

CEF Legal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 274 | Noviembre 2023

ISSN: 2697-1631

Planes de reestructuración y la dación en pago

Isabel E. Paladini Bracho

Constitucionalidad de la limitación a la actualización de la renta de los alquileres

Javier Serra Callejo

La evaluación de la acción de fomento mediante beneficios fiscales

Fabio Pascua Mateo

Crowdfunding para pedir ayuda económica como posible estafa agravada

Vicente Magro Servet

Descubre nuestras novedades editoriales del área jurídica

Legislación básica de seguros y planes y fondos de pensiones. Normativa



*Gabinete Jurídico
del CEF.-*

978-84-454-4647-8

2023

664 págs.

47,50 € (papel)

Esta presente publicación recoge, actualizada a 1 de septiembre de 2023, la legislación más significativa en materia de seguros y planes y fondos de pensiones. Contiene, entre otros, los siguientes textos legales: la Ley del contrato de seguro, la Ley y Real Decreto sobre ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, o el texto refundido de la Ley de regulación de planes y fondos de pensiones y reglamento.

Legislación básica mercantil. Normativa



*Gabinete Jurídico
del CEF.-*

978-84-454-4632-4

2023 (2.ª ed.)

544 págs.

39,80 € (papel)

Esta publicación contiene, revisados a 28 de agosto de 2023, los siguientes textos legales básicos del ordenamiento jurídico mercantil: Código de Comercio, Reglamento del Registro Mercantil, Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley Cambiaria y del Cheque y Ley Concursal. El volumen finaliza con un amplio índice analítico.

Mediación civil y mercantil



*Concepción Escudero
Herrera y Esther
Monterroso Casado
(coords.)*

978-84-454-4606-5

2023 (4.ª ed.)

336 págs.

42,50 € (papel)

Este libro se ha concebido para acercar la institución de la mediación a los profesionales, sea cual sea su disciplina de conocimiento, convirtiéndose en una herramienta necesaria para quienes quieran conocerla, capacitarse o ejercer como mediadores. La obra conjuga tanto la teoría como la práctica de la mediación, ofreciendo al lector una visión completa de su regulación general, del papel que desempeña el mediador, de su formación y responsabilidad, así como de las técnicas de comunicación y gestión de las emociones en un procedimiento de mediación.

CEFLegal. Revista práctica de derecho

Núm. 274 | Noviembre 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 de redacción

Enrique Arnaldo Alcubilla. Catedrático de Derecho Constitucional. URJ y magistrado del Tribunal Constitucional

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

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

Ana Cremades Leguina. Socia de Pérez Llorca Abogados

Silvia Díaz Sastre. Profesora titular de Derecho Administrativo, acreditada a catedrática. UAM

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

Marlen Estévez Sanz. Socia en Roca Junyent. Área procesal, litigación y arbitraje

Esther de Félix Parrondo. Socia de Cuatrecasas Abogados

Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría. Socio en Ramón y Cajal Abogados

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

Rafael Fernández Valverde. Magistrado emérito del Tribunal Supremo y consejero de Montero-Aramburu Abogados

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado de la Sala Contencioso-Administrativa. TSJ de Madrid

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

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

José Ramón Navarro Miranda. Presidente de la Audiencia Nacional

Luis Pérez de Ayala Becerril. Socio de Derecho Público en Cuatrecasas y abogado del Estado excedente

Pedro Portellano Díez. Catedrático de Derecho Mercantil. UAM y Of Counsel en Garrigues

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

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

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



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional

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. Diríjase 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

- Los planes de reestructuración y la dación en pago en el precurso 5-42
The restructuring plans and the dation in payment before bankruptcy
Accésit del Premio Estudios Financieros 2023
Isabel E. Paladini Bracho

Constitucional-administrativo

- ¿Debe el Estado compensar a los arrendadores de viviendas por haber expropiado su derecho contractual a actualizar la renta? 43-84
Should the state compensate landlords for having expropriated their contractual right to update the rent?
Accésit del Premio Estudios Financieros 2023
Javier Serra Callejo
- Los beneficios fiscales: una técnica administrativa de fomento, necesitada de evaluación periódica 85-120
Tax benefits: a promotional administrative action in need of recurring evaluation
Accésit del Premio Estudios Financieros 2023
Fabio Pascua Mateo

Penal

- El *crowdfunding* para pedir ayuda económica ante falsas enfermedades con la excusa de la salud de las personas como estafa agravada. Un abuso a la buena fe de la ciudadanía 121-138
Crowdfunding to ask for financial help before false illness with the excuse of people's health as an aggravated scam. An abuse of citizens' good faith
Vicente Magro Servet

Comentarios de resoluciones

Civil-mercantil

- Inclusión de datos de solvencia patrimonial en archivos privados (Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2023) 139-148
Casto Páramo de Santiago

Casos prácticos

Civil

- Archivo de morosos. Deuda. Requerimiento de pago. Requisitos. Domicilio 149-158
José Ignacio Esquivias Jaramillo

Administrativo

- Tramitación de ordenanza municipal. Trámites e impugnación 159-184
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 <https://www.civil-mercantil.com>



Los planes de reestructuración y la dación en pago en el precurso

Isabel E. Paladini Bracho

Doctora en Derecho

Profesora asociada. Universidad de Huelva

Abogada del ICAHuelva (España)

isabel.paladini@dpub.uhu.es | <https://orcid.org/0000-0003-1508-9303>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio Estudios Financieros 2023** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don José Ramón Navarro Miranda, doña Marlen Estévez Sanz, doña Esther de Félix Parrondo, don Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, doña Esther Muñiz Espada y don Pedro Portellano Díez.

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

Extracto

La reforma del derecho preconcursal aprobada por la Ley 16/2022 ha derogado los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, que han sido sustituidos por los planes de reestructuración. El régimen jurídico de estos planes ha introducido cambios relevantes y ha supuesto la desaparición de las normas reguladoras de la dación en pago celebrada antes de la declaración del concurso. Este trabajo expone los argumentos para admitir que los planes de reestructuración contemplan la dación en pago, analizando los objetivos de las reestructuraciones y el contenido de estos planes. Asimismo, examinaremos las particularidades que presentan los planes de reestructuración que contienen esta figura. En concreto, su régimen jurídico, los acuerdos necesarios para aprobar el plan de reestructuración que prevea la dación en pago, los mecanismos de control del contenido del plan y las garantías de las partes, si se produce la circunstancia de que el plan no llegue a buen fin.

Palabras clave: planes de reestructuración; insolvencia; precurso; dación en pago.

Recibido: 03-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance *online*): 18-10-2023

Cómo citar: Paladini Bracho, I. E. (2023). Los planes de reestructuración y la dación en pago en el precurso. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 5-42. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19039>



The restructuring plans and the dation in payment before bankruptcy

Isabel E. Paladini Bracho

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

The jury members were: Mr. José Ramón Navarro Miranda, Mrs. Marlen Estévez Sanz, Mrs. Esther de Félix Parrondo, Mr. Ramón Fernández Aceytuno Sáenz de Santamaría, Mrs. Esther Muñiz Espada and Mr. Pedro Portellano Díez.

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

Abstract

The reform of pre-bankruptcy law approved by the Insolvency Act has repealed refinancing agreements and out-of-court payment agreements, which have been replaced by restructuring plans. The legal regime of these plans has introduced significant changes and has led to the disappearance of the rules governing the dation in payment made before the declaration of insolvency. This paper sets out the arguments for admitting the restructuring plans with dation in payment, analysing the objectives of restructuring and the content of these plans. We also study the particularities of restructuring plans containing this figure. Specifically, their legal regime, the agreements required to approve the restructuring plan that provides for dation in payment, the mechanisms for monitoring the content of the plan and the guarantees of the parties, if the plan does not come to fruition.

Keywords: restructuring plans; insolvency; preinsolvency; dation in payment.

Recibido: 03-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022 / Publicado (en avance online): 18-10-2023

Citation: Paladini Bracho, I. E. (2023). Los planes de reestructuración y la dación en pago en el preconcurso. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 273, 5-42. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19039>



Sumario

1. Introducción
 2. Los objetivos de los institutos concursales
 3. El contenido de los planes de reestructuración
 4. Los problemas jurídicos que plantean los planes de reestructuración que prevén la dación en pago
 - 4.1. La determinación del régimen jurídico
 - 4.2. Los elementos de la dación en pago
 - 4.3. Las mayorías necesarias para la aprobación de los planes de reestructuración y el requisito del consentimiento relativo al *aliud pro alio* de la dación en pago
 - 4.4. El control de los planes de reestructuración que contienen la dación en pago
 - 4.5. Las garantías para los acreedores que admiten la dación en pago en los planes de reestructuración
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Las modificaciones operadas en la Ley 22/2003¹ (en adelante, LC 2003) entre 2009 y 2015 incorporaron formalmente el derecho preconcursal a nuestro ordenamiento jurídico (Niño Estébanez, 2021)². Entre otros, destacan los cambios aprobados por el artículo 8.3 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, que añadió la disposición adicional cuarta a la LC 2003, sobre la homologación de los acuerdos de refinanciación, así como los aprobados por el artículo 31.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que añadió el artículo 71 bis de la LC 2003, que regulaba los acuerdos de refinanciación. En estas normas existían referencias explícitas a la dación en pago.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003).

² Niño Estébanez (2021, p. 4): «En la Ley Concursal de 2003 los acuerdos de refinanciación se encontraban regulados de forma confusa y asistemática en el artículo 71 bis y en la disposición adicional cuarta, con multitud de remisiones internas que dificultaban su aplicación. La disposición adicional cuarta de la Ley Concursal fue introducida por el decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, y desde su entrada en vigor el 1 de abril de 2009 fue modificada en seis ocasiones, la última de ellas en el año 2015, con la que se cumplió en buena medida la Recomendación de 12 de marzo de 2014, frente a la inacción de otros muchos Estados miembros de la Unión Europea. Por tanto permaneció inalterada durante cinco años, algo insólito para el furor de modificaciones de que fue víctima la Ley Concursal, con la sola excepción de las normas temporales contenidas en la antedicha Ley 3/2020 (artículo 5). La disposición adicional cuarta contenía la regulación del procedimiento para la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación de pasivo financiero y era la norma concursal principal en materia de refinanciación, pues los acuerdos de refinanciación que no tenían por objeto el pasivo financiero del deudor común –a pesar de sus bondades, como el blindaje anti reintegración– no eran susceptibles de homologación judicial y quedaban relegados a un segundo plano. Ha sido esta disposición adicional cuarta la que casi en exclusiva hemos venido aplicando en materia de refinanciación los jueces mercantiles».

El Real Decreto legislativo 1/2020³ (en adelante, TRLC), en su redacción original, sistematizó la regulación de los acuerdos de refinanciación y de los acuerdos extrajudiciales de pagos. Tras analizar su régimen jurídico, concluimos con certeza que era posible que estos acuerdos contemplasen la dación en pago entre sus medidas. Respecto a los primeros, esta operación estaba prevista únicamente en la modalidad de acuerdo colectivo de refinanciación homologado⁴. En cambio, para los segundos se dispuso que todos los acuerdos extrajudiciales de pagos pudieran contener la dación en pago, incluso aquellos celebrados por los deudores que fuesen persona física y no desarrollasen actividades empresariales⁵.

La Ley 16/2022⁶ ha supuesto un «cambio de paradigma» (Niño Estébanez, 2021, p. 4)⁷, puesto que han quedado derogadas las dos modalidades de acuerdos preconcursales que estaban vigentes y han sido sustituidas por los planes de reestructuración⁸. Aunque la regulación de estos planes ha adoptado elementos de las dos modalidades de acuerdos anteriores, no ha dedicado precepto alguno a la dación en pago. Valorar la trascendencia de este cambio resulta complejo.

Una posibilidad es interpretar que el legislador pretende erradicar la dación en pago de los instrumentos preconcursales. No obstante, desde una perspectiva *ius privatista* esta interpretación sería refutada con el sencillo argumento de que no se ha prohibido

³ Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal (BOE núm. 127, de 7 de mayo de 2020).

⁴ Los artículos 623.2.º y 626.1.2.º del TRLC, en su redacción original, regulaban la heteroeficacia de los efectos de los acuerdos de refinanciación homologados haciendo mención expresa de «la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de la deuda».

⁵ El artículo 667, en los apartados 1.4.º y 2 del TRLC admitía la media consistente en la «cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos».

⁶ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2022).

⁷ Niño Estébanez (2021, p. 4) afirma que los planes de reestructuración son «una figura jurídica novedosa que se erige en una suerte de inesperada protagonista de nuestro Derecho de la insolvencia, dentro del conjunto general de la trasposición de la Directiva de insolvencia como marco mínimo de armonización y de inspiración anglosajona. Todos estos elementos, si los acumulamos a modo de sumandos, nos ofrecen un resultado que nos permite hablar de "cambio de paradigma", pues supone sustituir el procedimiento universal del concurso por medidas flexibles de reestructuración temprana o preventiva, lo que permitirá reducir costes económicos –para el deudor, los acreedores y para la Administración de Justicia– y reputacionales».

⁸ De acuerdo con la disposición transitoria primera. 1.4.º y 5.º de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la entrada en vigor del nuevo régimen preconcursal se produjo el 26 de septiembre de 2022 y se aplica a las comunicaciones de apertura de negociaciones con los acreedores que se realicen a partir de esa fecha, así como a los planes de reestructuración que se negocien y a las solicitudes de homologación que se presenten a partir de ese momento. Además, en el caso de que no se consigan los objetivos del precurso y persista la situación de insolvencia inminente o actual, la declaración de concurso se regirá por la nueva normativa.

que los planes de reestructuración contengan la dación en pago. De hecho, se ha admitido la posibilidad de que los planes contemplen la transmisión de los activos y la extinción parcial de los créditos, que coinciden con los efectos traslativos y extintivos propios de la dación en pago.

Otra posible interpretación es que el legislador busca dotar de mayor libertad a los deudores y a los acreedores para autorregular una solución a la insolvencia, permitiéndoles aprobar los planes de reestructuración que contengan las medidas más adecuadas a las circunstancias de cada caso. En esta línea, vamos a analizar el contenido de los planes de reestructuración y a exponer los argumentos a favor de la admisión de este negocio en la etapa preconcursal.

2. Los objetivos de los institutos preconcursales

El objetivo del concurso es la continuidad de las empresas viables con dificultades financieras, salvándolas de una situación de insolvencia (Pulgar Ezquerro, 2022)⁹. De acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva (UE) 2019/1023¹⁰ la finalidad de la reestructuración es «evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad», lo que repercutirá «protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial».

Los planes de reestructuración están previstos para todos los niveles de insolvencia, que se han denominado «probable»¹¹, «inminente»¹² y «actual»¹³. Son «tres estados que se or-

⁹ Pulgar Ezquerro (2022, RR-1.1): «Si nos centramos en los considerandos de la Directiva UE 2019/1023, en una primera aproximación, la finalidad perseguida a través de estos marcos sería, como se ha adelantado, asegurar la continuidad de empresas y empresarios económicamente viables y por tanto cuyo valor en funcionamiento sería superior a su valor en liquidación, pero atraviesan dificultades en principio financieras. [...] no conculcándose por tanto el principio básico de no crecimiento de empresas ineficientes a costa de las eficientes».

¹⁰ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, Directiva sobre reestructuración e insolvencia (DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019).

