridos por los compradores como consecuencia de la invalidez de la declaración responsable de la licencia de segunda o posterior ocupación relativa a la vivienda comprada, lo cual imposibilitaba su habitabilidad en tanto no se subsanen las deficiencias apreciadas, de modo que el certificado técnico indique expresamente «que la vivienda se ajusta a las condiciones que supusieron el otorgamiento de la primera o anterior licencia de ocupación a la que se solicita o, en su caso, justifique las diferencias existentes y la legalidad de las mismas», y ello «al haberse cerrado con muro la puerta de acceso de vehículos, suprimiéndose la plaza de aparcamiento obligatorio en interior de parcela» y, en consecuencia, «la imposibilidad de que el promotor pueda ejecutar las actuaciones urbanísticas objeto de la misma».

Dicha responsabilidad resulta, como se ha expuesto, del deber de información que le incumbe respecto de los compradores sobre las características físicas y jurídicas del inmueble transmitido, de modo que una vez perfeccionado el contrato de compraventa pueda habitar la vivienda sin obstáculo legal alguno o infracción administrativa que lo impida.

A su vez, este deber de información implica una previa obligación de informarse sobre tales características del inmueble transmitido, y no puede ampararse en el desconocimiento de la situación física de la vivienda en el momento de adquisición por la primera propietaria y de las obras que esta llevó a cabo en la misma durante el periodo que mantuvo su derecho de propiedad, puesto que podría haber obtenido dicho conocimiento solicitando de dicha propietaria-vendedora «el proyecto o planos originales» y facilitándoselos «al técnico al que encargó la declaración responsable, documentación que estaba en posesión o a disposición de la vendedora, a quien también podrían haber preguntado si se habían hecho obras no legalizadas».

En atención a los argumentos expuestos, debemos concluir afirmativamente sobre la existencia de responsabilidad contractual de la agencia inmobiliaria Pérez, por no haber desplegado la sociedad inmobiliaria la diligencia que le era exigible, dada su condición profesional, para comprobar si la vivienda en cuya transmisión tuvo intervención como mediadora era apta para su habitabilidad por los compradores, y ofrecer a estos la información correspondiente.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SAP de Álava de 15 de junio de 2006.
- SSAP de Alicante de 19 de junio de 2018 y 16 de noviembre de 2020.
- SAP de Barcelona de 12 de julio de 2012.
- SAP de Sevilla de 20 de junio de 2005.

Adquisición de la nacionalidad por sefardíes originarios de España

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

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

Enunciado

María Rodríguez Acosta, de nacionalidad colombiana y que en la actualidad reside en Madrid, pretende solicitar que se le conceda la nacionalidad por ser descendiente de sefardíes originarios que fueron expulsados de España en el año 1492, de conformidad con la Ley 12/2015, y de acuerdo con esta ley presenta documentación. La documentación que acompaña consiste en certificación expedida por la comunidad judía de Albuquerque, Nuevo México (EE. UU.), por su presidente, que no se corresponde con la del lugar donde reside habitualmente, que se encuentra en Bogotá, Colombia.

También aporta documentos de carácter genealógico respecto de sus apellidos, como de origen judío. Aporta diversa documentación de diferente tipo, tales como certificados de sus padres fallecidos o una certificación expedida por la conferencia española de entidades judías, en la que se hace constar que acude a dicha sede. Con esta documentación obtuvo un acta de notoriedad de un notario de Madrid, que consideró probado que era judía descendiente de judíos expulsados de España, de acuerdo con la documentación que se aportó y con los documentos requeridos por el propio notario, sobre su situación en España y su conducta (realizados por la policía y más). La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública desestimó la solicitud, contra la que presentó recurso de alzada; transcurridos los plazos legalmente establecidos, se entiende que el silencio es negativo, por lo que tiene intención de presentar una demanda para que se le conceda lo pedido a través de los tribunales españoles.

Cuestiones planteadas:

1. La adquisición de la nacionalidad por el origen sefardí.
2. Regulación legal: competencia y requisitos.
3. El acta de notoriedad y sus efectos.
4. La posición de la DGSJYFP.
5. Conclusión.

Solución

1. La adquisición de la nacionalidad por el origen sefardí.

La Ley 12/2015, de 24 de junio, que regula la adquisición de la nacionalidad española de los sefardíes originarios de España, ha determinado que personas que se consideran que como descendientes de sefardíes expulsados en el año 1492 puedan, a través del procedimiento que se establece en esa normativa, adquirir la nacionalidad española acreditando la condición de sefardí.

En la realidad práctica se ha producido un número elevado de solicitudes, habiéndose adquirido por muchos solicitantes, no así por otros que han tenido que acudir a la vía judicial para obtener la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, por su condición de sefardí.

En este ámbito se encuentra el caso práctico que se propone.

En el presente caso nos encontramos con una solicitud de la nacionalidad española por ser descendiente de sefardíes originarios de España y expulsados en 1492, aportando una serie de documentos que serían los que se exigen por la ley mencionada, con la realización de la correspondiente acta de notoriedad notarial, que considere acreditada la condición de sefardí por ser descendiente de judíos expulsados de España en 1492, y que es denegada por la DGSJYFP.

La solución al caso exige contemplar la regulación existente con los requisitos que se exigen, así como determinar las consecuencias de la estimación del acta de notoriedad, si determina la concesión sin más de la nacionalidad o puede ser denegada por la DGSJYFP, y en este caso, de ser posible, qué opciones tiene el demandante de la nacionalidad española.

2. Regulación legal: competencia y requisitos.

El artículo 21.1 dispone que «la nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante real decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales».

La Ley 12/2015, de 24 de junio, determina en el artículo 1 que:

1. A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 21 del Código Civil, en cuanto a las circunstancias excepcionales que se exigen para adquirir la nacionalidad española por carta de naturaleza, se entiende que tales circunstancias concurren en los sefardíes originarios de España que prueben dicha condición y una especial vinculación con España, aun cuando no tengan residencia legal en nuestro país.

2. La condición de sefardí originario de España se acreditará por los siguientes medios probatorios, valorados en su conjunto:

a) Certificado expedido por el presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España.

b) Certificado expedido por el presidente o cargo análogo de la comunidad judía de la zona de residencia o ciudad natal del interesado.

c) Certificado de la autoridad rabínica competente, reconocida legalmente en el país de la residencia habitual del solicitante.

El interesado podrá acompañar un certificado expedido por el Presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España que avale la condición de autoridad de quien lo expide. Alternativamente, para acreditar la idoneidad de los documentos mencionados en las letras b) y c) el solicitante deberá aportar:

1.º Copia de los Estatutos originales de la entidad religiosa extranjera.

2.º Certificado de la entidad extranjera que contenga los nombres de quienes hayan sido designados representantes legales.

3.º Certificado o documento que acredite que la entidad extranjera está legalmente reconocida en su país de origen.

4.º Certificado emitido por el representante legal de la entidad que acredite que el Rabino firmante ostenta, efectiva y actualmente, tal condición conforme a los requisitos establecidos en sus normas estatutarias.