¹¹ La insolvencia probable se define en el artículo 584.2 del TRLC, considerándose producida «cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años».

¹² De acuerdo con el artículo 2.3 del TRLC «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

¹³ El artículo 2.3 del TRLC establece que «se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles».

denan secuencialmente» (Garcimartín Alférez, 2021, p. 51) y han sido definidos en atención a la posibilidad de que el deudor no cumpla regularmente con sus obligaciones en tres momentos diferentes. En primer lugar, en los dos años siguientes, en segundo lugar, en un horizonte a tres meses y, por último, cuando el incumplimiento es algo que ya está sucediendo.

Uno de los problemas de las empresas españolas es que esperan demasiado tiempo antes de intentar una solución a sus dificultades financieras. Para facilitar el acceso temprano a estos instrumentos, se han definido los presupuestos objetivos de los planes de reestructuración incluyendo la situación de insolvencia probable. Además, como ya venía ocurriendo, se puede aprobar un plan de reestructuración ante una insolvencia inminente o actual.

Al mismo tiempo, se fomenta su utilización al permitir el inicio del procedimiento pre-concursal mientras no se haya admitido a trámite la solicitud de declaración de concurso necesario. Este es el límite temporal máximo que se deduce del artículo 585.2 del TRLC. Garcimartín Alférez (2021) explica que «si la empresa es económicamente viable, está justificada su reestructuración en cualquier momento para evitar los riesgos de destrucción de valor asociados al procedimiento concursal» (p. 52).

Una medida ampliamente utilizada en la práctica concursal española es la dación en pago. Aunque es un hecho contrastado que la dación en pago fue desterrada de la LC 2003 en su redacción original, posteriormente esta figura fue reintroducida¹⁴. Dicha circunstancia se podría valorar como una demostración de la utilidad de este negocio en contextos de insolvencia patrimonial, por los efectos extintivos y traslativos que produce.

Díez-Picazo (2008) afirma que la dación en pago en sentido estricto «se produce cuando el acreedor acepta, para el cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste» (p. 631). El elemento fundamental o identificador será el *aliud* o nueva prestación admitida por el acreedor, con efectos extintivos de una obligación preexistente que une a las partes¹⁵. Esta figura permite alcanzar la reducción del pasivo del deudor sin necesidad de desembolsos monetarios, por lo que resulta especialmente útil en coyunturas de crisis económica y escasez de liquidez. Ahora bien, coordinar los efectos jurídicos de la dación en pago con la continuidad de la empresa viable hace necesaria una reflexión al respecto.

¹⁴ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, modificó el artículo 155.4 de dicho texto legal, reactivando su utilización en el concurso de acreedores para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Actualmente, se admiten las propuestas de convenio con cesión en pago (art. 329 TRLC).

¹⁵ En este sentido se pronuncian los autores siguientes: Díez-Picazo (2008), Lacruz Berdejo (2003), O'Callaghan Muñoz (2008) y Belinchón Romo (2012).

Desde un punto de vista económico-financiero, con la dación en pago se consigue una reducción del pasivo –afectando a los vencimientos presentes y futuros–, pero difícilmente podría esta operación constituir el eje central de una reestructuración. En una situación de insolvencia este negocio destaca porque sus efectos extintivos sortean las dificultades de acceso a la financiación del deudor, pero no es una medida con la que se le dote de nuevos recursos, al contrario, por sus efectos traslativos materializa una desinversión. En conclusión, únicamente en la medida en que la desinversión coadyuve a la continuidad de la empresa, la dación en pago será una herramienta adecuada para lograr evitar el concurso y garantizar su viabilidad.

Antes de afirmar con rotundidad que es posible introducir la dación en pago en los planes de reestructuración, hay que tomar en consideración las normas reguladoras del contenido de los mismos.

3. El contenido de los planes de reestructuración

El artículo 614 del TRLC ha definido los planes de reestructuración de manera «amplia y descriptiva» (Garcimartín Alférez, 2022, RR-1.16). El precepto indica que

se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos (art. 614 TRLC).

En términos casi idénticos se ha definido el concepto «reestructuración» en el artículo 2.1.1 de la Directiva (UE) 2019/1023.

Vázquez Cueto (2022) ha analizado el concepto «reestructuración» partiendo de la descripción que realiza la Directiva (UE) 2019/1023. El autor ha calificado este concepto como una «definición abierta y de corte finalista» (p. 77) que, en cuanto a las medidas de reestructuración concretas a adoptar, pretende ser «abierta y flexibilizadora» (p. 78), siempre que estas «puedan servir como herramienta para asegurar la continuidad de la actividad empresarial» (p. 78). También ha señalado que el contenido de la Directiva (UE) 2019/1023 está dirigido a los Estados miembros y que, en el caso de España, el TRLC no ha concretado «la tipología de operaciones aptas para conformar un plan de este calado» (p. 80).

La interpretación del autor parte del objetivo de la reestructuración, que es «resolver el problema de insolvencia sin afectar a la viabilidad futura de la empresa» (Vázquez Cueto, 2022,

p. 77). El marco de la legislación europea de la insolvencia prevé dos escenarios «diametralmente enfrentados» (Vázquez Cueto, 2022, p. 91), que son «la reestructuración de la empresa viable y la liquidación» (p. 92)¹⁶. Pues bien, solo el primero de ellos enlaza con el propósito de la reestructuración. De ello se deduce que hay que excluir la posibilidad de recurrir a la dación en pago para conseguir la «liquidación preconcursal». En su opinión, la liquidación preconcursal «debe estar radicalmente descartada» (Vázquez Cueto, 2022, p. 94)¹⁷, aunque la Ley 16/2022 se haya referido a los «planes liquidativos»¹⁸.

A esta misma conclusión llegaron Pastor Sempere y Hernando Gebriá (2015) cuando analizaron la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pagos. Los autores afirmaron que «la dación como contenido del plan de pagos no puede convertir al acuerdo extrajudicial de pago en un acuerdo extrajudicial de liquidación» (p. 5), porque sería necesario convocar a todo el pasivo. Este argumento es válido en la actualidad, ya que este no era un requisito de los acuerdos preconcursales y tampoco lo es para los planes de reestructuración. No obstante, hay autores que creen posible la aprobación de planes liquidativos (Garcimartín Alférez, 2021)¹⁹.

¹⁶ En el mismo sentido, Pulgar Ezquerro (2002), RR-1.1: «Se configuran así los marcos preventivos de reestructuración desde una perspectiva funcional, como mecanismos no tanto de expulsión del mercado de compañías, siendo esta la función tradicionalmente asignada a los procedimientos judiciales concursales, cuanto como mecanismos de mantenimiento en el mercado de compañías viables, a pesar de sus dificultades económico-financieras. Se busca, por tanto, maximizar en un modo equilibrado el valor de la empresa viable para los acreedores, los socios como «propietarios» de la compañía y la economía en su conjunto, preservando puestos de trabajo y previniendo de algún modo con ello el problema para la banca de los llamados «préstamos improductivos» (NPL). [...] en estos marcos de reestructuración preventivos, la continuación de la actividad de la compañía en el mercado no se regula como un fin absoluto en sí mismo considerado, sobre la base de un interés general en la conservación de empresas viables».

¹⁷ Vázquez Cueto (2022, p. 99) explica que «la alusión a estos *planes liquidativos* (que, en puridad, no se halla en el articulado, sino en su exposición de motivos) habría de entenderse, en una exégesis reductora de su alcance, como una enajenación de la empresa, como una unidad funcional, con compromiso de continuidad en la actividad y asunción del pasivo (parte o todo) realizada en favor de alguno de los sujetos que conforman la *estructura de capital* de la entidad en crisis».

¹⁸ Apartado III del preámbulo de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre.

¹⁹ Garcimartín Alférez (2021, p. 56): «El Anteproyecto acoge la opción, permitida por la Directiva, de incluir los planes de reestructuración que prevean la venta de partes o incluso de la totalidad de la empresa (los llamados planes liquidativos), con el fin de permitir esta solución en los supuestos en que vaya a garantizar un retorno mayor a los acreedores que el que obtendrían en un escenario de liquidación concursal. Esto planes liquidativos pueden resultar una opción atractiva, en particular, para las pequeñas y medianas empresas, y no se ve razón suficiente para excluirlos: si los acreedores pueden, por mayoría, llevar a cabo una "ejecución por apropiación" (que es, en definitiva, lo que supone una capitalización forzosa de sus créditos), no parece que haya motivos suficientes para excluir esa misma ejecución mediante la "venta" en globo del negocio. En este caso, el régimen especial de Libro II atañe a quién puede tomar la decisión de vender el negocio (los acreedores en lugar de los socios), pero la venta se llevará a cabo bajo las reglas generales del Derecho civil o mercantil».

Vázquez Cueto (2022) ha perfilado el alcance objetivo del plan de reestructuración indicando dos líneas rojas. En primer lugar, que «carece de sentido incluir [...] operaciones que no conlleven un sacrificio inmediato de algún acreedor, sino que impliquen en exclusiva a los socios actuales de la entidad titular de la empresa o a terceros» (p. 87). Y, en segundo lugar, que «la operación de reestructuración no puede consistir únicamente en un cambio de deudor producto de la desaparición de este o de su pérdida de la condición de empresario o profesional» (p. 88).

Desde otro punto de vista, la reestructuración «ha de representar un *desapalancamiento* o alivio de la deuda» (Vázquez Cueto, 2022, p. 87), por tanto, el «núcleo irreductible [...] ha de consistir en una reestructuración del pasivo que asegure una refinanciación de la empresa; una ampliación de su crédito disponible» (p. 87). Dicho de otro modo, el plan de reestructuración tendrá un eje central que estará constituido por «operaciones que inciden directamente sobre el pasivo estructural» (p. 84) y, con carácter complementario, se pueden añadir otras medidas accesorias, como los cambios operativos y las enajenaciones de bienes y derechos del activo fijo que no sean esenciales para la continuidad de la actividad de la empresa.

Teniendo en cuenta estas claves, interpretamos que el artículo 633 del TRLC tiene un contenido abierto y relaciona las medidas de refinanciación con el objetivo que se persigue –que no es otro que la continuidad de la empresa viable–. Todo ello está en consonancia con aquellos preceptos que indirectamente se refieren al contenido del plan de reestructuración, como son el artículo 614 del TRLC –que describe los planes de reestructuración– y el artículo 638 del TRLC –que establece los requisitos para la homologación del plan–.

El plan de reestructuración tiene un contenido «mínimo» que se establece en el artículo 633 del TRLC. Los extremos que deben ser abordados en este documento son los siguientes:

En primer lugar, se encuentran los datos identificativos de los sujetos implicados²⁰.

En segundo lugar, se describirá la situación en la que se encuentra el deudor y las dificultades económicas que presenta²¹, con indicación del alcance y de las posibles causas.

En tercer lugar, constarán las medidas de reestructuración que se pondrán en marcha y los contratos con obligaciones recíprocas que vayan a quedar resueltos.

²⁰ En el acuerdo quedarán identificados el deudor y el experto en reestructuraciones, si se hubiese nombrado, también los acreedores –queden afectados por el plan o no, con indicación individualizada del importe y de la clase a la que pertenecen– y los socios, en su caso.

²¹ Así, quedarán reflejados en el plan los datos que permitan verificar la situación económico-financiera y patrimonial del deudor, sus compromisos con los trabajadores y se mencionará si se encuentra al corriente con los acreedores públicos.

Por último, se van a explicar «las condiciones necesarias para el éxito del plan de reestructuración y de las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa, en el corto y medio plazo, y evitar el concurso del deudor» (apartado 10.º del artículo 633 del TRLC), lo que facilitará el control judicial posterior²².

En cuanto a las medidas de reestructuración concretas que pueden ser adoptadas en el plan, el artículo 633.9.º del TRLC contempla –sin ningún afán de exhaustividad–²³, por un lado, las medidas de reestructuración operativa y, por otro lado, las medidas de reestructuración financiera de la deuda, con la mención de la financiación interina y de la nueva financiación prevista, así como de la justificación de su necesidad y de las consecuencias globales para el empleo.

La siguiente cuestión es cómo se pueden alcanzar estos objetivos. En el plan se desglosarán estas medidas en dos bloques. En primer lugar, las medidas de reestructuración financiera de la deuda que forman el núcleo duro o eje central del plan²⁴. Estas pueden consistir en la obtención de nuevas líneas de financiación –incluso con el recurso a los avales públicos–, o en otras medidas que afecten a los créditos existentes en el momento del inicio de las negociaciones. Entre estas últimas se encuentran las siguientes²⁵:

- a) La modificación de los términos o condiciones de estos créditos (afectarán al vencimiento o a la cuantía).
- b) La conversión del crédito en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, por ejemplo, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales.
- c) La modificación o extinción de las garantías personales o reales de los créditos.

²² La finalidad que persigue el plan de reestructuración es «salvar la empresa viable y evitar su liquidación» (Moreno Buendía, 2022, p. 296). Por ello, el artículo 638 del TRLC establece como requisito para la homologación judicial del plan que «ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo».

²³ Garcimartín Alférez (2022, RR-1.16): «Esta definición y el listado, no exhaustivo, que recoge el precepto sirve para dar una idea del contenido que puede tener el plan y los efectos que se pueden imponer a acreedores disidentes».

²⁴ En este sentido, coinciden varios autores como Vázquez Cueto (2022) y Garcimartín Alférez (2021). Este último afirma que «el régimen especial que establece el Derecho preconcursal atañe principalmente al pasivo: ese régimen especial tiene por objeto resolver los problemas que plantea la estructura de capital del deudor, y en concreto, permite redimensionar esta estructura de capital para ajustarla al valor real del negocio y a sus flujos de caja; pero no está pensado para resolver los problemas operativos. Lo cual tiene sentido, pues el presupuesto sobre el que descansa es «la viabilidad» de la empresa en riesgo de insolvencia. En consecuencia, y sin perjuicio de alguna excepción muy concreta (*infra*), las medidas de reestructuración operativa o del activo que normalmente prevea el plan deben llevarse a cabo bajo las reglas generales del Derecho civil, mercantil, laboral o administrativo. Aunque algo escondido, el artículo 653.3 intenta reflejar esta idea» (p. 55).

²⁵ Hemos integrado esta parte con las operaciones que se utilizan para definir el crédito afectado.

- d) El cambio de deudor, siempre que no sea la única medida de reestructuración financiera contemplada.
- e) La modificación del régimen jurídico aplicable al crédito afectado.

En segundo lugar, las medidas de reestructuración operativa, indicando la duración y los flujos de caja estimados. Los fines perseguidos pueden ser muy diversos, por ejemplo, mejorar la liquidez, reducir los costes, el control del uso de los recursos de la empresa y evaluar las posibilidades de futuro en el mercado para la empresa.

En este segundo grupo se incardinan, entre otras, las medidas para la reducción de costes mediante planes comerciales, las medidas para el control de la caja y los flujos de pagos, la mejora de los márgenes revisando la estructura operacional y los costes directos e indirectos, la venta de activos (incluso unidades productivas de bajos resultados), así como el reposicionamiento en el mercado, lo que podría requerir las inversiones necesarias para el crecimiento de la empresa (PricewaterhouseCoopers España, 2022).

Además, la doctrina admite que el plan de reestructuración contenga otras medidas que afecten a los fondos propios e, incluso, que supongan la transmisión de la unidad productiva (Vázquez Cueto, 2022)²⁶, puesto que pueden facilitar la continuidad de la actividad empresarial. Para Pastor Sempere y Hernando Cebriá (2015, p. 8) la dación en pago a los acreedores en el acuerdo extrajudicial podría implicar «la transmisión de la empresa, pequeña o mediana, en su conjunto, siempre que no suponga la liquidación del patrimonio del deudor». En nuestra opinión, la dación en pago podría servir para lograr la transmisión de una parte de la unidad productiva, siempre que esta reúnan las condiciones para seguir en funcionamiento de forma autónoma. Este objetivo se lograría con la combinación de la escisión de una parte de la empresa que sería objeto de dación en pago a los acreedores.

Las medidas operativas serán accesorias o complementarias de las medidas de reestructuración financiera de la deuda, puesto que el derecho preconcursal «no está pensado para resolver los problemas operativos» (Garcimartín Alférez, 2022, RR-1.16). De lo que se trata es de sortear el riesgo de insolvencia.

Todavía cabe señalar que el concepto «reestructuración» se puede analizar desde otro punto de vista basado en la definición de «crédito afectado»²⁷ por el plan, llegando a conclusiones similares a las expuestas.

²⁶ Vázquez Cueto (2022, p. 93) afirma que «la transmisión de la unidad productiva se concibe como una medida *neutral* desde el punto de vista de la finalidad continuadora o liquidatoria del expediente concursal o preconcursal».

²⁷ El artículo 616.1 del TRLC define crédito afectado del siguiente modo: «A los efectos de este título, se considerarán créditos afectados los créditos que en virtud del plan de reestructuración sufran una modificación de sus términos o condiciones, en particular, la modificación de la fecha de vencimiento, la

El legislador ha descrito el objeto, el contenido y las formas de afectación de los créditos de manera amplia y no taxativa. Así, se ha evitado limitar los negocios jurídicos que conllevará la ejecución de los planes en consonancia con «el principio de universalidad del pasivo susceptible de afectación por los planes de reestructuración» (Moreno Buendía, 2022, p. 309) de la Directiva (UE) 2019/1023. No obstante, es posible señalar ciertas líneas rojas.

En primer lugar, hemos encontrado una limitación relacionada con el objetivo principal de los planes de reestructuración, que es la «estructura de capital»²⁸ (Moreno Buendía, 2022, p. 312). Aunque los planes de reestructuración pueden contener medidas de naturaleza heterogénea²⁹, «el perímetro "normal" o "habitual" de eficacia de los planes de reestructuración está conformado por el crédito financiero» (p. 311)³⁰. Precisamente, ese carácter primordial del crédito financiero en el plan de reestructuración «nos lleva a reconocer un papel "accesorio" o "secundario" al crédito comercial» (p. 312). De todo ello se deduce una línea roja que es «la imposibilidad de configurar un plan de reestructuración que afectase exclusivamente al crédito comercial» (p. 312).

En segundo lugar, la fijación del perímetro de afectación de los créditos determina otra línea roja. La relatividad y flexibilidad de los institutos concursales permite que algunos acreedores, cuyos créditos podrían verse afectados por el plan, queden excluidos si así se ha previsto en el mismo. Es necesario que la exclusión esté suficientemente justificada en criterios objetivos (que no sea arbitraria o irrazonable) y no ponga en peligro la viabilidad de

modificación del principal o los intereses, la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones o participaciones sociales, o en cualquier otro instrumento de características o rango distintos de aquellos que tuviese el crédito originario, la modificación o extinción de las garantías, personales o reales, que garanticen el crédito, el cambio en la persona del deudor o la modificación de la ley aplicable al crédito».

Sobre los créditos excluidos Moreno Buendía (2022, p. 300) afirma que son «créditos que, desde una perspectiva económico-financiera, no integran la "estructura de capital"».

²⁸ Moreno Buendía (2022) ha definido «estructura de capital» como «los instrumentos de capital y deuda que financian el capital fijo (p. ej., accionistas, bancos y bonistas); mientras que la "estructura operativa" estaría referida a quienes financian el capital circulante, es decir, conectada a quienes mantienen el negocio ordinario (típicamente acreedores comerciales, proveedores o trabajadores)» (p. 310).

²⁹ El plan de reestructuración puede suponer modificaciones que alteren la composición, las condiciones o la estructura de todos los elementos patrimoniales de la empresa (activo, pasivo y fondos propios), también las medidas consistentes en transmisiones de activos, de unidades productivas e, incluso, de toda la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o a una combinación de ambas medidas (art. 614 TRLC).

³⁰ En el mismo sentido, Garcimartín Alférez (2021, p. 61): «Por otro lado, también ha sido consciente de que, sin perjuicio de que los créditos comerciales puedan verse afectados, lo habitual es que las reestructuraciones se focalicen e incluso se restrinjan al pasivo financiero. Por este motivo, y con el fin de resolver posibles dudas, se incluye un listado bastante amplio de lo que debe entenderse como pasivo financiero, que combina dos criterios (*vid.* art. 626.4): la causa de la deuda (financiación) o su titularidad (entidad financiera). De esta forma se intenta reducir la litigiosidad sobre este extremo cuando los promotores del plan quieren limitar el perímetro de afectación a los acreedores financieros o se hagan dos clases distintas para el pasivo financiero y el comercial».

la reestructuración³¹. Además, esta decisión podría ser motivo de impugnación en cuanto afecta a la formación de las clases de acreedores (Moreno Buendía, 2022, p. 312)³².

Creemos que la inclusión de la dación en pago como una medida adicional o complementaria en un plan de reestructuración no es *per se* determinante del incumplimiento de las líneas rojas que hemos identificado en los apartados anteriores. Por ejemplo, la dación en pago de un solar a los acreedores financieros. Si una empresa promotora en situación de insolvencia había financiado la adquisición de un solar para vender la edificación futura y no puede llevar a cabo el proyecto –por el estancamiento del mercado inmobiliario o por la inexistencia de financiación bancaria para futuros compradores–, la entrega del solar a la entidad financiera para la cancelación del crédito garantizado con hipoteca puede ser una medida adecuada para conseguir la viabilidad futura de la empresa. En este caso, dicho solar deja de ser necesario para la actividad empresarial, por lo que la dación en pago puede ser una medida adecuada para conseguir la viabilidad futura de la empresa. De hecho, se conseguiría reducir el pasivo a corto y medio plazo, sin disminuir el activo corriente y se aminoraría el montante de créditos con garantía real. No obstante, la dación en pago conlleva la transmisión definitiva de los activos³³, por lo que siempre existe el riesgo de atentar contra la viabilidad de la empresa o de incurrir en propuestas de liquidación total del activo del deudor.

En suma, ha quedado suficientemente justificada la admisión de la dación en pago en los planes de reestructuración como una medida adicional o complementaria, pero difícilmente este negocio podría constituir el eje central de una reestructuración financiera. Además, es necesario atender a las limitaciones existentes a las transmisiones de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, a la prohibición de la liquidación preconcursal, así como a la finalidad conservativa de los planes de reestructuración, cuyo resultado no puede ser la desaparición del deudor o el cese total en su actividad³⁴.

³¹ También Garcimartín Alférez (2021, p. 58) afirma que «el Anteproyecto, siguiendo a la Directiva, entiende que son los interesados quienes, en función de las necesidades de cada caso y de la dinámica negociadora, deben decidir si quieren afectar a la totalidad del pasivo susceptible de afectación o solo a una parte, y la cuantía o identidad de esta. Pero, en todo caso, el perímetro de afectación no podrá fijarse de manera arbitraria o irrazonable, sino conforme a unos criterios objetivos que marca el texto legal. Como vamos a ver más adelante, el control judicial sobre cómo se han separado los créditos para formar las distintas clases implica un control sobre la delimitación de ese "perímetro de afectación" y garantiza que este responda a criterios objetivos y suficientemente justificados. Y, en última instancia, la regla de prioridad absoluta marca indirectamente unos límites infranqueables (*infra*)».

³² En este sentido se ha pronunciado la SAP de Pontevedra núm. 179/2023, de 10 de abril de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:336, NormaCEF NCJ066748) en el FJ 4.º.

³³ Algunas entidades han incorporado opciones de compra de los terrenos durante un plazo de tiempo a favor del deudor, por si está en condiciones de afrontar de nuevo ese proyecto empresarial.

³⁴ Un ejemplo de ello se encuentra en el plan de reestructuración homologado por el AJM de Madrid núm. 5, núm. 85/2023, de 10 de abril (JUR 2023\178168).

4. Los problemas jurídicos que plantean los planes de reestructuración que prevén la dación en pago

Los argumentos a favor de considerar la dación en pago una medida adecuada en la etapa preconcursal nos han llevado a concluir que es posible que los planes de reestructuración contemplen esta operación. A su vez, la celebración de una dación en pago al amparo de un plan de reestructuración presenta cuestiones jurídicas particulares. En este apartado vamos a analizar el régimen jurídico aplicable, los acuerdos necesarios para aprobar el plan de reestructuración que prevea la dación en pago y su celebración, los mecanismos de control del contenido del plan y las garantías para los acreedores en el caso de que el plan no llegue a buen fin.

4.1. La determinación del régimen jurídico

En cuanto a las fuentes del derecho detectamos, por un lado, la ausencia de regulación sustantiva en el TRLC de los planes de reestructuración que contemplan la dación en pago y, por otro lado, la inexistencia de una regulación completa de la dación en pago en el CC.

El libro II del TRLC, que se dedica a los planes de reestructuración, nada ha establecido sobre la dación en pago. Ahora bien, hemos indicado que esta operación representa una medida de reestructuración operativa que «debe llevarse a cabo bajo las reglas generales del Derecho civil, mercantil, laboral o administrativo (esta es la idea que intenta reflejarse en los arts. 628 bis y 650.3 del TRLC)» (Garcimartín Alférez, 2022, p. RR-1.16)³⁵.

Esto nos lleva al problema de que la dación en pago es una figura del derecho privado que no tiene una regulación sustantiva en el Código Civil³⁶. Las referencias que encontramos son escuetas y no articulan con suficiente concreción su régimen jurídico³⁷.

³⁵ En el mismo sentido, Vázquez Cueto (2022, p. 90): «Han de someterse pues a las reglas ordinarias de aplicación en la legislación jurídico-privada, civil, mercantil o laboral».

³⁶ Díez-Picazo (2008, p. 632): «Nuestro Código no contiene una regulación especial de la dación en pago. [...] Su figura, por otra parte, no es desconocida para el legislador que, aunque en forma esporádica, hace alusión a ella a lo largo del articulado (vid. arts. 1521, 1636 y 1849)». En el mismo sentido, Lacruz Berdejo (2003, p. 154): «La dación en pago no viene directamente contemplada por el CC, pero está aludida en los artículos 1521, 1536.2 y 1636 CC (los tres, con ocasión de distintos retractos legales), y contemplado alguno de sus efectos en el artículo 1849 CC, que juntamente con los 1166 1255 permiten intentar una construcción de esta figura (con ayuda de los principios generales del Derecho de obligaciones, claro está)».

³⁷ Los artículos 1521, 1536.2 y 1636 del CC contemplan la dación en pago con ocasión de la regulación de diversos retractos legales. El artículo 1849 del CC regula la extinción de la fianza a consecuencia de la dación en pago.

La construcción jurídica de la dación en pago se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad –ex artículo 1255 del CC– y en la excepción al principio de identidad de la prestación del artículo 1166 del CC. La doctrina y la jurisprudencia han afirmado que este negocio jurídico se rige por las cláusulas pactadas por las partes, y en aquellas cuestiones no previstas, se aplican las normas de la compraventa y las reglas generales de obligaciones y contratos.

4.2. Los elementos de la dación en pago

Los elementos personales y reales, así como los requisitos de la dación en pago han de ser tenidos en cuenta cuando se pretende incorporar este negocio a un plan de reestructuración. Al mismo tiempo, las reglas reguladoras de este negocio deben ser interpretadas de acuerdo con los preceptos de la legislación concursal.

La dación en pago trae causa de una obligación preexistente que no puede ser cumplida en los términos pactados. Esta interrelación entre la obligación originaria y la dación en pago conlleva, en palabras de Lacruz Mantecón (2014), que «los sujetos de la prestación son los mismos que intervinieron en la creación de la relación jurídica originaria» (p. 338). Así, las partes en la *datio* son, de un lado, el *accipiens* o acreedor y, de otro, el *solvens*, que será el deudor, el avalista, el fiador o el hipotecante no deudor. Pero no son los únicos que van a intervenir, ya que es frecuente que terceros designados por el acreedor adquieran el bien en lugar de este. Además, los efectos de la dación en pago alcanzarán a las garantías de la deuda originaria.

Belinchón Romo (2012) ha analizado extensamente la dación en pago, identificando los elementos esenciales que pasamos a analizar.

El primero es la preexistencia de una obligación válidamente constituida y la exigibilidad de la misma. Son pocos los requisitos que debe cumplir la obligación preexistente u originaria: que sea una deuda válidamente constituida, que se encuentre vencida y sea exigible. No hay ninguna limitación en cuanto al contenido de esta obligación, se puede pactar para cualquier tipo de deuda.

El segundo requisito es el acuerdo entre el deudor y el acreedor o el consentimiento relativo al *aliud pro alio*. La opinión mayoritaria de la doctrina es que el principio de identidad de la obligación (art. 1166 CC) determina la necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades acerca del modo de cumplimiento de la obligación que previamente se había pactado. Por ello, llegado el momento de cumplimiento de esa obligación primigenia, acreedor y deudor prestarán su consentimiento para que tenga lugar la dación en pago.

El tercer requisito es la diversidad de prestaciones: la prestación originaria y el denominado *aliud*. La dación en pago solo tendrá lugar cuando sean diferentes la prestación inicialmente debida y la nueva prestación pactada (*aliud*).

El cuarto requisito es el *animus solvendi*. Lo característico de la dación en pago, en este sentido, es que se entrega y se acepta el *aliud* con la intención de extinguir el vínculo obligatorio preexistente. En consecuencia, se despliegan efectos extintivos de la obligación principal y de las accesorias pactadas originariamente. Esto, a su vez, determina que tenga la naturaleza jurídica de una forma especial de pago o de una prestación que suple el pago genuino.

El quinto requisito es el traspaso efectivo de la propiedad del bien o el ingreso en el patrimonio del acreedor de la nueva prestación como presupuesto para que despliegue los efectos extintivos. Ese traspaso efectivo implica que «quien entrega la prestación ha de ser dueño del bien» (Belinchón Romo, 2012, p. 175).

La dación en pago requiere el traspaso actual e inmediato de la propiedad del bien, por lo que es imprescindible que se produzca la transmisión exenta de vicios para que la *datio pro soluto* despliegue los efectos que le son propios.

Es importante mencionar que, desde la perspectiva del derecho civil, no es un requisito de la dación en pago la equivalencia de la nueva prestación y la prestación originaria. Tampoco se exige el respeto de la igualdad o identidad de la posición de las partes respecto a la obligación originaria. Ahora bien, cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia es necesario contrastar estos extremos para garantizar el respeto de los principios inspiradores de la legislación concursal. Por ello, hay que comparar el valor de la nueva prestación y el de la prestación originaria. También es necesario contrastar el contenido obligacional de la dación en pago y el de la obligación originaria, tanto desde el punto de vista de las obligaciones principales y las garantías, como desde el punto de vista de las condiciones económicas pactadas.