Además, los documentos a que hacen referencia los párrafos anteriores, excepción hecha del certificado expedido por el presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España, se encontrarán, en su caso, debidamente autorizados, traducidos al castellano por traductor jurado y en los mismos deberá figurar la Apostilla de La Haya o el sello de la legalización correspondiente.

d) Acreditación del uso como idioma familiar del ladino o «haketía», o por otros indicios que demuestren la tradición de pertenencia a tal comunidad.

e) Partida de nacimiento o la «ketubah» o certificado matrimonial en el que conste su celebración según las tradiciones de Castilla.

f) Informe motivado, emitido por entidad de competencia suficiente, que acredite la pertenencia de los apellidos del solicitante al linaje sefardí de origen español.

g) Cualquier otra circunstancia que demuestre fehacientemente su condición de sefardí originario de España.

3. La especial vinculación con España se acreditará por los siguientes medios probatorios, valorados en su conjunto:

a) Certificados de estudios de historia y cultura españolas expedidos por instituciones oficiales o privadas con reconocimiento oficial.

b) Acreditación del conocimiento del idioma ladino o «haketía».

c) Inclusión del peticionario o de su ascendencia directa en las listas de familias sefardíes protegidas por España, a que, en relación con Egipto y Grecia, hace referencia el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1948, o de aquellos otros que obtuvieron su naturalización por la vía especial del Real Decreto de 20 de diciembre de 1924.

d) Parentesco de consanguinidad del solicitante con una persona de las mencionadas en la letra c) anterior.

e) Realización de actividades benéficas, culturales o económicas a favor de personas o instituciones españolas o en territorio español, así como aquellas que se desarrollen en apoyo de instituciones orientadas al estudio, conservación y difusión de la cultura sefardí.

f) Cualquier otra circunstancia que demuestre fehacientemente su especial vinculación con España.

4. En todo caso, se deberá aportar un certificado de nacimiento debidamente legalizado o apostillado y, en su caso, traducido.

5. Asimismo, la acreditación de la especial vinculación con España exigirá la superación de dos pruebas:

La primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2, o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior.

En la segunda prueba se evaluará el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas.

Por otro lado, la Instrucción de 29 de septiembre de 2015 de la DGRN estableció que si el aval de la Federación de Comunidades Judías de España se limitase a la condición de autoridad del presidente o cargo análogo de la comunidad judía o de la autoridad rabínica competente, deberían acompañarse además los distintos documentos probatorios enumerados por la ley o cualesquiera otros que el solicitante hubiera presentado ante el certificado de origen y que hubieran servido de justificación para certificar su condición de sefardí de origen español.

En el caso de que la Federación de Comunidades Judías de España, además de avalar la condición de autoridad del presidente o cargo análogo de la comunidad judía o de la autoridad rabínica competente de la zona de residencia o ciudad natal del interesado, hubiera analizado y aseverado la certeza y validez de los distintos elementos probatorios enumerados por la ley, o cualesquiera otros que pueda acompañar el interesado para acreditar su condición de sefardí, no sería necesario adjuntar ningún otro documento, ya que su aval en este caso tiene el mismo efecto que el certificado expedido por la propia federación.

La instrucción señala que, en este caso, junto con los certificados que acrediten la condición de sefardí del interesado, expedidos por el presidente o cargo análogo de la comunidad judía o por la autoridad rabínica competente de la zona de residencia o ciudad natal del solicitante, deberán acompañarse los distintos documentos probatorios enumerados por la ley o cualesquiera otros que este haya acompañado para acreditar su condición de sefardí originario de España y con base en los cuales se hayan emitido.

Por otro lado, la DGRN (ahora DGSJYFP) en la circular de 6 de febrero de 2019, señala que los notarios deben exigir la presentación de todos y cada uno de los documentos mencionados debidamente autorizados y apostillados o legalizados y, en su caso, traducidos al español por traductor jurado, que necesariamente deberán ser incorporados al acta notarial acreditativa del origen sefardí. Asimismo, advierte que la ausencia de los citados documentos o presentación sin el cumplimiento de los requisitos anteriores imposibilitará la aprobación del acta

3. El acta de notoriedad y sus efectos.

El artículo 2 de la mencionada ley establece el procedimiento referido a la actuación notarial para la confección y en su caso estimación de la solicitud mediante actas de notoriedad en la que el notario debe acreditar el cumplimiento de los requisitos y valorar las pruebas documentales pertinentes, y visto lo aportado y la declaración del requirente, hará constar si cumple o no a su juicio los requisitos legales, y una vez autorizada la remitirá a la dirección general, y recibida solicitará informes al Ministerio del Interior y de la Presidencia, y resolverá motivadamente declarando, en su caso, la estimación de la solicitud.

De esta regulación se desprende que la decisión final corresponde a la DGSJYFP. No queda vinculado la dirección general con el acta de notoriedad y con la estimación que rea-

liza el notario, sino que decide lo que proceda en función de lo concurrencia o no de los requisitos exigidos. No puede quedar vinculada con el criterio notarial como si fuera un mero requisito de convalidación meramente formal, sino que ante la falta de concurrencia de los requisitos puede oponerse a la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza, por la no condición de sefardí del solicitante.

Ante la denegación de la concesión de la nacionalidad interesada o ante la aplicación del silencio administrativo, si transcurrido el plazo legal de 12 meses no se pronuncia la DGS-JYFP (disp. adic. primera), se entenderá desestimada por silencio administrativo.

En este caso solo le queda al solicitante presentar demanda de solicitud de la nacionalidad española por carta de naturaleza por su condición de sefardí ante los tribunales ordinarios, y de conformidad con lo prevenido en el artículo 781 bis de la LEC, que dispone:

1. La oposición a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil, a excepción de las dictadas en materia de nacionalidad por residencia, podrá formularse en el plazo de dos meses desde su notificación, sin que sea necesaria la formulación de reclamación administrativa previa.
2. Quien pretenda oponerse a las resoluciones presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.
3. El letrado de la Administración de Justicia reclamará a la Dirección General de los Registros y del Notariado un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días.
4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el letrado de la Administración de Justicia emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753.

Con anterioridad, los procedimientos relativos a la nacionalidad eran conocidos por la jurisdicción contenciosa. Ahora, con la nueva regulación, con la excepción que se señala en el precepto, la oposición a las resoluciones de la DGRN (ahora DGSJYFP), serán conocidos por la jurisdicción civil. No existe jurisprudencia al respecto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, solo la doctrina fijada por resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mencionado tribunal o las sentencias de algún Tribunal Superior de Justicia.

Es decir, se abre la posibilidad de que a través del juicio verbal presente demanda para adquirir la nacionalidad española por su condición de sefardí, para lo que deberá de ser solicitado por el letrado de la Administración de Justicia el expediente administrativo, y recibido le emplazará para que en el plazo de 20 días presente la demanda.