4.3. Las mayorías necesarias para la aprobación de los planes de reestructuración y el requisito del consentimiento relativo al *aliud pro alio* de la dación en pago

Con la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023

la reestructuración ha dejado de ser, necesariamente, resultado de un acuerdo de voluntades entre el deudor (o sus socios, como determinantes de la voluntad de este) y los acreedores, y pasa a ser el resultado de un proceso de negociación y decisión colectivas (Garcimartín Alférez, 2022, RR-1.16).

Así, en la SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749) se afirma que

la incorporación a nuestra normativa concursal del nuevo procedimiento de homologación de un Plan de Reestructuración ha supuesto un verdadero cambio de

paradigma, en alguna medida, un seísmo normativo que ha alterado profundamente la posición de los participantes en el juego, la tradicional correlación de fuerzas entre el deudor y sus acreedores (FJ 1.º).

Los planes de reestructuración siguen el principio de decisión mayoritaria de los acreedores. Además, se ha previsto que la homologación judicial de los planes de reestructuración producirá la extensión de los efectos. Todo ello hace posible que el contenido del plan pueda ser impuesto a los créditos afectados que no hayan votado a favor, así como a los socios de la persona jurídica, en lo que se ha calificado por Flores Segura (2022, p. 39) como «democratización de las reestructuraciones»³⁸.

La aprobación del plan de reestructuración requiere, como regla general, el voto favorable de dos tercios del importe del pasivo de cada clase³⁹. Además, si existiesen créditos con garantía real, se precisaría el voto favorable de las tres cuartas partes del importe del pasivo de esa clase. El TRLC establece el cómputo de las mayorías prescindiendo del número de partes afectadas.

Si se alcanzan las mayorías indicadas, quedará aprobado como un plan consensual⁴⁰. A continuación, se formalizará en documento público y procederá su homologación. Si no

³⁸ Flores Segura (2022, p. 39): «"Democratización" de las reestructuraciones, en el sentido de que ya no tienen necesariamente a las instituciones financieras como actoras principales, pues se abre la puerta a las reestructuraciones de deuda sin contar con los acreedores financieros e incluso, como veremos, en contra de su voluntad. [...] en la práctica, será difícil imaginar una reestructuración al margen de los acreedores financieros, que seguirán siendo (bien como impulsores de la reestructuración, bien como titulares de garantías reales o como proveedores de financiación interina o de nueva financiación) los acreedores clave».

³⁹ Garcimartín Alférez (2021, p. 63): «Al ser un procedimiento informal, donde no hay supervisión o control externo sobre la información que se ha dado a los acreedores, el plazo concedido para ejercer el voto o la forma de hacerlo, la mayoría se computa sobre el total del pasivo incluido en cada clase, y no sobre quienes hayan ejercitado ese derecho de voto». Sobre el importe del pasivo que se tendrá en cuenta, Flores Segura, (2022, pp. 47 y 48): «La regla general es que cada crédito debe computarse por el principal más los recargos e intereses vencidos hasta la fecha de formalización del plan en instrumento público (art. 617.1 TRLC). En los contratos de crédito, solo se computará la parte del crédito dispuesta [...]. Finalmente, respecto de los créditos (sean o no de naturaleza financiera) garantizados con garantía real, se prevén dos reglas distintas (art. 617.5 TRLC). En primer lugar, cuando el valor de la garantía sea inferior al de la obligación garantizada, el crédito por el exceso será tratado como no garantizado. La parte del crédito cubierta por el valor de la garantía se considerará como crédito garantizado. En segundo lugar, también se contempla una regla específica para determinar el valor de la garantía, por remisión a lo establecido en el título V del libro primero del texto refundido. En este sentido, el valor de la garantía conlleva un recorte del 10 % sobre el valor razonable del bien o derecho gravado (arts. 272 y 275 TRLC), lo que supone que, en el contexto de la aprobación de un plan de reestructuración, el valor del crédito garantizado es como máximo el 90 % del valor razonable del activo gravado».

⁴⁰ Garcimartín Alférez (2021, p. 67): El autor considera que el plan es consensual «en el caso de que el plan haya sido aprobado por todas las clases de créditos afectados y el deudor o, cuando prevea medidas que requieran su aprobación, por los socios».

se logran las mayorías suficientes en todas las clases de acreedores, es posible que el plan salga adelante como un plan no consensual⁴¹. Para ello es necesaria la homologación judicial del mismo.

Los planes de reestructuración no consensuales serán homologados si han recibido la aprobación del deudor persona física o, en su caso, de los socios que no tengan limitada la responsabilidad por las deudas sociales y siempre que hayan conseguido suficientes votos favorables de los acreedores. Es más, alcanzados los apoyos suficientes de los acreedores, en las circunstancias previstas en el artículo 640.2 del TRLC –es decir, si los socios no responden legalmente de las deudas de la entidad y concurre la situación de insolvencia actual o inminente–, es posible la homologación del plan. La SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749)⁴², ha interpretado el precepto indicando que «más allá de la especialidad –pequeñas empresas– la regla general es que el plan no tiene por qué ser aprobado por el deudor» (FJ 2.º).

Para la homologación del plan no consensual, de acuerdo con el artículo 639 del TRLC, se requiere que se haya alcanzado «una mayoría simple de las clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos que en el concurso habrían sido calificados como créditos con privilegio especial o general» (apartado 1.º) o, en su defecto, que el plan haya sido aprobado por «al menos, una clase que, de acuerdo con la clasificación de créditos prevista por esta ley, pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración de la deudora como empresa en funcionamiento» (apartado 2.º), es decir, la aprobación de una clase que este «dentro del dinero» (Flores Segura, 2022, p. 49).

Estos cambios han sido comentados en recientes pronunciamientos judiciales. Así, la SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749) afirma categóricamente que «el plan de reestructuración es básicamente "un asunto entre acreedores"». La SAP de Pontevedra núm. 179/2023, de 10 de

⁴¹ Según Garcimartín Alférez (2022, p. 68), se trata de un «plan de reestructuración que no ha sido aprobado por todas las clases de acreedores o por los socios del deudor persona jurídica cuando los derechos de estos se vean afectados». También se utilizan los términos «*cross-class cramdown*» y «reestructuración forzosa de la deuda aplicables a todas las categorías».

⁴² La SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749) en el FJ 2.º: «El TRLC recoge la excepción prevista en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuraciones de insolvencia, en su artículo 11 bajo la rúbrica "Reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías".

Dicho precepto, tras regular en su apartado primero las condiciones en que pueden homologarse planes de reestructuración no aprobados por todas las partes afectadas, a propuesta de un deudor o con su consentimiento, establece que "como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán limitar el requisito de obtener el consentimiento del deudor a los casos en que el deudor sea una pyme".

Esta es, precisamente, la opción que ha elegido el legislador nacional para el supuesto de planes no consensuales».

abril de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:336 NormaCEF NCJ066748) destaca la relevancia de los cambios, puesto que «la mayoría del pasivo afectado solo cuenta en la votación *intra* clase, pero no para computar la mayoría simple de clases, como requisito para la homologación del plan a que se refiere el art. 639 TRLC» (FJ 3.º). Es más, afirma que «se hace primar [...] los intereses de clase frente a las mayorías de pasivo» y, respecto al artículo 639.2.º del TRLC, que «el voto a favor de una sola clase puede arrastrar al resto, sin importar la cuantía de los créditos afectados, ni establecerse legalmente corrección alguna» (FJ 3.º). Precisamente, en el AJM de Madrid núm. 5, núm. 85/2023, de 10 de abril de 2023 se homologa un plan de reestructuración en dichas circunstancias⁴³.

De la corta andadura de los planes de reestructuración, Serrano Sánchez ha destacado que «los planes no consensuales con arrastre *inter* clases están generando la mayor litigiosidad, porque están siendo más comunes hasta el momento que los no consensuales con arrastre de socios» (Castro Aragonés *et al.*, 2023, p. 7).

La homologación extiende los efectos de los planes de reestructuración a los acreedores afectados, que quedarán vinculados por las medidas previstas en él. La regulación de los planes de reestructuración abre múltiples alternativas. González Vázquez valora positivamente esta consecuencia por los siguientes motivos:

Permitirá que se homologuen planes de reestructuración que creen valor para los afectados, garantizando la viabilidad de empresas y evitando su declaración en concurso, que de otra forma no serían posibles sin ceder injustamente a ciertas exigencias de acreedores minoritarios o accionistas de la sociedad deudora.

Ello contribuirá también a salvar puestos de trabajo y tejido empresarial que, de otra forma, podría deteriorarse o perderse, aunque esa no sea la finalidad primordial de la reforma (Castro Aragonés *et al.*, 2023, p. 15).

Uno de los elementos imprescindibles de la dación en pago es el consentimiento de las partes. El principio de identidad de la prestación establecido en el artículo 1166 del CC determina la necesidad de un nuevo acuerdo que afecte al modo de cumplimiento de la obligación que se había pactado. Al hilo de esta cuestión, nos planteamos si es posible que un acreedor se vea compelido a recibir en pago de su crédito activos del deudor como consecuencia de la extensión de la eficacia de los planes de reestructuración.

⁴³ AJM de Madrid núm. 5, núm. 85/2023, de 10 de abril de 2023, FJ 4.º: «Se aporta solicitud de homologación con aprobación del PR por solo una de las clases, la de los especialmente relacionados.

En este caso consta informe de experto sobre el valor de la deudora como empresa en funcionamiento, como anteriormente se ha reseñado, y consta la existencia de una clase que de acuerdo con la clasificación de créditos del TRLC, siendo subordinados al ser especialmente relacionados, puede razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras la valoración de la deudora como empresa en funcionamiento».

Desde la perspectiva concursal, hay que distinguir la situación de los acreedores que ostentan créditos que carecen de una garantía real –o por la parte del crédito que exceda del valor de la garantía– y la situación de los acreedores que sí disponen de garantía real por la parte del crédito que no supere el valor de la misma.

Respecto a los primeros, es posible que la homologación del plan de reestructuración extienda los efectos a los créditos afectados incluso para la dación en pago. El requisito para la homologación consistente en la obtención del voto favorable de la mayoría necesaria «constituye la mejor garantía de viabilidad» (Rodríguez Sánchez, 2022, p. 561)⁴⁴. De tal manera que, la dación en pago a los acreedores que no hubiesen votado a favor extinguirá los créditos en los términos previstos en el plan.

Respecto a los segundos, hemos de tomar en consideración que el artículo 211 del TRLC establece el requisito del consentimiento del acreedor especialmente privilegiado. El problema interpretativo que encontramos es determinar si este precepto se aplica a los planes de reestructuración, ya que en el libro II del TRLC no se ha indicado expresamente.

El antecesor de este precepto es el artículo 155.4 de la LC 2003, que, con una redacción distinta, venía a establecer la misma norma jurídica. Una diferencia entre la LC 2003 y el TRLC se encuentra en las remisiones a las reglas especiales que realizan. En la LC 2003 se incluía la remisión expresa al artículo 155.4 en los artículos 100.3 (sobre el convenio), 148.5 (acerca del plan de liquidación), 149.2 (de reglas supletorias en fase de liquidación) y 236.2 (sobre la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos). Asimismo, el TRLC en su redacción original preveía la aplicación del artículo 211 a los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 669.3). Sin embargo, tras la reforma aprobada en 2022, el TRLC limita la remisión al artículo 323.1, sobre el convenio, y al artículo 421 –del que se deduce que el artículo 211 del TRLC es aplicable en fase de liquidación–.

Ante este vacío normativo, la interpretación puede ser excluir la aplicación del artículo 211 del TRLC a los planes de reestructuración. El motivo es que las reglas especiales del artículo 211 del TRLC se circunscriben a «la dación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial en pago o para el pago al acreedor privilegiado o la persona que él designe» (apartado 1 del precepto) y se aplican «en cualquier estado del concurso» (apartado 1). Dado que los planes de reestructuración se adoptan en la etapa anterior a la declaración del concurso, no sería aplicable el artículo 211 del TRLC. Además, este precepto únicamente se aplica cuando la dación en pago extinga créditos concursales, lo que excluye tanto los créditos contra la masa como los preconcursales.

En el derecho preconcursal vigente, «el crédito hipotecario resulta claramente debilitado, al poderse imponer un plan de reestructuración (que puede suponer incluso la cancelación

⁴⁴ En el mismo sentido, Pulgar Ezquerro (2022).

de la garantía) con el voto en contra de todos los acreedores con privilegio especial» (Flores Segura (2022, p. 50). No obstante, el legislador ha adoptado unas medidas o salvaguardas para los acreedores garantizados que no han votado a favor del plan y ha descartado la remisión al artículo 211 del TRLC.

En primer lugar, comentaremos las medidas que tutelan la posición de «los acreedores titulares de derechos de garantía real que hayan votado en contra del plan y pertenezcan a una clase en la que el voto favorable haya sido inferior al voto disidente» (art. 651 TRLC), es decir, de los «acreedores disidentes pertenecientes a una clase disidente» (Flores Segura, 2022, p. 52). Además, la medida queda circunscrita al crédito garantizado, ya que «la parte del crédito no cubierta por el valor de la garantía queda sujeta a las reglas generales y no goza de ningún tipo de prerrogativa en este sentido» (p. 54).

En este primer grupo se encuentra «el derecho a instar la realización de los bienes o derechos gravados en el plazo de un mes a contar desde la publicación del auto de homologación en el Registro público concursal» reconocido en el artículo 651.1 del TRLC. Por esta vía consiguen «cobrar preferentemente sobre el producto de la realización del bien o derecho gravado por la garantía real» (Flores Segura, 2022, p. 53). Se ha previsto una excepción, pues «el plan podrá prever la sustitución de este derecho por la opción de cobrar en efectivo [...] la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía» (art. 651.2 TRLC). «En caso de falta de pago del crédito, se reconoce al acreedor el derecho a ejecutar la garantía y cobrarse con el producto de la realización del bien o derecho gravado» (p. 54).

En segundo lugar, para los acreedores afectados que no hubieran votado a favor del plan de reestructuración se encuentra la medida prevista del artículo 652 del TRLC, que consiste en la subsistencia de las garantías reales y personales del crédito. Ello supone, *prima facie*, que la dación en pago desplegará los efectos extintivos de las obligaciones por la cuantía indicada en los planes de reestructuración. En consecuencia, cuando la dación en pago sea parcial, subsistirán las responsabilidades derivadas de la garantía real prevista en la obligación originaria por la cuantía del crédito pendiente. Para las garantías personales, este precepto entra en contradicción con el artículo 1849 del CC, que prevé la extinción de la fianza como consecuencia de la dación en pago.

De acuerdo con estos argumentos, descartamos la aplicación directa del artículo 211 del TRLC a la dación en pago prevista en un plan de reestructuración, no obstante, el precepto tendrá trascendencia para el análisis de los motivos de impugnación.

4.4. El control de los planes de reestructuración que contienen la dación en pago

Las garantías de los acreedores minoritarios y disidentes previstas en el TRLC representan limitaciones para la dación en pago. A continuación, analizaremos los extremos

que serán controlados para la homologación del plan de reestructuración y los motivos de oposición al auto de homologación indicando las particularidades relacionadas con la dación en pago.

El plan de reestructuración será controlado *a posteriori*⁴⁵ por el juez competente para su homologación. La tramitación de los planes de reestructuración sigue el principio intervención judicial mínima, adoptando carácter obligatorio solo dos de ellos. Así, la intervención judicial se produce en la comunicación de la apertura de las negociaciones y en la homologación judicial del plan de reestructuración.

Como ha expuesto Rodríguez Sánchez (2022), se trata de una actividad centrada en el examen de la documentación, para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 638 y 639⁴⁶. De hecho, el artículo 647.1 del TRLC ha previsto que «salvo que de la documentación presentada se deduzca manifiestamente que no se cumplen los requisitos exigidos en la sección 1.^a de este capítulo, el juez homologará el plan de reestructuración» y el AJM de Madrid núm. 85/2023, de 10 de abril de 2023 (JUR\2023\178168) ha afirmado que la labor del juez en el procedimiento de homologación sin contradicción previa «es meramente de verificación reglada del cumplimiento del contenido y forma del plan de reestructuración, y no de juicio de valor sobre cuál de las solicitudes debe de ser finalmente la que se homologue a pesar de cumplir ambas los requisitos de homologación» (FJ 3.^o).

La Ley 16/2022 ha diseñado una «doble vía procesal» (Niño Estébanez, 2021, p. 7) para impugnar el plan de reestructuración que consiste en «una oposición previa a la aprobación y una oposición posterior a la misma, que recibe la denominación de impugnación del auto de homologación» (p. 7). Esta última consiste en un recurso de apelación ante la audiencia provincial.

El TRLC prevé cinco escenarios posibles⁴⁷ y, en todos ellos, los motivos de oposición son «tasados o *numerus clausus*» (Niño Estébanez, 2021, p. 8). Además, el autor ha seña-

⁴⁵ Este control se produce cuando se solicite la homologación del plan de reestructuración.

⁴⁶ *Vid.* Rodríguez Sánchez (2022, pp. 545-574).

⁴⁷ Niño Estébanez (2021, pp. 8-9): «En concreto podemos distinguir cinco posibles escenarios de impugnación: Primero: si el plan de reestructuración es aprobado por todas las clases de acreedores, los acreedores que hayan votado en contra o se hayan abstenido podrán interponer recurso de apelación basado en los siguientes motivos: (i) infracción de los requisitos legales de comunicación, contenido y forma del plan de reestructuración; (ii) infracción sobre las reglas legales de cómputo de voto y mayorías; (iii) que el deudor no se encuentre en estado de probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o actual; (iv) que el plan de reestructuración no ofrezca una perspectiva razonable de evitar la declaración de concurso y asegurar la viabilidad del deudor en el corto y medio plazo (22); (v) que la reducción del valor de los créditos sea manifiestamente mayor a la que resulte necesaria para garantizar la viabilidad del deudor; y (vi) que el plan de reestructuración no supere la prueba del "interés superior de los acreedores" (*best interest*)»

lado que se aplican de forma alternativa o autónoma, «por lo que bastará con que concurre uno de ellos» (p. 8) para estimar la impugnación del auto de homologación del plan de reestructuración.

Para alcanzar los objetivos de nuestro trabajo hemos de tener en cuenta conjuntamente los motivos de impugnación, los requisitos para la homologación judicial y los elementos de la *datio pro soluto*. Para ilustrarlo gráficamente hemos elaborado el siguiente cuadro comparativo.

of creditor test) o "test de cuota de liquidación", entendiéndose no superada esta prueba si el acreedor impugnante obtiene con el plan de reestructuración una satisfacción de su crédito peor o inferior que lo que razonablemente hubiera podido percibir como cuota de liquidación concursal. Segundo: si el plan de reestructuración no es aprobado por todas las clases de acreedores, los acreedores que hayan votado en contra del plan o se hayan abstenido, con independencia de que pertenezcan o no a una clase que haya aprobado el plan, podrán interponer recurso de apelación basado en cualquiera de los motivos indicados en el primer escenario. Tercero: si el plan de reestructuración no es aprobado por todas las clases de créditos, los acreedores que no hayan votado a favor del plan y pertenezcan a una clase que no lo haya aprobado, además de por los motivos anteriores también podrán deducir impugnación por los siguientes motivos: (i) que no haya sido aprobado por la clase o clases necesarias; (ii) que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos; (iii) que la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango; (iv) que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios va a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración. Cuarto: si el deudor o, en su caso, los socios de la sociedad deudora, no han aprobado el plan de reestructuración, podrán impugnar el auto de homologación por cualquiera de los siguientes motivos: (i) que el plan no cumpla los requisitos de contenido, procedimiento o forma legalmente exigidos; (ii) que el deudor no se encuentre en estado de insolvencia actual o de insolvencia inminente; (iii) que el plan no ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo (23); (iv) que una clase de acreedores afectados vaya a recibir, como consecuencia del cumplimiento del plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos. En el caso de que la aprobación del plan requiera acuerdo de los socios y estos no lo hayan aprobado, solo aquellos que hayan votado en contra tendrán legitimación para impugnarlo. Quinto: cuando en el plan de reestructuración se hubiera acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, la parte afectada podrá impugnar esa resolución por cualquiera de los siguientes motivos: (i) que esa resolución del contrato no resulta necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso; y (ii) que no es adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato».



Cuadro comparativo sobre los motivos de impugnación y los requisitos para la homologación judicial

Elementos de la dación en pago	Requisitos de homologación (art. 638 del TRLC)	Motivos de impugnación de los planes consensuales (art. 654 del TRLC)	Motivos de impugnación de los planes no consensuales (art. 654 del TRLC)
La valoración de los activos	<p>Apartado 2.º Cumplimiento de los requisitos de contenido y forma del plan</p> <p>Apartado 5.º La comunicación a todos los acreedores afectados</p>	<p>Apartado 1.º Incumplimiento de los requisitos de la comunicación, el contenido y la forma del plan</p>	<p>Es posible alegar este motivo de impugnación</p>
El consentimiento del acreedor	<p>Apartado 3.º La aprobación del plan por la mayorías necesarias</p>	<p>Apartado 2.º Deficiencias en la formación de las clases de acreedores y en la aprobación del plan</p>	<p>Se añade otro motivo en el apartado 1.º No se la logrado la aprobación por la clase o clases necesarias</p>
Los límites del contenido de la dación en pago: bienes necesarios para la continuidad de la actividad, liquidación preconcursal, medida accesoria o complementaria y resultados generales del plan	<p>Apartado 1.º Concurrencia de la situación y que el plan ofrezca una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo</p>	<p>Apartado 3.º Incumplimiento de los requisitos objetivos del plan</p> <p>Apartado 4.º El plan no evita el concurso ni asegura la viabilidad en el corto y medio plazo</p>	<p>También serían oponibles</p>
Equilibrio de prestaciones y la igualdad o identidad de la posición de las partes respecto a la obligación originaria	<p>Apartado 4.º Que lo créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria</p>	<p>Apartado 5.º Que los créditos de los acreedores recurrentes no hayan sido tratados de forma paritaria con otros créditos de sus clase</p>	<p>Es posible alegar este motivo de impugnación</p>
	<p>Apartado 6.º El sacrificio desproporcionado de los acreedores o mínimo valor económico de los derechos de los autores minoritarios o disidentes</p>	<p>Apartado 6.º El sacrificio desproporcionado de los acreedores o mínimo valor económico de los derechos de los autores minoritarios o disidentes</p>	<p>Es posible alegar este motivo de impugnación</p>
	<p>Apartado 7.º Prueba del interés superior de los acreedores</p>	<p>Apartado 7.º Prueba del interés superior de los acreedores</p>	<p>Es posible alegar este motivo de impugnación</p> <p>Apartado 2.º El enriquecimiento injusto de una clase de créditos</p>
	<p>Apartado 8.º El incumplimiento de la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social</p>	<p>Apartado 8.º El incumplimiento de la obligación de encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social</p>	<p>Apartado 3.º Prohibición de discriminación injusta entre clases del mismo rango</p> <p>Apartado 4.º Flegla de la prioridad absoluta</p> <p>Apartado 5.º Idem</p>

Los problemas específicos que plantean los planes de reestructuración con dación en pago de determinados créditos están relacionados con los efectos característicos de esta operación y su naturaleza jurídica de forma especial de pago. La dación en pago producirá el doble efecto traslativo y extintivo o de satisfacción del acreedor. Básicamente, este negocio jurídico, por un lado, despliega efectos traslativos del pleno dominio de la cosa, ya que supone la transmisión de la propiedad de un elemento patrimonial. Y, por otro lado, produce los efectos propios del cumplimiento o pago.

En primer lugar, el principal riesgo que presenta la operación es el «peligro de lesión a la *par conditio creditorum* que puede ocasionar la cesión en pago operada a favor de determinados acreedores [...] pues los acreedores destinatarios de la cesión verán satisfechos sus créditos por este medio» (Fachal Noguera, 2021, pp. 8 y 17). Este principio ha quedado reflejado en los motivos de impugnación para evitar que los acreedores disidentes reciban un trato diferente, desfavorable y desproporcionado en beneficio de otros. La SAP de Pontevedra núm. 179/2023, de 10 de abril de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:336 NormaCEFN CJ066748) ha expuesto, en el FJ 5.º, que la desproporción

no puede medirse en relación con la conveniencia o necesidad de aprobar el plan para mantener la viabilidad de la empresa, sino que debe realizarse desde la protección de la posición económica del acreedor disidente en relación a los otros acreedores del mismo rango, aunque estén en clases diferentes, por un principio de justicia en el reparto económico de las pérdidas o recortes, de forma que el valor de la reestructuración sea repartido también de forma mínimamente igualitaria. (...) La carga económica de la reestructuración debe ser repartida de forma paritaria o equitativa entre los acreedores, sin que la apuesta a favor del plan, o la oposición al mismo, puedan tener relevancia al tomar en consideración estos límites de equidad.

En segundo lugar, para evaluar las consecuencias de la dación en pago será necesario valorar los activos que se transmiten en pago de los créditos. Creemos que se aplicarán las normas de valoración de la masa activa, aunque el libro II del TRLC no se ha remitido a ellas. En el mismo sentido, Fachal Noguera (2021), cuando afirma:

Los criterios valorativos que enuncia el citado artículo 273 TRLC sirven para darnos, en realidad, el valor de mercado de los bienes o derechos que van a ser objeto de cesión. A partir de este parámetro, se puede valorar si existe la proporción requerida entre el valor de los bienes o derechos cedidos en pago a determinados acreedores y el importe de los créditos que se satisfacen por este método (p. 18).

En cuanto a los requisitos de contenido del plan de reestructuración, existe una diferencia entre el artículo 633 del TRLC y el artículo 8 de la Directiva (UE) 2019/1023. Los extremos

previstos en el apartado 1, letra b) del precepto comunitario indican que el plan de reestructuración tiene que incluir «el valor de los activos» del deudor, en cambio, en su transposición se ha suprimido esa referencia, puesto que no aparece en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 633 del TRLC. Esta ausencia es relevante, cuando se ha aprobado un plan con dación en pago por la falta de previsión normativa sobre los criterios de valoración de los activos. Esta cuestión afecta al análisis de la paridad de trato de los acreedores –que es el cuarto requisito de homologación– y la inexistencia de enriquecimiento injusto del *solvens* –que es motivo de impugnación–, puesto que se analizan comparando el valor de los bienes y el importe de los créditos que se extinguen⁴⁸.

En tercer lugar, habrá que determinar el importe de los créditos afectados y el alcance de los efectos extintivos de la dación en pago. La existencia de un crédito líquido es uno de los requisitos de esta operación, de hecho, el Tribunal Supremo⁴⁹ ha indicado que el importe del crédito «opera como contraprestación a la entrega o adjudicación del bien». En cuanto al importe del pasivo, la regla general es que «cada crédito se computará por el principal más los recargos e intereses vencidos hasta la fecha de formalización del plan en instrumento público» (art. 617.1 TRLC). En el caso particular de los créditos garantizados, se aplica el artículo 617.5 del TRLC y serán reconocidos como tales por «la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía», y para la determinación de este valor, «se estará a lo establecido en el título V del libro primero».

Respecto al alcance de los efectos extintivos de la dación en pago, nada se ha dispuesto en el libro II del TRLC, por lo que dependerá de lo que se haya estipulado en el plan de reestructuración. Es importante que ningún acreedor perciba pagos en especie valorados en una cantidad superior a su deuda pendiente, pues se conculcaría el principio de enriquecimiento injusto.

Además, en el supuesto específico de la dación en pago de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, la entrega de estos activos al acreedor privilegiado debería extinguir la deuda originaria, como mínimo, por su valor en inventario o por su valor de mercado. Para ello, Flores Segura (2022, p. 55) diferencia tres magnitudes: «el valor de realización de los bienes o derechos (VR), el valor de la deuda garantizada (VD) y el valor de

⁴⁸ Esta cuestión ha sido analizada para la dación en pago acordada en convenio de acreedores por Fachal Noguera (2021, pp. 18-19): «El artículo 329.4 TRLC dispone que el valor de los bienes y derechos objeto de cesión deberá ser igual o inferior al importe de los créditos que se extinguen. Precisamente para salvaguardar la *par conditio creditorum* se incorpora esta limitación a la dación en pago de bienes y derechos de la masa activa. La comparativa debe hacerse, como se ha expuesto en las líneas precedentes, a partir del valor razonable de los activos, calculado de acuerdo con el artículo 273 TRLC. [...] se contiene la lesión a la paridad de trato de los acreedores y se evita el enriquecimiento injusto del acreedor cesionario de los bienes».

⁴⁹ STS núm. 94/2019, de 31 de enero (ROJ: STS 484/2019) (Norma CEF NFJ075763) FJ 2.º

la garantía recogido en el plan de reestructuración (VG)». Descartamos, por tanto, que los efectos extintivos se limiten al crédito con garantía real, puesto que este se ve limitado al valor de la garantía, que equivale al 90 % del valor del activo. Esta interpretación respeta la prohibición de enriquecimiento injusto⁵⁰ y el derecho preferente de cobro del acreedor privilegiado, sobre todo el valor de realización del activo gravado.

En cuarto lugar, habrá que analizar si con la dación en pago se altera el orden de pago a los acreedores⁵¹ (arts. 429 a 440 TRLC). La operación tiene la naturaleza jurídica de medio especial de pago, por lo que es de suma importancia que se respete el orden marcado por la normativa concursal para evitar perjuicios a los acreedores.

En quinto lugar, para la homologación del plan se controlan los resultados esperados, es decir, el plan tendrá que cumplir la «regla de la viabilidad». Esta regla guarda relación con el artículo 10.3 de la Directiva (UE) 2019/1023 y con el motivo de impugnación del auto de homologación del artículo 654.4.º del TRLC. La directiva establece una norma de obligado cumplimiento para los Estados cuando dispone que «velarán por que las autoridades judiciales o administrativas puedan negarse a confirmar un plan de reestructuración cuando

⁵⁰ Ahora con la adjudicación obligatoria establecida en el artículo 423 bis.2 del TRLC, gana argumentos la posibilidad de otorgar efectos extintivos por el valor en inventario del bien.