Este procedimiento será dirigido contra la DGSJYFP, que contestará a la demanda a través del abogado del Estado.

También será parte el Ministerio Fiscal, por tratarse de un procedimiento referido al estado civil, que será emplazado para contestar a la demanda y emitirá los informes que procedan en orden a la estimación o no de la demanda.

El fiscal es parte, aunque no se diga expresamente en la ley mencionada, porque la nacionalidad es un estado civil y es cuestión de orden público, en la que su intervención resulta preceptiva. Así se desprende de la legislación del Registro Civil, en cuya regulación concreta su intervención; la nacionalidad es objeto de inscripción en el Registro Civil (art. 4 LRC) y las intervenciones en el ámbito del Registro Civil son preceptivas. Además, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece, en el artículo 3, que

para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:

6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

4. La posición de la DGSJYFP.

En el presente caso debe tenerse en cuenta que la posición de la dirección general deberá estar basada exclusivamente en los documentos y pruebas realizadas en el procedimiento concreto, sin que la existencia de otras concesiones anteriores en supuestos semejantes deban condicionar su posición, y para ello debe tener en cuenta que debe seguir sus circulares, como la de 6 de febrero de 2019, en la que señala que los notarios deben exigir la presentación de todos y cada uno de los documentos mencionados debidamente autorizados y apostillados o legalizados y, en su caso, traducidos al español por traductor jurado, que necesariamente deberán ser incorporados al acta notarial acreditativa del origen sefardí. Asimismo, advierte que la ausencia de los citados documentos o presentación sin el cumplimiento de los requisitos anteriores imposibilitará la aprobación del acta.

Así se recoge tanto en la instrucción como en la circular de la DGRN, por lo que no cabe que una autoridad rabínica emita un certificado para un solicitante que no tenga su residencia habitual o su país de origen en el ámbito territorial en el que aquella tenga su sede o domicilio social.

El interesado, también podrá acompañar un certificado expedido por el presidente de la Comisión Permanente de la Federación de Comunidades Judías de España que avale la condición de autoridad de quien lo expide.

Respecto del resto de documentos mencionados, la circular mencionaba que debe extremarse la diligencia en orden a la admisión de su valor probatorio, significando que deben tener virtualidad de «acreditación fehaciente», como se indica expresamente en la norma. A su vez, el solicitante deberá acreditar una especial vinculación con España. Esta vinculación con nuestro país debe ser preexistente, a la solicitud de nacionalidad, y no meramente formal, con el único fin de cumplir con el requisito.

Los documentos que el demandante ha que aportar tienen como finalidad asegurar, en primer lugar, su condición de sefardí originario de España, con la aportación de las certificaciones que se mencionan, y que deben corresponderse con el de la residencia o de la ciudad de nacimiento del interesado. También la documentación que acredite su condición de sefardí originario y la que acredite el parentesco del solicitante con las personas que menciona, así como cualquier otra que acredite la especial vinculación con España. Toda la documentación será valorada en su conjunto.

Por otro lado, la Ley 12/2015 no concede una eficacia automática al acta de notoriedad remitida por el notario autorizante, sino que, como anteriormente se mencionó, en el artículo 2.4 establece que una vez realizada el acta de notoriedad, el notario a la DGRN, y previos los preceptivos informes de los ministerios de Interior y de la Presidencia, resolverá de manera motivada declarando, en su caso, la estimación de la solicitud. Por tanto, la eficacia del acta de notoriedad en relación con la solicitud realizada no produce de manera automática la concesión de la nacionalidad española a los ciudadanos que, como sefardíes, la hayan solicitado.

De no ser así quedaría a criterio del notario la concesión de la nacionalidad solicitada, aunque no se reúnan los requisitos procedentes cuando no se aporte la documentación correspondiente que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos.

La Circular dictada por la DGSFP el 29 de octubre de 2020 obtuvo el aval de los tribunales (STSJ de Madrid), por no vulnerar los principios de legalidad y de jerarquía normativa, ya que tiene la facultad de dictar normas de desarrollo y además tiene la obligación legal de asegurarse por sí misma de la legalidad del procedimiento.

5. Conclusión.

En conclusión, la demandante presenta un certificado expedido por el rabino de la Federación Judía de Nuevo México (EE. UU.), que no ejerce su autoridad en la ciudad de residencia habitual, ni tampoco en la ciudad natal. Además, esa entidad no está avalada por la Federación de Comunidades Judías de España. Tampoco se acredita que la entidad esté reconocida en su país de origen. Los certificados remitidos por una entidad no competente por falta de conexión territorial no pueden ser considerados como cualquier otra circunstancia, que acredite fehacientemente su condición de sefardí originario de España, como se recoge en el artículo 1.2 g) del artículo 12 de la Ley 12/2015 mencionada.

Tampoco es suficiente con establecer que el apellido de la demandante fue adoptado por sefardíes expulsados, o que tenga origen sefardí, siendo habitual que personas con dichos apellidos no tengan origen sefardí.

No se acredita con la documentación aportada la especial vinculación con España, siendo los certificados aportados, además de prueba efectuada para realizar el acta de notoriedad, carentes de fuerza probatoria para demostrar dicha vinculación, al margen de lo que puedan acreditar desde el punto de vista económico

Así pues, no puede indicarse que los medios de prueba presentados por los demandantes acrediten la condición de sefardí originario de España, ni que por tanto la DGSJFP tenga que acceder al acta de notoriedad que realizó el notario.

Finalmente, en diferentes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), así, entre otras, la sentencia de 26 de mayo de 2021 (rec. núm. 60/2021), dice que «con instrucción expresa o sin ella, los notarios deben observar estrictamente las disposiciones legales, que es a lo que se les insta»; y que «el dictado de unas hipotéticas resoluciones denegatorias corresponde, en definitiva, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tendrán que fundarse, exclusivamente, en la Ley aplicable». Y que

no se observa con el recurrente que la Circular afirme que los notarios no deben aceptar la acreditación de la condición de sefardí de comunidades judías distintas de la zona de residencia o ciudad natal del interesado, pues la circular se remite a lo que dice la ley. En la resolución aportada últimamente por el recurrente al amparo del artículo 271.2 de la LEC, cuya admisión como medio de prueba procede, la resolución de la DG de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 10 de marzo de 2021, que deniega la solicitud de concesión de la nacionalidad española por su condición de sefardí originario/a de España al amparo de la Ley 12/2015, de 24 de junio, a D.^a Inés, no se contempla la Circular impugnada en autos para justificar su decisión y, en cuanto al requisito de la acreditación de la condición de sefardí originaria de España, y en cuanto a la aceptación de certificado de cualquier rabino siempre que su autoridad se reconozca legalmente en el país de residencia habitual del solicitante, se refiere a ello como interpretación de la ley en el sentido más amplio y favorable de la ley y que con anterioridad ha argumentado que no cabe, todo ello para señalar que la solicitante ni siquiera ha aportado este medio de prueba.