⁵¹ En situación preconcursal no existirán créditos contra la masa, por lo que los pagos comenzarán por los créditos con privilegio especial. Estos se satisfacen con cargo a los bienes y derechos afectos, en cantidad que no exceda de la deuda originaria. «El resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa activa» (art. 430 TRLC). Si no se logra la completa satisfacción del crédito, «la parte no satisfecha será tratada en el concurso con la clasificación que le corresponda» (art. 430 TRLC). Si un mismo bien o derecho se encuentra afecto a más de un crédito con privilegio especial, «los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros» (art. 431 TRLC).

A continuación, con el resto de bienes y derechos que queden en la masa activa, «se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en esta ley y, en su caso, a prorrata dentro de cada número» (art. 432 TRLC).

Una vez satisfechos los créditos privilegiados, se pagarán los créditos ordinarios. Si en la masa activa no quedaran elementos suficientes, estos créditos serán satisfechos a prorrata (art. 433 TRLC). En el extremo opuesto, «en casos excepcionales, el juez, a solicitud de la administración concursal, podrá motivadamente autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los créditos privilegiados» (art. 434.1 TRLC).

«El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios» (art. 435.1 TRLC). Se procederá «por el orden establecido en esta ley y, en su caso, a prorrata dentro de cada número» (art. 435.2 del TRLC). Con la introducción de un nuevo apartado tercero en este artículo, se otorga eficacia a los pactos de subordinación relativa entre acreedores, cuando concurren determinados requisitos.

Por último, solo se pagarán intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales (art. 440 TRLC).

dicho plan no ofrezca ninguna perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor o de garantizar la viabilidad de la empresa».

En la práctica, el incumplimiento de este requisito supondrá denegar la homologación. Ello sucederá cuando de la documentación aportada no se deduzca que «el plan ofrece una perspectiva razonable de evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo». Como ha explicado Rodríguez Sánchez (2022, p. 563) «el Proyecto incorpora junto a las causas generales de impugnación otras adicionales que –en realidad– constituyen presupuestos para la homologación del plan»⁵², aunque estos «solo serán objeto de control judicial a instancia de un acreedor disidente» (Rodríguez Sánchez, 2022, p. 563). Así, el motivo de impugnación del auto de homologación sigue la dicción literal de la directiva, pero entra en juego solo cuando alguno de los acreedores disidentes se haya opuesto.

La doctrina ha criticado la dificultad que plantea la aplicación de la «regla de la viabilidad». Para Rodríguez Sánchez (2022) «la viabilidad de un plan de reestructuración se debe traducir en la probabilidad razonable de que su ejecución logrará la continuidad de la actividad empresarial» (p. 560). La autora afirma que el control de este extremo no pretende «una certeza absoluta» (p. 560) y estima que es suficiente con que «la probabilidad de que se logre la continuidad de la actividad empresarial es superior a la probabilidad de que no se logre» (p. 560). En esa línea, la SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749) ha identificado algunas características del contenido del plan de viabilidad en un plan no consensual, que exponemos a continuación.

En cuanto a la minuciosidad de su contenido, se afirma que

la exposición de «condiciones» y «razones» para asegurar, en el primer caso el éxito del plan, y garantizar la viabilidad de la empresa y evitar el concurso en el segundo, no exigen una detallada enumeración de los innumerables datos, variantes y análisis que tradicionalmente contiene un «plan de negocio». De lo que se trata es de perfilar a grandes rasgos el conjunto de presupuestos imprescindibles para que el plan se pueda llevar a efecto, para que tenga 'éxito', y de exponer los argumentos que sustentan esa apuesta por la viabilidad enderezada a evitar la situación de concurso (FJ 7.º).

⁵² Rodríguez Sánchez (2022, p. 565) explica que «los "requisitos para la homologación del plan de reestructuración" y los "motivos de (adicionales) de impugnación" se traducen, por tanto, en un conjunto de presupuestos legales que se convierten en garantías materiales –previo control judicial– acerca de la razonabilidad y justificación del plan en orden al aseguramiento de la viabilidad y continuidad de la actividad empresarial para evitar el concurso de acreedores».

En cuanto a la extensión, en el caso de grupos, «tampoco resulta relevante que no se haya efectuado un análisis de viabilidad para cada una de las sociedades integrantes del Grupo Celsa» (FJ 7.º).

Acerca del periodo temporal que se estudiará,

el período de análisis [...], por corto y medio plazo se entienden siempre periodos inferiores a los cinco años [...]. Un plazo de tres años [...] para trazar la viabilidad de la compañía en un plan es un periodo de tiempo absolutamente razonable (FJ 7.º).

Por último, en cuanto al resultado que se espera de las medidas de refinanciación,

el artículo 633.10 del TRLC no exige que el PDR garantice la capacidad del deudor de atender la totalidad de la deuda refinanciada a su vencimiento, asegurando su pago a través de los flujos de caja, sino, mucho más propiamente, de lo que se trata es de eliminar la situación de insolvencia actual o inminente, condición de posibilidad de la viabilidad del deudor a corto y medio plazo con independencia de cuál sea la deuda de la compañía (FJ 7.º).

En el caso concreto del plan de reestructuración que prevea la dación en pago, creemos que se tendrán en cuenta los resultados de este negocio a la hora de aplicar la regla de la viabilidad en términos de reducción del pasivo y de la relevancia de los activos transmitidos para la continuidad de la empresa. También se controlará que la dación en pago no suponga la liquidación preconcursal. Además, en el caso de que alguno de los acreedores disidentes se oponga a la homologación, las partes podrían aportar pruebas para contrastar la viabilidad del plan desde un punto de vista sustantivo.

En sexto lugar, destacamos la relevancia del motivo de impugnación consistente en el sacrificio desproporcionado de los acreedores⁵³ (art. 654.6.º TRLC). El parámetro para valorar el sacrificio de los acreedores es la reducción del valor de los créditos. En el caso de la dación en pago, la reducción del valor de los créditos es la diferencia entre la cuantía de

⁵³ La posición del acreedor en opinión de Garcimartín Alférez (2022, RR-1.23): «El plan debe respetar un mínimo valor económico de los derechos de los acreedores minoritarios o disidentes. Ese contenido mínimo económico se desglosa en tres aspectos (incluyendo el trato paritario, que ya hemos mencionado): el sacrificio de sus créditos no debe ser manifiestamente desproporcionado, el trato entre los miembros de la clase debe ser paritario y, en todo caso, se les debe respetar lo que hubiesen obtenido en una liquidación concursal [...]. En este sentido, la cuota hipotética de liquidación concursal es un derecho de cada acreedor individual que no puede verse perjudicado por acuerdo de la mayoría dentro de su propia clase. A los efectos de aplicar la prueba del interés superior de los acreedores ha de compararse el valor presente de lo que vaya a recibir el acreedor disidente conforme al plan de reestructuración con esa cuota hipotética de liquidación también descontada a valor presente».

los créditos extinguidos y el valor de los activos entregados. Se prevé una regla particular aplicable en el caso de la cesión de créditos, pues se estará al valor de adquisición por el nuevo titular, en lugar de atender a la cuantía de estos créditos.

Tal como ha señalado la SJM de Barcelona núm. 2, núm. 26/2023, de 4 septiembre de 2023 (JUR\2023\330539 NormaCEF NCJ066749), en el FJ 10.º:

La finalidad de la norma es garantizar un equilibrio dinámico entre todos los acreedores de manera tal que cualquier incentivo que pudiera existir para distribuir los costes de la financiación de manera inequitativa resulte desalentado o en, último término, contrarrestado por la acción del acreedor perjudicado.

Los acreedores están vinculados por una especie de «sacrificio solidario» en virtud del cual deben compartir de manera equitativa los costes de la financiación con el objetivo de dotar de viabilidad a la compañía. [...]

La finalidad del precepto es, obviamente, evitar desequilibrios injustificados en la ecuación que distribuye las obligaciones entre los distintos acreedores comprometidos en la viabilidad de la compañía.

En séptimo lugar, destacamos la prueba del interés superior de los acreedores, que se define en el artículo 654.7.º del TRLC, indicando que no se superará este test «cuando sus créditos se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación concursal de los bienes del deudor, individualmente o como unidad productiva»⁵⁴. Para ello, «se comparará el valor de lo que reciban conforme al plan de reestructuración con el valor de lo que pueda razonablemente presumirse que hubiesen recibido en caso de liquidación concursal»⁵⁵, es decir, con la cuota hipotética de liquidación concursal. En el caso de los créditos con garantía real, Garcimartín Alférez (22 de diciembre de 2021) afirma:

⁵⁴ Artículo 654.7.º, segundo párrafo del TRLC. Sobre la finalidad de esta prueba afirma Pulgar Ezquerro (2022, RR-1.1): «El objetivo de dicha prueba se sitúa en garantizar la proporcionalidad entre el fin perseguido por la reestructuración (permitir la continuidad de empresas viables) y la reducción de los derechos individuales de los acreedores, residiendo en esta proporcionalidad la clave del éxito de toda reestructuración preconcursal. Ello se consigue garantizándoles al menos un suelo mínimo de satisfacción situado en el respeto de la cuota de liquidación concursal, no resultando peor tratados en un escenario de reestructuración precoconcursal, de lo que lo serían en un eventual escenario de liquidación concursal, siendo un elemento esencial de esta prueba la valoración económica de la compañía, hasta el punto de que se puede decir que esta constituye, en la práctica, más una cuestión fáctica de carácter económico que legal».

⁵⁵ Artículo 654.7.º, segundo párrafo del TRLC. Sobre el cálculo de las magnitudes indicadas *vid.* Pulgar Ezquerro (2022), Martos Moreno (2022) y Garcimartín Alférez (2021).

A los efectos de valorar su crédito, se debe tener en cuenta [...] el crédito garantizado llega, como máximo, a los nueve décimos del valor de la garantía. El privilegio se fija o cristaliza en ese valor en el momento de la aprobación del plan (la valoración del bien gravado, naturalmente, tiene que ser coetánea). Esto significa que, en la medida en que no hay liquidación real, [...] no se tendrá en cuenta el valor de la deuda originaria. Por consiguiente, la cuota hipotética de liquidación concursal coincidirá normalmente con el valor de la garantía, *i.e.* el 90 % del valor razonable del bien gravado. El valor neto presente del instrumento que reciben conforme al plan debe ser igual o superior a esta cantidad.

A su vez, para analizar la situación del acreedor con privilegio especial en caso de liquidación concursal surgen nuevos problemas interpretativos con el artículo 211 del TRLC. Fachal Noguera (2021) ha indicado que, una vez declarado el deudor en situación de concurso, el artículo 211 del TRLC hace imprescindible que el acreedor especialmente privilegiado preste su consentimiento expreso para la dación en pago. Además, afirma que «con el Texto Refundido, ya no puede aceptarse la tesis que admitía el consentimiento presunto del acreedor afectado, deducido del traslado que se le hizo del plan de liquidación» (p. 24). En consecuencia, el valor de lo que hubiese recibido el acreedor en caso de liquidación no se podría cuantificar atendiendo al resultado de la dación en pago.

En octavo lugar, cuando se trata de la impugnación de planes no consensuales, a los motivos señalados se les añade «el incumplimiento de cualquiera de los tres principios que conforman el test de equidad o razonabilidad» (Rodríguez Sánchez, 2022, p. 564)⁵⁶. Nos referimos al principio de no enriquecimiento injusto, a la prohibición de discriminación injusta entre clases del mismo rango y a la regla de la prioridad absoluta. Como ha indicado la SAP de Pontevedra núm. 179/2023, de 10 de abril de 2023 (ECLI:ES:APPO:2023:336 NormaCEF NCJ066748), los motivos de impugnación «tratan de mantener un principio de igualdad o de paridad entre los créditos afectados por el plan» (FJ 5.º).

El primero de ellos se encuentra en el ordinal segundo del artículo 655.2 del TRLC. La situación de hecho es «que una clase de créditos vaya a mantener o recibir, de conformidad con el plan, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos». Esta situación se produciría, por un lado, si la dación en pago supusiese la entrega de bienes y derechos cuyo valor en inventario fuese superior a la deuda del acreedor. La legislación concursal limita el reconocimiento de este tipo de créditos al valor de la garantía. Esto supone que los efectos extintivos tendrían como techo el 90 % del valor otorgado en el inventario para los bienes o derechos entregados. No obstante, en el cuarto punto, hemos propuesto una interpretación basada en la referencia valor de la deuda originaria o deuda garantizada, en lugar de valor de la garantía.

⁵⁶ También Garcimartín Alférez (2021).

Por otro lado, habría que estudiar con detenimiento si se produce esta situación cuando la dación en pago tenga por objeto un bien que esté gravado por varias cargas, ya que los créditos con garantía real «constituirán una clase única, salvo que la heterogeneidad de los bienes o derechos gravados justifique su separación en dos o más clases» (art. 624 TRLC).

El segundo test de equidad o razonabilidad es la prohibición de discriminación injusta entre clases del mismo rango. Se regula en el ordinal tercero del artículo 655.2 del TRLC que dispone que «la clase a la que pertenezca el acreedor o los acreedores impugnantes vaya a recibir un trato menos favorable que cualquier otra clase del mismo rango». La SAP de Pontevedra núm. 179/2023, de 10 de abril (ECLI:ES:APPO:2023:336 NormaCEF NCJ066748) realiza «una interpretación flexible de la regla que examinamos, moderadora de su literalidad», de acuerdo con la cual

podría sostenerse que la regla no hace referencia únicamente a una mera apreciación de diferente trato, y en tal caso, más desfavorable para el acreedor disidente de la clase arrastrada, sino que la norma lo que pretende es proteger de una discriminación injusta entre clases del mismo rango, no debiendo tratar de forma desigual e injusta a quienes son iguales en rango. No cabe admitir diferencias de trato no justificadas (FJ 5.º).

Por último, la regla de la prioridad absoluta prohíbe

que la clase a la que pertenezca el acreedor o acreedores impugnantes vaya a mantener o recibir derechos, acciones o participaciones con un valor inferior al importe de sus créditos si una clase de rango inferior o los socios van a recibir cualquier pago o conservar cualquier derecho, acción o participación en el deudor en virtud del plan de reestructuración (art. 655.2.4.º TRLC).

Además, se ha previsto una excepción que afecta al motivo cuarto, ya que se podría llegar a confirmar la homologación del plan de reestructuración incluso si incumple la regla de la prioridad absoluta «cuando sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente» (art. 655.3 TRLC).

4.5. Las garantías para los acreedores que admiten la dación en pago en los planes de reestructuración

En la etapa anterior a la declaración del concurso, se buscan soluciones extrajudiciales y privadas para «prevenir la insolvencia [...] o intentar salir de ella, si el deudor estuviera ya en tal estado y todavía fuera salvable» (Rodríguez de Quiñones y de Torres, 2021, p. 63). El

objetivo del deudor será «tratar de eludir la declaración de concurso a través de un acuerdo con los acreedores concluido de modo privado o mediante un expediente extrajudicial, con aptitud para extender sus efectos más allá de sus estrictos firmantes» (p. 63).

Las garantías procedimentales en el precurso⁵⁷ se basan en tres pilares básicos, que son la configuración de las clases de acreedores afectados por el plan, la mayoría cualificada exigible dentro de cada clase y el valor económico mínimo, cuando haya disidentes.