Por tanto, dada la vista del caso propuesto de acuerdo con la documentación mencionada, considera que no se han cumplido los requisitos establecidos legalmente para la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza como sefardí originario de España, y la demanda presentada sería desestimatoria.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 21.
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre (Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), arts. 3. 6 y 7.
- Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC), art. 781 bis.
- Ley 20/2011, de 21 de julio (LRC), art. 4.
- Ley 12/2015, de 24 de junio (concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España), arts. 1 y 2.
- SSTSJ de Madrid de 29 de octubre de 2020 y 26 de mayo de 2021.

La Administración local y contratos menores. Subvenciones públicas

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

<https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

El ayuntamiento de XXX, de 3.100 habitantes, en concreto su alcaldesa, acuerda el día 22 de abril celebrar dos contratos menores, cada uno con un valor estimado de 39.999 euros, para que se realicen unas perforaciones y sondeos en dos lugares distintos de un parque público, dada la pertinaz sequía que viene soportando el país en general y, en particular, el municipio citado. Una de las perforaciones se realizará en la parte este y la otra en la parte oeste. El colegio de arquitectos de la provincia decide recurrir, el día 24 junio, dicho acuerdo mediante el oportuno recurso contencioso-administrativo, toda vez que cree no ajustado a derecho lo que ha acordado la alcaldesa. A la adjudicataria de los dos contratos menores, que fue la misma empresa, Alvarado, SRL, que había realizado contratos similares con el ayuntamiento con anterioridad, cuyo socio y administrador único era un hijo de la alcaldesa, le fue exigida una garantía provisional por cada uno de los contratos menores.

Por otra parte, la corporación recibió, en su día, una subvención de la comunidad autónoma por importe de 20.000 euros para proceder a impartir unos cursos de formación para jardinería y cuidado de parque públicos. En el oportuno convenio llevado a cabo entre las dos Administraciones se pactó que la Administración concedente ostentaría, junto con la Administración beneficiaria, competencias de ejecución sobre la materia objeto del convenio.

Al cabo de los dos años desde la concesión de la subvención, la comunidad autónoma que efectuó la misma constató que el ayuntamiento incurrió en un fraude, al falsear la documentación exigible en el otorgamiento de aquella y, además, al destinar la cantidad recibida a otros usos, entre ellos, fines particulares de la alcaldesa.

En otro orden de cuestiones, la alcaldesa, dada la situación de deterioro económico que se está produciendo en los vecinos de la localidad como consecuencia de la paralización de toda actividad económica y laboral, debido al coronavirus, solicita informe a la secretaría sobre si puede el ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a

las personas físicas empadronadas en el municipio y si se podría articular mediante un sistema de subvenciones.

Cuestiones planteadas:

1. La clasificación, naturaleza y categoría del contrato. Indique las características de los contratos menores.
2. Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión. Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones? Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones si se tramitaran como contratos menores. ¿Podría haberse utilizado, en este caso, el procedimiento con negociación sin publicidad?
3. Analice la viabilidad jurídica de la garantía provisional exigida.
4. Analice los posibles vicios del contrato desde la perspectiva de su elemento subjetivo. ¿La ausencia de prohibición de contratar es requisito de validez del contrato menor?
5. ¿Era posible que se adjudicara a la misma empresa, con independencia de si, en este caso, reunía los requisitos de capacidad, solvencia, etc. si el contrato fuera único, pero dividido en lotes?
6. Determine si el contratista vendría obligado a constituir garantía definitiva en los dos contratos menores.
7. ¿El convenio celebrado entre la comunidad autónoma y el ayuntamiento se someterá a la Ley 38/2003, general de subvenciones?
8. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la entidad local, y en su caso los intervinientes, al resultar implicada en un fraude de subvenciones? Efectos sobre el convenio.
9. ¿Puede un ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio? ¿Se podría articular mediante un sistema de subvenciones?
10. Respecto a la moción presentada:
 - a) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?
 - b) ¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?
 - c) Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.

Solución

1. La clasificación, naturaleza y categoría del contrato. Indique las características de los contratos menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP).

Fundamentos jurídicos

Cada uno de los contratos es un contrato de obras (art. 13 LCSP).

La categoría se recoge en el número 45.12 del anexo I, «perforaciones y sondeos», que incluye las perforaciones, sondeos y muestreos con fines de construcción, geológicos u otros, no SARA (es contrato de obras celebrado por poder adjudicador –en concreto, AP– pero no supera el umbral de 5.350.000 euros) y administrativo (el municipio es AP por ser entidad local).

Es el artículo 118 de la LCSP el que se refiere a este tipo de contratos, del que destacamos:

- Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras.
- En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación, justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto, con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.
- Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan.
- En el contrato menor de obras deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.
- La Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, da por sentado que resulta obligatoria la exigencia de tres presupuestos, cualquiera que sea la cuantía del contrato, para la adjudicación directa mediante el contrato menor.

La Ley 9/2017 establece un nuevo sistema de gobernanza con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa en materia de contratación pública, y en este sistema ocupa un

lugar fundamental la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon), órgano colegiado creado con la finalidad de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional.

Por parte de la doctrina administrativista se ha defendido que esa es una función reguladora y que, en consecuencia, tales instrucciones son de obligado cumplimiento por parte de todas las entidades del sector público, sea estatal, autonómico o local, pero, excepcionalmente, hay autores que no lo creen así en el ámbito autonómico y local.

2. Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión. Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones? Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones si se tramitaran como contratos menores. ¿Podría haberse utilizado, en este caso, el procedimiento con negociación sin publicidad?

Legislación aplicable: Constitución, Ley 7/1985 (LRBRL), Ley 29/1998 (LJCA), Ley 39/2015 y Ley 9/2017 (LCSP).

A) ¿Indiqué de forma razonada cómo deberá resolverse el recurso planteado por el colegio de arquitectos de la provincia, si con su no admisión o admisión, estimación, en su caso, o desestimación?

Fundamentos jurídicos

Como el acto de la alcaldesa pone fin a la vía administrativa, conforme al artículo 52 de la Ley 7/1985, el recurso procedente sería, o bien el potestativo de reposición, en un mes desde la publicación (art. 124 Ley 39/2015), y desestimado este recurso, contencioso-administrativo, en dos meses desde la notificación (art. 46.1 LJCA), ante el juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente, o bien, directamente, el recurso contencioso-administrativo, que es el que ha interpuesto el colegio de arquitectos.

Respecto a la admisión o no del recurso, dos son las cuestiones que se deben examinar:

- a) En primer lugar, la legitimación del colegio de arquitectos de la provincia para recurrir. En este sentido, es reiterada la doctrina jurisprudencial que entiende que el derecho a recurrir forma parte del artículo 24 de la CE en cuanto derecho a la tutela judicial efectiva, y esa doctrina se inclina por una interpretación amplia respecto a la legiti-

mación para recurrir, en el sentido de que basta el mero interés como fundamento de la legitimación. No cabe duda de que, tratándose de contratos de obras, existe la posibilidad de que el colegio de arquitectos, con independencia de su legislación específica, deba intervenir en las licencias oportunas mediante el correspondiente proyecto técnico o instrumento similar, dependiendo de las circunstancias concretas de las obras. Por tanto, la de afirmarse la legitimación para recurrir.