En relación con las dos primeras, tanto el deudor como los acreedores que representen la mayoría del pasivo afectado⁵⁸ están facultados para solicitar la confirmación judicial de la correcta formación de las clases de acreedores antes de solicitar la homologación del plan de reestructuración. Esta posibilidad aporta certeza en cuanto a la eficacia del resultado de las votaciones, puesto que permite evaluar con seguridad si se han alcanzado las mayorías necesarias⁵⁹. Como ha expuesto Flores Segura (2022), el pronunciamiento judicial acerca de la formación de las clases de acreedores «excluye la posterior impugnación del plan o la oposición a su homologación con base en la incorrecta formación de estas» (p. 47).

En cuanto al valor mínimo, nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior.

Por último, las medidas adoptadas tendrán que ofrecer certeza en cuanto a las consecuencias derivadas de su ejecución. Por ello, el objetivo de lograr la continuidad de la empresa viable debe venir de la mano de medidas de reestructuración que queden blindadas frente a las acciones rescisorias concursales, ante el riesgo de que posteriormente se so-

⁵⁷ Niño Estébanez (2021, p. 9): «En la regulación de los nuevos planes de reestructuración se ha hecho prevalecer la seguridad jurídica frente a la celeridad del sistema vigente».

⁵⁸ Flores Segura (2022, p. 47): «La legitimación activa corresponde al deudor y a los acreedores que representen más del 50 % del pasivo afectado. Si bien el porcentaje de pasivo que se exige a los acreedores es bastante elevado [...] el porcentaje de pasivo exigido puede ser heterogéneo y pertenecer a clases distintas, lo cual facilita evidentemente su alcance».

⁵⁹ En cuanto al valor de la confirmación judicial, Niño Estébanez (2021, p. 7): «Se trata, no obstante, de una petición de verificación potestativa [...]. La solicitud se resuelve mediante sentencia irrecurrible y en caso de que confirme las clases propuestas, la circunstancia relativa a la formación de clases de acreedores ya no podrá alegarse como motivo de impugnación u oposición al plan. Esta preclusión procesal constituye, en nuestra opinión, el efecto más relevante de esta petición de verificación facultativa, que responde a la necesidad de evitar dilaciones indebidas una vez que sobre este punto ya se ha obtenido una resolución judicial motivada y sin perjuicio de otros posibles motivos de impugnación». Garcimartín Alférez (2021, p. 62): «Esta opción podría ser útil para los supuestos en los que, durante la fase de negociación del plan, se suscite una disparidad puntual de criterios entre los sujetos afectados sobre las clases que pretenden formarse y sea preferible despejar las dudas sin necesidad de aguardar hasta el final de todo el proceso, con el riesgo que ello supone. La ventaja, si se utiliza este recurso, es que la formación de clases no podrá ya ser motivo de impugnación u oposición al plan en la fase de homologación».

licite la declaración de concurso (Pastor Sempere, 2016). Como ocurría con los acuerdos de refinanciación⁶⁰, el artículo 615 del TRLC blindo o protege frente al régimen general de las acciones rescisorias tanto «la financiación interina y la nueva financiación que prevea el plan», como «los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto de este». Este blindaje es un factor que favorece la eficacia de la dación en pago realizada en ejecución de los planes de reestructuración, que se ve reforzado por la ausencia de efectos suspensivos de la impugnación del auto de homologación del plan (art. 660 TRLC) y la limitación de los efectos de la sentencia estimatoria prevista en el artículo 661 del TRLC.

5. Conclusiones

La Ley 16/2022 ha supuesto un cambio en el régimen jurídico de los planes de reestructuración. Actualmente el TRLC no contempla las normas reguladoras de la dación en pago celebrada antes de la declaración del concurso. No obstante, ello no determina que se haya erradicado esta operación del precurso. Al contrario, el legislador dota de mayor libertad a los deudores y a los acreedores para que autorregulen la solución más adecuada a la situación insolvencia.

Es factible la inclusión en los planes de reestructuración de la dación en pago, puesto que afecta al crédito financiero. Los efectos jurídicos de este negocio permiten conseguir una reducción del pasivo, afectando a los vencimientos presentes y futuros, aunque no incremente el crédito disponible ni genere una entrada de tesorería. Por ello, la dación en pago no puede constituir el eje central de una reestructuración financiera, tendrá un espacio concreto en el contenido de estos planes como una medida adicional, accesorio o complementaria.

⁶⁰ Este blindaje fue criticado por Olivencia (2012, p. 5). El autor centra sus críticas en dos argumentos. En primer lugar, en la naturaleza jurídica y los efectos de estos acuerdos. Indica que la «naturaleza jurídica no es la de un proceso colectivo, cautelar o preventivo de la insolvencia, sino de un contrato ("acuerdo") entre determinados acreedores con el deudor, con efectos que superan la relatividad subjetiva propia del negocio, porque se extienden a quienes no han sido en él parte y hasta han podido ignorar su existencia [...]. Se trata de re-financiar (el prefijo re- en su uso de iteración o repetición, como en re-estructurar, re-ajustar, recuperar, re-organizar, re-negociar...), volver a conceder crédito en virtud de un nuevo acuerdo entre uno o varios acreedores y el deudor no declarado en concurso, cuyos efectos recaen sobre una colectividad de terceros que no son parte en aquél». En segundo lugar, el abandono de la perspectiva concursal o colectiva. Critica el autor que «se sitúa así nuestra Ley en una perspectiva contractual, no procedimental, de la prevención de la insolvencia, a través de acuerdos, arreglos o convenios inter partes, pero con efectos sobre los acreedores que en ellos no lo han sido [...] una figura híbrida, porque excede de la eficacia normal del contrato y, no siendo concursal, afecta a una colectividad ajena al acuerdo y aún no integrada en la masa pasiva de un concurso. Se trata, pues, de un *sui generis* instituto contractual y preconcursal, con efectos sobre los acreedores que no han sido en él parte y, en su caso, sobre el concurso».



Los planes de reestructuración que contemplen la dación en pago deben servir para lograr los objetivos de las reestructuraciones, que son evitar el concurso y asegurar la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo.

Los planes de reestructuración que contienen esta figura se aprobarán siguiendo las reglas generales que establecen las mayorías necesarias. Es posible la extensión de los efectos de la dación en pago como consecuencia de la homologación judicial de los planes de reestructuración, si bien existen ciertas medidas o salvaguardas para los acreedores garantizados que no han votado a favor del plan.

El principal problema que plantea la dación en pago en el precurso es la eventual lesión de la *par conditio creditorum*. En este sentido, los mecanismos de control judicial del contenido del plan antes de su homologación prevén que se constate la igualdad de trato entre los créditos de la misma clase. La labor de control se verá dificultada por la indeterminación legal del alcance de los efectos extintivos y el problema de la determinación del valor de los bienes y derechos transmitidos.

Los motivos de impugnación del auto de homologación son tasados. En el artículo 654 del TRLC figuran, entre otros, la regla de viabilidad del plan, la *par conditio creditorum*, el sacrificio desproporcionado de los acreedores y la prueba del interés superior de los acreedores. En el caso de los planes no consensuales, el artículo 655 del TRLC añade los motivos de oposición basados en el principio de no enriquecimiento injusto, la prohibición de discriminación injusta entre clases del mismo rango y la regla de la prioridad absoluta. Su aplicación se adecuará a las particularidades de la dación en pago.

Por último, si el plan de reestructuración no llegara a buen fin, la protección de los actos dictados en ejecución del mismo ofrece sólidas garantías a los acreedores que han aceptado la dación en pago.

Referencias bibliográficas

- Belinchón Romo, M. R. (2012). *La dación en pago en Derecho Español y Derecho comparado*. Dykinson.
- Castro Aragonés, J. M. de, González Vázquez, J. C., Sánchez Velo, L. M., Serrano Sánchez, M. y Perea González, A. (Coord.). (2023). Diálogos para el futuro judicial LXIV. Los Planes de Reestructuración tras la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma de la Ley Concursal. *Diario La Ley*, 10300, La Ley 4360/2023.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. M. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Thomson Civitas.
- Fachal Noguera, N. (2021). La dación en pago o para pago en el concurso: cuestiones problemáticas. *Aranzadi Digital*, 1, BIB 2021\1431.
- Flores Segura, M. (2022). Los acreedores financieros en la reforma de la Ley concursal para la transposición de la directiva sobre reestructuración e insolvencia. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 262, 35-70.
- Garcimartín Alférez, F. J. (2021). Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del Anteproyecto (y las novedades en el Libro IV). *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 3, 47-84.
- Garcimartín Alférez, F. J. (22 de diciembre de 2021). Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Almacén de Derecho*. <https://bit.ly/3Mpo6je>
- Garcimartín Alférez, F. J. (2022). El derecho preconcursal: una visión general. *Anuario de Derecho Concursal*, 57, 9-49.
- Lacruz Berdejo, J. L. (2003). *Elementos de derecho civil. II, Derecho de obligaciones*. Dykinson.
- Lacruz Mantecón, M. L. (2014). La dación en pago. En M. T. Alonso Pérez (Coord.), *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica* (pp. 317-368). Aranzadi.
- Martos Moreno, J. L. (2022) La impugnación del plan de reestructuración. En A. Díaz Moreno, F. J. León Sanz, J. Brenes Cortés y S. Rodríguez Sánchez (Dirs.), *La Reestructuración como solución de las empresas viables* (pp. 575-596). Aranzadi.
- Moreno Buendía, F. J. (2022). El alcance de los planes de reestructuración: los créditos afectados. En A. Díaz Moreno, F. J. León Sanz, J. Brenes Cortés y S. Rodríguez Sánchez (Dirs.), *La Reestructuración como solución de las empresas viables* (pp. 295-329). Aranzadi.
- Niño Estébanez, R. (2021). La metamorfosis de los acuerdos de refinanciación: los nuevos planes de reestructuración en el Texto Refundido de la Ley Concursal. *La Ley Insolvencia*, 5, La Ley 9960/2021.
- O'Callaghan Muñoz, X. (2008). *Compendio de Derecho Civil*. Dijusa.
- Olivencia, M. (2012) La reforma de la Ley concursal. *Revista de Derecho Mercantil*, 285, BIB\2012\3289.
- Pastor Sempere, M. C. (2016). *Dación en pago e insolvencia empresarial*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- PricewaterhouseCoopers España. (2022). Asesoramiento para reestructuraciones empresariales e insolvencias. <https://www.pwc.es/es/deals/reestructuraciones.html>
- Pulgar Ezquerro, J. (2022). Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores. *Revista de Derecho Mercantil*, 323.



Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2021). *Lecciones de Derecho mercantil*. Tecnos.

Rodríguez Sánchez, S. (2022). La protección frente a la rescisión de los planes de reestructuración en la proyectada reforma concursal. En A. Díaz Moreno, F. J. León Sanz, J. Brenes Cortés y S. Rodríguez Sánchez (Dirs.), *La Reestructuración como solución de las empresas viables* (pp. 545-574). Aranzadi.

Vázquez Cueto, J. C. (2022). El concepto de reestructuración en los trabajos prelegislativos de incorporación de la Directiva (UE) 2019/1023. En A. Díaz Moreno, F. J. León Sanz, J. Brenes Cortés y S. Rodríguez Sánchez (Dirs.), *La Reestructuración como solución de las empresas viables* (pp. 63-112). Aranzadi.

Isabel E. Paladini Bracho. Doctorada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Huelva y máster en Asesoría Fiscal por el Instituto de Estudios Jurídicos y Empresariales de El Monte. Profesora asociada de la Universidad de Huelva en el Departamento de Derecho Público, área de Derecho Financiero y Tributario. Desde julio de 2005 a mayo de 2007, coordinadora provincial del Proyecto Emprende Empresa I y II y el Proyecto Emprende-T en la Asociación de Mujeres Empresarias de Huelva, desarrollando, entre otras, las labores de asesoramiento técnico a empresarias y emprendedoras. <https://orcid.org/0000-0003-1508-9303>



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

Javier Serra Callejo

Abogado

Secretario del Consejo de Administración.

ArcelorMittal España

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

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

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

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

Extracto

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

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

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

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



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

Javier Serra Callejo

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

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

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

Abstract

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

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

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

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

Sumario

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



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

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento

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

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

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

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

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

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

2. El supuesto de hecho

2.1. Una distinción puramente formal entre grandes y pequeños tenedores

El RDL 6/2022 establece un régimen que se proclama como distinto para los arrendadores que sean grandes tenedores y los que no lo sean. Y el texto se toma la molestia de definir con esmero qué se entiende por «grandes tenedores»: son las personas físicas o jurídicas titulares de más de 10 inmuebles urbanos de uso residencial o de una superficie construida de más de 1.500 m² de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros. Sin embargo, la diferencia de trato entre ese colectivo y los demás arrendadores es nimia y, sobre todo, intrascendente: en el caso de los grandes tenedores, serán nulos los pactos de actualización que excedan del límite legal, mientras que en los demás supuestos tal pacto sería en teoría lícito, pero nunca o casi nunca se producirá, pues en defecto de acuerdo el tope se aplicará por mandato legal, de modo que el arrendatario no tiene ningún aliciente para acordar otra cosa (Fuentes Lojo, 2022).

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

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

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

2.2. Un tope semioculto

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

2.3. Un efecto económico significativo

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

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

2.4. Una parca motivación

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

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

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

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

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

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

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

3. Parámetros sustantivos y procesales

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

3.1. Derecho español

3.1.1. Derecho a la propiedad privada y expropiación

3.1.1.1. Expropiaciones legislativas, delimitaciones y leyes materialmente expropiatorias

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

La norma cardinal es aquí el artículo 33 de la CE, a cuyo tenor «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» (apartado 1) y, en consecuencia, «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes» (apartado 3). No obstante, no toda afectación de la propiedad es expropiación, ya que «la función social» de este derecho «delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes» (apartado 2).

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.1.3. Tipos de tutela

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

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

El arrendador podría interponer demanda civil frente al arrendatario, para hacer valer una actualización de la renta superior al tope legal, proceso durante el cual rogaría al juez que plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre el RDL 6/2022. Pero atender o no esta petición es prerrogativa del juzgador, sin que el litigante pueda, ante una eventual negativa, recurrir en amparo, al quedar el artículo 33 de la CE extramuros de los derechos protegidos con este mecanismo². Además, el arrendatario dispone de una defensa difícilmente objetable: el Estado ha exigido al arrendador una colaboración para aplicar una medida asistencial y es con él con quien debe discutirse si tal colaboración debe ser retribuida. El problema es entonces que esa compensación no se puede solicitar, de forma subsidiaria, de la jurisdicción civil. Y cuando fracase, en su caso, la acción restitutoria, la resarcitoria puede estar prescrita, en los términos que analizaremos.