- b) En segundo lugar, nos planteamos si el recurso está presentado en plazo o no, toda vez que el acuerdo de la alcaldesa fue de 22 abril y el recurso se plantea el día 24 junio, es decir, transcurridos los dos meses que existían para recurrir según el artículo 46 de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero debemos tener en cuenta que el plazo que ha de tenerse en cuenta no es el momento en que la alcaldesa adopta el acuerdo de celebrar el contrato, sino que como aquí no existía obligación de notificación alguna, el momento a tener en cuenta es el de la publicidad del citado acuerdo. En este sentido, el artículo 196 del ROF obliga a la publicación de los acuerdos resolutorios, al menos en el tablón de edictos del ayuntamiento o en el BOP o el BOCAM, en su caso. Por tanto, dependería del momento de esa publicación que marcaba el inicio del cómputo del plazo de los dos meses para recurrir.
- c) En cuanto a su estimación o no, parece que debe ser estimado con base en que se trata de actos nulos de pleno derecho, a tenor de lo establecido en el artículo 47 e) de la Ley 39/2015, LPAC, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por las razones que en la siguiente cuestión indicamos.

Conclusión

El colegio de arquitectos estaba legitimado para recurrir el acuerdo, y respecto a su extemporaneidad o no, habría que examinar el día en que se publicó el acuerdo, porque el plazo de dos meses establecido en el artículo 46 de la LJCA empieza a computarse para él, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 39/2015, a partir del día siguiente, en este caso, a la publicación del acuerdo, extremo que no consta en el relato de hechos.

De estar en plazo, el recurso deberá ser estimado.

- B) Si el recurso fuese estimado, ¿cómo debería actuar la alcaldesa para hacer las perforaciones?

Fundamentos jurídicos

Respecto al fondo de la cuestión, parece que no es correcto, en este caso, utilizar dos contratos menores, por la sencilla razón de que los mismos serían independientes y la cuantía sería distinta, pudiéndose eludir reglas del procedimiento de adjudicación, ya que

el contrato menor permite la adjudicación directa, evitándose, por tanto, reglas de publicidad y concurrencia.

Lo que se podría haber dispuesto es un único contrato con el fraccionamiento de su objeto, de acuerdo con el artículo 99 de la LCSP, pues, si bien, de acuerdo con el apartado 2 de dicho precepto, el objeto no podrá fraccionarse 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, el apartado 3 de dicho precepto señala que 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 (contratos reservados).

Y, en principio, no parece que en este caso concurran algunas de las prohibiciones de dicho precepto para la división en lotes. Todo lo contrario, porque se trata de obras de sondeos, uno en la linde este y el otro en la oeste, o sea, en dos lugares separados.

En este caso, los dos contratos son menores y los dos sondeos cumplen las características, pues su realización es independiente (al este y al oeste del parque) y su utilidad también (podemos suponer que cada uno de los sondeos trata de buscar agua para posteriormente abastecer con ella a cada uno de los lados del parque).

Conclusión

La alcaldesa debería haber realizado un único contrato con fraccionamiento de su objeto –las obras– en dos partes.

C) Indique cuál es la exigencia de publicidad requerida por la ley para la contratación de las perforaciones en el caso de que se tramitaran como menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos jurídicos

Tenemos que indicar que nada se dice en el artículo 118 de la LCSP sobre una hipotética publicidad, ni sobre una concurrencia limitada a practicar tres invitaciones a empresas.

En cuanto a las dudas que provoca la Instrucción 1/2019 respecto a su obligatoriedad se entiende que:

A tenor del artículo 332.7 d) *in fine*, de la LCSP, «las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado». Además, dicha Instrucción 1/2019

nada nuevo aporta en materia del contrato menor, salvo en la exigencia de tres invitaciones a empresas, con independencia de su cuantía. Si bien, parece que tal obligación ni viene impuesta por el artículo 118 de la LCSP, ni por el artículo 131.

Respecto a la publicidad de estos dos contratos menores es muy importante resaltar lo que dice el artículo 99.6 de la LCSP, que señala que cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101 (valor estimado del contrato), salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2 (se refieren a los contratos sujetos a SARA, que no es nuestro caso).

De manera que la publicidad que hay que respetar en este caso es como si el valor estimado fuera de 79.998 euros.

Podemos distinguir:

- a) El anuncio de información previa, previsto en el artículo 134.1 de la LCSP, con el fin de dar a conocer aquellos contratos de obras, suministros o servicios que, estando sujetos a regulación armonizada, tengan proyectado adjudicar en el plazo a que se refiere el apartado 5 del presente artículo, no es aplicable a este caso.
- b) El artículo 63 de la LCSP alude al perfil del contratante señalando lo siguiente:
 1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca.
- c) En este caso la suma de los lotes es de 79.998 euros, valor muy alejado del umbral de los contratos de obras SARA, luego no se aplicarían las normas SARA para cada lote, pero se aplicarían las no SARA. Por tanto, afirmamos que la tramitación de los contratos como si fuesen menores es errónea: es correcta la división del contrato en dos lotes y la consiguiente tramitación de dos contratos; pero ambos deberán regirse en cuanto a su publicidad y adjudicación como si fuesen un único contrato de 79.998 euros. Dado que la entidad contratante es una AP y las normas de aplicación son las de contratos no SARA, la publicidad de la licitación consistiría en la publicación en el BOE o en el BOJA o el BOP, dado que la entidad contratante es local. Además, habrá que publicar la licitación en el perfil del contratante (art. 126 LCSP).

También es importante destacar lo dispuesto en el número 7 del artículo 99 de la LCSP, en el sentido de que, en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

Conclusión

Será exigida la publicidad propia de los contratos no menores ni sujetos a SARA, descrita con anterioridad.

D) ¿Podría haberse utilizado un procedimiento con negociación sin publicidad.

Fundamentos jurídicos

Según el artículo 168, se puede utilizar esta procedimiento:

e) En los contratos de obras y de servicios, además, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos.

En el relato de hechos, tan solo se afirma que la empresa adjudicataria había realizado con anterioridad contratos similares, pero ignoramos si se cumple el resto de los requisitos señalados en el artículo 168 e) de la LCSP.

Conclusión

Solo será posible la utilización del procedimiento con negociación sin publicidad si se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 168 e) de la LCSP.

3. Analice la viabilidad jurídica de la garantía provisional exigida.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

No es ajustada a derecho por varias razones:

- El artículo 106.1 de la LCSP, que se refiere a la exigencia y régimen de la garantía provisional, señala que en el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente. Por tanto, la regla general es la no exigencia. En nuestro caso no se justifica.
- Dice el mismo precepto que se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato. Recordamos que aquí no hay oferta alguna, luego no existe el fundamento de esta garantía, porque se adjudica directamente, eso sí, previa consulta a otros tres licitadores.

Conclusión

La exigencia de esta garantía provisional no es ajustada a derecho y es vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, LPAC.

4. Analice los posibles vicios del contrato desde la perspectiva de su elemento subjetivo. ¿La ausencia de prohibición de contratar es requisito de validez del contrato menor?

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

Los elementos subjetivos del contrato son, teniendo en cuenta los artículos 67 y siguientes de la LCSP, la capacidad de contratar (contratante: competencia; contratista: capacidad de obrar), la solvencia y la idoneidad del contratista o el no estar incurso en prohibición de contratar.

No era precisa la clasificación del contratista conforme al artículo 77.1 a) de la LCSP por ser su valor estimado inferior a 500.000 euros.

El ente contratante (municipio de 3.200 habitantes, no es un municipio de gran población [art. 121 LBRL]) ha contratado a través de la alcaldesa, siendo esta competente para contratar, por ser el presidente de la entidad local en cuestión y cumplirse los requisitos para ello exigidos en la disposición adicional segunda de la LCSP (contrato de valor inferior al 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto –en concreto, cada contrato representa

el 0,628 % de tales recursos ordinarios de 17.500.000 euros-, y que no superen, en cualquier caso, los 6 millones de euros). El contratista es una empresa privada, Z, SA, que tiene capacidad de obrar en cuanto que es una persona jurídica, y conforme al artículo 66.1 las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

La solvencia se entiende que existe y está acreditada, pues no se da dato alguno en contrario.

La idoneidad del contratista necesita una mayor explicación. De entre las prohibiciones de contratar, la que podría aplicarse es la del artículo 71.1 g), es decir, no poder el contratista contratar con el sector público por estar incurso «en alguno de los supuestos de [...] la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma».

En este caso, el hijo del alcalde no incurre en incompatibilidad, pues la ley ni siquiera se le aplica. Pero hay que tener en cuenta que el alcalde sí que incurre en incompatibilidad por aplicación de la LOREG, en concreto en su artículo 178 la dispone para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependiente. Y, según el último apartado del artículo 71.1 «la prohibición se extiende a [...] descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores».

Por eso, aunque se trate de un contrato menor, que tiene las especialidades que marca la ley, se le aplica las causas de prohibición de ser contratista, previstas en el artículo 71 de la LCSP.

Conclusión

Esta adjudicación es nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el 39 de la LCSP, al estar incurso en causa de prohibición para ser contratista, procediendo su revisión de oficio por el órgano de contratación (art. 41 LCSP) por el procedimiento del artículo 106 de la LPAC.

5. ¿Era posible que se adjudicara a la misma empresa, con independencia de si en este caso reunía los requisitos de capacidad, solvencia, etc., si el contrato fuera único, pero dividido en lotes?

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos de derecho

El artículo 99.5 de la LCSP señala que

cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador [luego lo permite], aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

- a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.
- d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

Ahora bien, suponemos que en el caso que analizamos en que se trata de dos lotes exclusivamente, y teniendo en cuenta que ha de tenerse como referencia el presupuesto total de las obras y no de cada una de ella, a efectos de publicidad y procedimiento, en principio parecería absurdo, pero no cabe duda de que podrían existir otros contratistas dispuestos a adjudicarse un solo lote o los dos, por tanto, puede darse esta posibilidad que ha ocurrido en nuestro caso, es decir, que en el trámite de consultas las soluciones que ofrece la empresa adjudicataria para las dos obras sea la que más le convence.

Conclusión

Sería posible la adjudicación al mismo licitador si concurren los requisitos expuestos anteriormente.

6. Determine si el contratista vendría obligado a constituir garantía definitiva en los dos contratos menores.

Legislación aplicable: Ley 9/2017 (LCSP).

Fundamentos jurídicos

La garantía definitiva, por regla general, es de obligada constitución. Sin embargo, en razón de las circunstancias (no tipificadas por la ley), el órgano de contratación puede, mo-

tivamente, exonerar al contratista de la obligación de constituir la garantía definitiva, lo cual suele ocurrir en los contratos menores.

Dado que estamos ante dos contratos menores de obras, el contratista estará obligado a constituir garantía definitiva. Según la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 12/2002, no es obligatoria la constitución de garantía definitiva en los contratos menores.

La JCCA entiende que en los contratos menores no resulta requisito exigible la constitución de garantías definitivas [...]. En primer lugar por la propia naturaleza y significado de los contratos menores incorporados al artículo 56 de la LCAP (Art. 111 TRLCSP) el cual establece que en los contratos menores que se definirán exclusivamente por su cuantía de conformidad con los artículos 121, 176 y 201, la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente exigidos, conteniendo una prevención específica para los contratos menores de obras [...]. En segundo lugar, hay que aludir a la situación comparativamente injusta e injustificada, en relación con otros tipos de contratos y procedimientos de adjudicación (carácter facultativo de la garantía definitiva en los contratos privados y, según el 107.1, posibilidad de dispensa atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares).

Resultaría un contrasentido el que en contratos de significado jurídico y económico más trascendentales que los de los contratos menores quedara abierta la posibilidad de dispensa de la garantía definitiva y no en los propios contratos menores.

Además el artículo 107.1 de la Ley 9/2017, referente a la exigencia de la garantía definitiva señala que

a salvo de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los licitadores que, en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, presenten las mejores ofertas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del precio final ofertado por aquellos, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Luego para la existencia de la garantía definitiva parece exigir la existencia de licitadores y ofertas.

Conclusión

Por las razones apuntadas no parece que la adjudicataria deba prestar garantía definitiva.

7. ¿El convenio celebrado entre la comunidad autónoma y el ayuntamiento se someterá a la Ley 38/2003, general de subvenciones?

Legislación aplicable: Ley 38/2003 (LGS), Ley 40/2015 (LRJSP) y RD 887/2006 (Reglamento de la LGS).

Fundamentos jurídicos

Señala el artículo 2.3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones que

en particular, será de aplicación la Ley General de Subvenciones y el presente Reglamento a:

a) Los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas, en los que únicamente la Administración Pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración Pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra u otras partes del convenio, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración Pública destinataria de los fondos.

No obstante, constituyen una excepción a lo señalado en el párrafo anterior las aportaciones dinerarias que tengan por objeto financiar actividades cuya realización obligatoria por el beneficiario de la subvención venga impuesta por una ley estatal o autonómica, según cual sea la Administración Pública concedente.

Por tanto, a la vista del precepto citado no se regirá este convenio interadministrativo por la legislación sobre subvenciones, sino que le será aplicable el régimen general de los convenios regulados en el capítulo VI, arts. 47 a 53 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, en cuanto al tipo de convenio, requisitos de validez y eficacia, contenido, trámites preceptivos, efectos, extinción y efectos de la causa de resolución.

Conclusión

No resulta de aplicación la normativa sobre subvenciones al convenio celebrado sino la Ley 40/2015, LRJSP.

8. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la entidad local, y en su caso los intervinientes, al resultar implicada en un fraude de subvenciones? Efectos sobre el convenio.

Legislación aplicable: Código Penal, Ley 7/1988 (funcionamiento del Tribunal de Cuentas) y Ley 40/2015.

Fundamentos jurídicos

a) Responsabilidad penal.

Las entidades locales, al igual que el resto de las Administraciones públicas, resultan inimputables penalmente, según el artículo 31 quinquies del Código Penal, como tales, pero sí puede exigirse la responsabilidad penal individual de los que intervinieron en la falsedad documental y apropiación de parte de la cantidad o, en su caso, la responsabilidad disciplinaria.

b) Responsabilidades patrimoniales:

- Devolución de lo recibido en concepto de subvención.
- Procedimiento de responsabilidad contable, en su caso, previsto en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. En este sentido, en el artículo 49 de la Ley 7/1988 de funcionamiento del Tribunal de Cuentas establece que:

La jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. Solo conocerá de las responsabilidades subsidiarias cuando la responsabilidad directa, previamente declarada y no hecha efectiva, sea contable.

- Responsabilidad disciplinaria de funcionarios públicos, en su caso, compatible con la contable, en su caso.

En cuanto a los efectos sobre el convenio celebrado:

- Artículo 51.2 c) de la Ley 40/2015: Es causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.
- Artículo 52.2, tendrá lugar, teóricamente, la liquidación del convenio. En este caso, será la devolución total de lo percibido con los intereses correspondientes, sin perjuicio de otras responsabilidades antes indicadas.

Conclusión

Con respecto a las responsabilidades exigibles podrían ser la penal, del o de los culpables, disciplinaria, en su caso, y contable.

Con respecto al convenio, es causa de resolución del mismo y se entraría en la fase de liquidación del mismo.

9. ¿Puede un ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio? ¿Se podría articular mediante un sistema de subvenciones?

Legislación aplicable: Constitución, Ley 38/2003 (LGS), RDL 2/2004 (TRLHL) y Ley 58/2003 (LGT).

Fundamentos jurídicos

Tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones:

Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

La medida que se pretende no encaja en el concepto de subvención, por no suponer una disposición dineraria, ya que el incentivo consiste en una minoración de los tributos a las personas físicas empadronadas en el municipio.

La medida que pretende el ayuntamiento es, sin duda alguna, la de conceder un beneficio fiscal a las personas físicas empadronadas en el municipio.

En relación con los beneficios fiscales, debemos tener presente el artículo 9.1 del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales:

No podrán reconocerse otros beneficios fiscales en los tributos locales que los expresamente previstos en las normas con rango de ley o los derivados de la aplicación de los tratados internacionales.

No obstante, también podrán reconocerse los beneficios fiscales que las entidades locales establezcan en sus ordenanzas fiscales en los supuestos expresamente previstos por la ley.

En este mismo sentido, el artículo 8 d) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, establece que se regulará en todo caso por ley «el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

Vemos, pues, como para que una ordenanza fiscal municipal establezca beneficios fiscales en sus tributos, debe estar previamente habilitada tal posibilidad por una norma con rango legal.

El empadronamiento en el municipio no puede fundamentar una discriminación en materia tributaria que atentaría al principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

Conclusión

Por las razones apuntadas, no puede el ayuntamiento establecer en su ordenanza fiscal una minoración del IBI a las personas físicas empadronadas en el municipio, ni se podría articular mediante un sistema de subvenciones.

10. Respecto a la moción presentada:

- a) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?
- b) ¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario, o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?
- c) Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.

Legislación aplicable: Ley 7/1985 (LRBRL), LO 3/2018 (LPRGDG) y RD 2568/1986 (ROF).

Fundamentos jurídicos

a) *Diferencia entre moción, proposición y dictamen.*

Antes de nada, es preciso distinguir entre moción y proposición. Una moción es una propuesta que se califica como tal (como moción) por el momento procedimental en el que

se trata por el pleno. En una sesión ordinaria, si esta «propuesta» se trata sin estar incluida en el orden del día, por el trámite de urgencia, sin, por tanto, el dictamen de la comisión informativa, antes de pasar el turno de ruegos y preguntas, se llamará moción, sea cual sea el nombre que se le haya dado al documento.

En cambio, si se le ha dado el nombre de moción (algo muy habitual por los grupos municipales) y no ha sido dictaminada por la comisión informativa, pero se ha incluido en el orden del día de una sesión extraordinaria u ordinaria, estamos ante una proposición del artículo 97.3 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Por último, aunque se le haya llamado moción, si la «propuesta» fue dictaminada por la comisión informativa y se ha incluido en el orden del día de una sesión extraordinaria u ordinaria, estamos ante un dictamen.

El artículo 46.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), señala en su apartado e): «En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la Corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciadora de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones». Así, en los plenos ordinarios habrá que distinguir la parte resolutive de la que no lo sea; y dentro de esta última se incluirán, no solo los ruegos y preguntas, sino también las mociones.

Sin embargo, estas mociones a las que se refiere el apartado e) del artículo 46.2 de la LRBRL no son las mismas que las del artículo 97.3 del ROF. Se trataría de unas mociones planteadas en el seno de la parte de control del grupo de gobierno, no en la parte resolutive de la sesión, por lo que no darían lugar a acuerdos resolutive como tales.

Este tipo de «mociones», bastante habituales, que implican un hacer del ayuntamiento, pero que no crean ni afectan a derechos subjetivos, deberían ser tratadas como ruegos.

Habrán ocasiones en que sus límites sean difusos, por lo que habrá que estar a su contenido y a la propuesta de acuerdo que contenga, lo que determinará que unas veces se califique como moción no resolutive del artículo 46.2 de la LRBRL y otras como ruego.

b) ¿Debe ser tratada como moción o bajo otra modalidad?

La «moción» en cuestión debe ser encuadrada como ruego. El «ruego», de acuerdo con lo señalado en el artículo 46.2 de la LRBRL, en relación con los artículos 97 y 82.2 del ROF, es la formulación de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal por parte de los concejales o de los grupos políticos. Con el ruego se

trata de exponer alguna cuestión, generalmente de escasa entidad, con el fin de que sea tomada en consideración por el grupo de gobierno y se proceda a atenderla por el servicio municipal correspondiente.

c) ¿El asunto debe ser objeto de acuerdo plenario, o más bien se trata de un ruego, de un asunto competencia de la alcaldía?

Del contenido de la cuestión planteada parece que se trataría de dirigir cuestiones de funcionamiento administrativo y de impulso del procedimiento. Esta competencia no es propia del pleno de la corporación, sino que, de acuerdo con el apartado a) del artículo 21.1 –«dirigir el gobierno y la administración municipal», no delegable, por cierto– y con el apartado d) del mismo precepto –«dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales»–, esta competencia se residencia en la alcaldía. Este impulso de los procedimientos administrativos suele delegarse en los concejales delegados, que mediante la fórmula de instrucciones o circulares internas (que en ocasiones revisten la forma de resoluciones) adoptan las medidas que consideran oportunas de impulso de los procedimientos en los servicios administrativos correspondientes. Por tanto, creemos que el asunto consultado debería incluirse como un ruego dirigido al órgano de gobierno a quien corresponda la competencia en la materia (alcalde o concejales delegados), pero teniendo en cuenta que los ruegos no dan lugar a la adopción de acuerdos.

Por tanto, no deben confundirse las competencias que corresponden al ayuntamiento como Administración pública con las que competen a cada uno de los órganos de aquel. Además, habrá de respetarse la distribución competencial entre los distintos órganos municipales. Por ello, no deberían incluirse en el orden del día del pleno propuestas de acuerdo que excedieran de su ámbito competencial. Solo las cuestiones que sean de la competencia del pleno deberían ser materia de examen y decisión por parte de este. Por eso, como al alcalde le corresponde la fijación del orden del día, podría denegar la inclusión de propuestas como la planteada en la «moción» objeto de consulta, invocando razones de legalidad, entre otras, por no ser el pleno el órgano municipal competente para la adopción del acuerdo (SSTS de 16 de diciembre de 1986 (ponente: Ruiz Sánchez) y de 14 de septiembre de 2001 (EC 3711/2001) y del TSJ de Cataluña de 10 de enero de 2002 (EC 3242/2002)).

En todo caso, creemos que el contenido de la «moción» planteada en este caso se trata de una cuestión de carácter doméstico que no es competencia del pleno; que en la sesión plenaria debía ser tratado como un ruego. Para dar cumplimiento al ruego, bastaría con una instrucción de carácter interno o una circular del alcalde o concejal delegado, incluso mediante resolución, que sí son los órganos competentes para ello.

d) Debe o puede procederse a la publicación en la web municipal de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el pleno.

Aunque la regla general es que las sesiones del pleno son públicas (art. 70.1 LRBRL y art. 88 ROF), de ahí a que se publiquen en la web municipal todos los trámites de los asuntos que haya tratado el pleno municipal media una distancia considerable.

Desde luego la «moción» presentada en este caso va mucho más allá de los mandatos contenidos en el artículo 70.2 de la LRBRL y en los artículos 196, 197, 229 y 234 del ROF, que de una u otra forma contienen normas sobre publicación y publicidad de los acuerdos plenarios.

Ciertamente, habrá asuntos competencia de pleno en que la publicación en la web municipal del trámite en que se encuentra no añade nada nuevo al asunto, sino que incluso mejora el acceso de los ciudadanos mediante la utilización de nuevas tecnologías a la información municipal. Pensando en asuntos como la aprobación del plan general, de una ordenanza, del presupuesto, de las obras incluidas en los planes provinciales, etc., ningún obstáculo vemos a que el estado de tramitación del asunto plenario se inserte en la web municipal. Cuestión distinta será la carga de trabajo que ello suponga y los medios personales y materiales (además de tecnológicos) con que cuenta el ayuntamiento para dar cumplimiento a ese mandato.

Distinto será cuando el asunto tratado en el pleno pueda afectar a derechos subjetivos de particulares. Pensemos, por ejemplo, en una declaración de lesividad de un acuerdo del pleno, en el ejercicio de acciones judiciales en asuntos de competencia plenaria con terceros afectados, expedientes de expropiación, una declaración de compatibilidad de funcionario o un expediente disciplinario donde se proponga la separación del servicio. En estos casos, probablemente, deban conjugarse los derechos y valores que protege la normativa sobre protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 3/2018), con la intención del grupo municipal autor de la «moción» de cumplir con el principio de transparencia administrativa. En casos de derechos subjetivos directamente afectados por el acuerdo plenario, cuyos trámites pretenden colgarse en la web, lo razonable sería (siempre que el ayuntamiento cuente con los medios tecnológicos para ello) que el interesado, mediante una clave y una firma electrónica, pueda acceder a conocer el estado de tramitación del asunto en la parte que a él, y solo a él, le afecta. Del mismo modo, podría conocer el estado de tramitación de cualquier expediente con él relacionado; siempre que la red o la intranet municipal esté conectada con la web municipal y mediante una firma electrónica permita el acceso a esa información.

En esa línea parecen ir las normas que recientemente han aparecido para permitir el acceso del ciudadano a la Administración (Ley 19/2013, de transparencia, acceso de los ciudadanos a la información pública y buen gobierno) a través del portal de transparencia o instrumento similar del ayuntamiento, y las reglas de publicidad activa y pasiva se concreta en el objetivo de la ley, ahora bien, pretender «la publicación en la web municipal –accesibles para todos– de todas las notificaciones y trámites de ejecución en relación con los asuntos aprobados por el Pleno», es decir, no solo de los acuerdos, sino de todo, puede

mostrar datos personales susceptibles de protección conforme a la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, salvo que se dé un supuesto permitido por dicha ley.

Por todo ello, con carácter general, no procede lo que se solicita.

No olvidar que los que formulan la moción son concejales y que ellos tienen garantizado el acceso a la información en los términos del artículo 77 de la Ley 7/1985 y 14 y 15 del ROF.

Conclusión

- a) Son diferentes la moción, la proposición y el dictamen por el momento y fin en que se plantean.
- b) Lo planteado en este caso debe ser tratado como un ruego.
- c) Es competencia del alcalde y no del pleno.
- d) No parece aconsejable la publicación en la web municipal lo pedido, porque podría vulnerar la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos de carácter personal y garantía de derechos digitales.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14 y 24.
- Código Penal, art. 31 quinque.
- Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, arts. 21, 22, 52, 71, 107 y 121.
- Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, art. 49.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, art. 46.
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, art. 2.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, arts. 47, 48 y 124.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, arts. 47 a 53.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, arts. 7, 13, 17, 20, 21, 22, 39, 41, 46, 63, 71, 99, 101, 107, 118, 134, 126 y 168.
- Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, art. 9.

- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, reglamento de la Ley de Subvenciones, art. 2.
- STS, Sala 3.ª, de 16 de diciembre de 1986 y de 14 de septiembre de 2001.
- STSJ de Cataluña de 10 de enero de 2002.
- Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 12/2002.
- Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.



PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Cursos de formación a medida para empresas (*in company*)

Nos adaptamos a las necesidades formativas de la empresa

Escuchamos las necesidades formativas de pequeñas, medianas y grandes empresas para ofrecer una propuesta global a medida, trabajando en estrecha colaboración para que sus planes de formación alcancen la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales. Adaptamos para ello los contenidos según sus necesidades específicas, atentos siempre a los horarios y ubicaciones geográficas que demanden.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a lo largo del año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 14.425

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 68.500

Profesionales formados

+ 342.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

XXXIII

PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



Modalidades

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 33.^a edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 29.^a edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 20.^a edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 9.^a edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

Lugar y plazo

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaria del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo de presentación de trabajos finaliza el 3 de mayo de 2023, a las 20 horas.

Información sobre las bases

Puede consultar las bases del premio visitando www.cef.es