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

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

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

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

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

3.1.2. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador

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

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

Quizá se oponga a ello la representación del Estado, alegando que el artículo 32.3 de la LRJSP se refiere, según declara, solo a daños causados por actos legislativos «de naturaleza no expropiatoria de derechos». Sin embargo, esta objeción puede descartarse desde ya. La garantía de tutela judicial a la que antes hemos aludido exige que exista un procedimiento adecuado para solicitar compensación por leyes materialmente expropiatorias y este precepto cumple precisamente esa función: como de hecho alegó la representación del Reino de España en el proceso que dio lugar a la STJUE de 28 de junio de 2022³, es una «cláusula de cierre del sistema», que sirve para dar salida procesal a todo derecho a exigir una indemnización del Estado que no tenga establecido mejor cauce⁴. También la STC 28/1997, antes mencionada, resuelve esto categóricamente, cuando, tras rechazar que el silencio de la ley en materia indemnizatoria comporte la nulidad de la norma, aclara «que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

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

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

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

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

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

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

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

Aun así, la lucha por seguir defendiendo la existencia de este último título para pedir indemnización podría transitar por dos vías. Una, la más ambiciosa, es sugerir que el candado puesto por la LRJSP es inconstitucional, para lo cual cabe invocar (a): el artículo 106.2 de la CE como una cláusula de responsabilidad genérica de los poderes públicos, incluido el legislador; (b) el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) como fundamento del deber de respetar la confianza legítima o (c) la regla de igualdad de trato ante las cargas públicas... La otra vía, más sibilina, es la que a veces ha preferido el TS, cuando considera que el silencio de la ley no obsta para que, indagando en su *ratio legis*, se detecte una voluntad tácita de compensar⁶.

3.1.2.3. Derecho comparado

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2.4. Características de este procedimiento

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

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

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

3.2. Tratados internacionales

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

3.3. Derecho de la UE

3.1.1. Normas sustantivas

También el artículo 17.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁹ reconoce el derecho de propiedad en términos equiparables a los del artículo 33 de la CE. Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁰ y la propia Comisión Europea, en su Comunicación de 19 de julio de 2018 (COM/2018/547), han declarado que

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

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

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

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

el principio de confianza legítima es invocable como derecho de la UE, también frente al legislador de un Estado miembro. Condición para la invocación de aquel derecho o este principio es que la medida analizada pueda afectar a los intercambios entre Estados miembros, si bien a este respecto el TJUE emplea un criterio amplio, aceptando su competencia para analizar restricciones a la propiedad impuestas por un Estado a sus propios nacionales, si pueden potencialmente afectar a las libertades de movimiento de la UE¹¹. Tal presupuesto se cumple en nuestro caso, pues el arrendador puede ser un nacional de otro Estado miembro, que ha visto menoscabada la rentabilidad de su inversión en bienes inmuebles en España y, por tanto, la libertad de circulación de capitales establecida por el artículo 63.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE).

3.3.2. Procedimiento

Este fundamento abre posibilidades ventajosas de tutela jurisdiccional. Un juez nacional podría (ex art. 267 TFUE) plantear cuestión prejudicial ante el TJUE para que este dilucide si, a la luz del Derecho de la UE, la medida debe ser inaplicada o, al menos, ha de llevar aparejada una compensación. Pero acudir al TJUE tampoco es imprescindible, pues, si tiene claro que lo ordena el derecho de la UE, el juez nacional puede conceder sin más la indemnización. En tal caso, sería aplicable el artículo 32 de la LRJSP, aunque con los matices introducidos por el TJUE¹²: (a) para que un tribunal nacional pueda establecer la responsabilidad del Estado, no es necesario que exista una previa sentencia de dicho tribunal que declare la disconformidad con el derecho de la UE; (b) cabe exigir la beligerancia del perjudicado, pero no la impugnación de un acto administrativo cuando este no existe, porque la norma es autoaplicativa y (c) es contrario al principio de integridad de la compensación la limitación de la indemnización al daño sufrido en los 5 años previos a la sentencia. El fundamento de esta jurisprudencia es el principio de efectividad (de las reparaciones por violación del derecho de la UE). En cambio, para el TJUE, el artículo 32.5 de la LRJSP no infringe el principio de equivalencia (con las reparaciones por infracción del derecho nacional) por el hecho de que imponga, como condición para la indemnización, los requisitos que exige la jurisprudencia de ese mismo tribunal: que la norma tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que el incumplimiento en el que incurre esté «suficientemente caracterizado».

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

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

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

4. La posible respuesta del Estado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Nuestra posición: visión general

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

5.1. Luces de la defensa del Estado

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

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

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

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

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

5.2. Sombras de la defensa del Estado

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

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

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

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

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

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

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

6.1. Planteamiento

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

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

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

6.2. El aspecto subjetivo

6.2.1. Localización de los beneficiarios

A menudo los autores y la jurisprudencia ponen de manifiesto que la existencia de un círculo de beneficiarios más o menos reducido denota expropiación¹⁸. Esto sucede aquí: existe un trasvase financiero desde un grupo social, al que se priva de un ingreso, a otro, al que se ahorra el desembolso. Es verdad que este dato no es definitivo: nuestro TC (como vimos) ha aceptado que la ley puede legítimamente beneficiar a la parte débil de la relación arrendaticia (los arrendatarios) en detrimento de los arrendadores. Como tempranamente destacara Villar Palasí (1955, p. 19), las limitaciones de la propiedad no deben contemplarse, en la clásica distinción aristotélica, solo bajo la óptica de justicia conmutativa, sino asimis-

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

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

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

6.2.2. Los arrendadores sufren un «sacrificio especial»

A la inversa, ¿cuál es el valor que tiene el dato de que los perjudicados no estén identificados *nominatim*, sino como clase abstracta? Veíamos *supra* § 4.2 que la expresión tradicional ha sido que la expropiación requiere de una privación «singular». Y sin duda es verdad que una norma que afectara a la totalidad de la población llevaría implícito el reparto equitativo de su carga. Ahora bien, si la regla afecta solo a los titulares de determinado bien y no tiene una justificación ni tributaria ni sancionadora, las espadas están en alto: tiempo hace que la doctrina internacional no contempla la «singularidad» como una cuestión de números, sino desde un punto de vista valorativo; arrebatar un bien a un colectivo puede comportar también un «sacrificio especial» (*besonderes Opfer*), que habrá de ser indemnizado, si es irrazonable¹⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² STEDH de 19 de junio de 2006 (*Hutten-Czapska vs. Polonia*).

²³ STEDH de 12 de junio de 2012 (*Lindheim y otros c. Noruega*).

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

6.3. El aspecto cuantitativo

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

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

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

6.4. Dos juicios de proporcionalidad rivales

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

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

Este segundo aspecto (la libertad de apreciación del legislador) es uno que nuestro TC preserva con mimo, habiendo señalado que la «desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es [...] resultado de un juicio político, en cuyo mérito este tribunal no puede entrar» (SSTC 66/1985 y 99/1987). En esta misma dirección, es interesante observar que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos llegó a aventurar que, para determinar si estamos ante un *regulatory taking* (indemnizable), podía ser preciso constatar si la normativa en cuestión contribuye sustancialmente al progreso de (*substantially advances*) un objetivo legítimo, si bien ha rectificado posteriormente, prescindiendo de este análisis²⁵. Aquella doctrina venía a significar que los jueces podían embarcarse en un concienzudo juicio de efectividad de los medios elegidos por el legislador para promover sus fines regulatorios. Sin embargo, el tribunal termina descartando ese enfoque, porque ha comprendido que este es un análisis para el cual los órganos judiciales ni están pertrechados ni legitimados, a diferencia de las agencias gubernamentales y legislativas, que sí cuentan con esos medios, porque esa es su función constitucional. También el TEDH insiste recurrentemente en que debe respetar «*a wide margin of appreciation*» de las autoridades nacionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vienda alternativa) o financiera (compensando a los arrendadores para que no extinguieran los contratos)²⁶. Efectuada la oportuna ponderación, podía no compartirse la conclusión de la sentencia (como hicieron tres magistrados, en voto particular), pero al menos aquella tenía un sustento en la dirección en la que hay que mirar: no se pagaba compensación, porque aparentemente eso habría sido inviable²⁷.

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

6.5.2. Calidad del interés privado: las actividades indeseables

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

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

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

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

En el contexto de los arrendamientos de vivienda, hay un ejemplo señero de esto último: los mecanismos de control de rentas antes aludidos, los cuales tratan de afrontar situaciones patológicas, de mercados tensionados en ciertas áreas geográficas, donde los arrendadores ganan poder suficiente para exigir precios desorbitados. Así pues, en estos casos no solo concurre un objetivo legítimo (facilitar el acceso a la vivienda, *ex art. 47* de la CE), sino uno apto para justificar la concreta actuación que se pretende (limitación de la renta sin compensación al arrendador), precisamente porque se aprecia un defecto en la actividad regulada (disfunciones del mercado). En cuanto a si la medida de fijación de cánones o topes es adecuada para resolver la situación, esto es políticamente discutible: unos piensan que resulta contraproducente (pues acaba produciendo un retraimiento de la oferta), otros la alaban. Pero existe consenso en cuanto a que estamos ante una opción constitucionalmente legítima, siempre que se adopten las cautelas adecuadas para proteger la propiedad y la libertad de contratación, mediante fórmulas que estén matizadas y justificadas²⁹.

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

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

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

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

7. La exigencia de buena fe

7.1. Significado y fundamento de este control

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

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

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

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

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

7.2. Motivación y no discriminación

El primer principio que de esta forma gana protagonismo es el de motivación y, de su mano, el de igualdad. Veámos *supra* § 3.1.1.2 que el TC concede a los órganos políticos una amplia libertad para apreciar si se dan las razones de «extraordinaria y urgente necesidad» que justifican un decreto-ley, exigiendo solo que aquellas sean explícitas y congruentes con la medida adoptada. Pues bien, la misma filosofía debe presidir el control jurisdiccional sobre si la ley ha delimitado bien la propiedad. En tanto una decisión legislativa no pugne con ningún derecho prevalente (constitucional o supranacional), la soberanía del legislador es absoluta: no puede ser mediatizada ni siquiera por vía económica y está exenta de la aportación de razones. Pero desde el momento en que hablamos de una facultad acotada por límites (los que representa la garantía patrimonial del ciudadano), la única forma de comprobar si aquellos se traspasan es conocer las razones por las que se regula. No se pretende con ello sustituir el juicio político, sino constatar si estamos de verdad ante uno de este cariz, hecho de buena fe en interés de la colectividad (guste o no guste) y no uno arbitrario, hecho exclusivamente en interés de los gobernantes³¹.

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

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

da» en este ámbito. Ayudaría también que los organismos especializados en el análisis del mercado, como la Comisión Nacional de la Competencia, hubieran validado esos datos³². Mas nada de eso ha sucedido.

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

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

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

7.3. Una confianza cualificada

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

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

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

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

Cuestión distinta es que este soporte jurídico conlleva limitaciones, en punto a si procede indemnizar y en qué medida. No es preciso compensar, según la jurisprudencia, cuando por circunstancias concomitantes el cambio legislativo resulte previsible «para un operador económico prudente y diligente» (STC 270/2015). Tampoco si la ley proporciona un plazo razonable de adaptación, mediante las oportunas disposiciones transitorias³³. Y sobre todo el *quantum* a abonar se reduce. Así como el problema de una delimitación de la propiedad mal hecha por ser inmotivada o discriminatoria es que (podemos sospechar) no debería existir en absoluto, la que quiebra la confianza solo obliga a indemnizar las *investment-backed expectations*³⁴, lo que sitúa el debate sobre el *quantum* en el entorno de un beneficio razonable para las inversiones realizadas.

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

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

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

8. Consideraciones procedimentales y procesales

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

8.1. Plazo de prescripción y cuantía del daño indemnizable

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

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

al derecho de la UE. Pero la irrupción de esa sentencia sí reabre, a nuestro juicio, el plazo de reclamación para el arrendador que sí fue diligente, aunque obtuviera sentencia firme negativa. Esto se ha mantenido para los daños procedentes de ley contraria al derecho de la UE (Carro de Miguel, 2022, p. 210) y es justo, pues carece de sentido que, por mor de la santidad de la cosa juzgada, quede discriminado quien tuvo la mala fortuna de padecer un criterio contrario al que finalmente prospera. Cuestión distinta es que la sentencia que falle a favor de los arrendadores podría, como a menudo sucede, recortar sus efectos *ex tunc* en aras de la seguridad jurídica, y en este caso el artículo 32.3 de la LRJSP no puede servir para saltarse tal limitación, porque no es «otro» título sustantivo para reclamar, sino el mismo que, en su caso, hubiera acogido la resolución judicial³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Conclusiones

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

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

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

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

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

Referencias bibliográficas

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

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



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

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

Revista de Administración Pública, 68, 57-136.

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

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



Los beneficios fiscales: una técnica administrativa de fomento, necesitada de evaluación periódica

Fabio Pascua Mateo

Catedrático de Derecho Administrativo.

Universidad Complutense de Madrid

Letrado de las Cortes Generales (España)

fapascua@ucm.es | <https://orcid.org/0000-0003-2798-8584>

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

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

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

Extracto

Los incentivos fiscales son uno de los principales instrumentos de la actividad de fomento de las Administraciones públicas y representan en torno al 5 % del producto interior bruto español para 2023. Con una función muy similar a la subvención, en estas páginas se destacan algunas ventajas que esta técnica presenta en términos de rapidez en la gestión de la ayuda y reducción de las cargas burocráticas para la Administración. Por otro lado, aunque la Constitución reconoce expresamente la existencia de este instrumento, lo hace bajo diversos condicionantes, explícitos, como la reserva de ley para establecerlos, e implícitos, pues deberán ser compatibles con los principios constitucionales que regulan los ingresos y los gastos públicos (artículo 31, apartados 1 y 2). Así, solo el eficaz cumplimiento de un fin de interés general, por otro lado, exigido por el artículo 103.1 de la CE para toda la actuación de la Administración pública, justificará su existencia. Esta adherencia al interés general debe mantenerse a lo largo de toda la vida del beneficio fiscal. Por esta razón, el trabajo concluye analizando los mecanismos de evaluación *ex post* de la eficacia de los incentivos fiscales actualmente disponibles, en especial los que se vienen desarrollando desde 2019 por impulso de la Unión Europea.

Palabras clave: beneficios fiscales; actividad administrativa de fomento; evaluación de políticas públicas; gasto público.

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

Cómo citar: Pascua Mateo, F. (2023). Los beneficios fiscales: una técnica administrativa de fomento, necesitada de evaluación periódica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274, 85-120. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19145>



Tax benefits: a promotional administrative action in need of recurring evaluation

Fabio Pascua Mateo

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

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

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

Abstract

Tax benefits are one of the main tools used by Public Administrations in public policies, amounting to almost five per cent of Spanish 2023 gross domestic product. Their purpose resembles grants and subsidies, and these pages highlight some advantages this administrative action shows in terms of promptness of aid management and reduction of bureaucratic burden. Besides, although the Constitution expressly acknowledges their existence, it is done under certain requirements, some explicit, such as they shall be regulated by primary legislation exclusively, others implied, as they shall abide with the constitutional principles governing public income and spending (article 31, paragraphs 1 & 2). Thus, only the effective achievement of general interest, additionally demanded in article 103 for every action taken by public Administration, would justify their existence. This adhesion to general interest must be maintained throughout their entire lifespan. For this reason, this work concludes with an analysis of the efficiency of tax benefits examination instruments, specially, the ones developed from 2019 onwards under the EU thrust.

Keywords: tax benefits; promotional administrative action; public policies evaluation; public spending.

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

Citation: Pascua Mateo, F. (2023). Los beneficios fiscales: una técnica administrativa de fomento, necesitada de evaluación periódica. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274, 85-120. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19145>

Sumario

1. Cuestión previa: una desatención doctrinal injusta
 2. ¿De qué estamos hablando? Definición de los beneficios fiscales, formas que presentan y naturaleza jurídica
 - 2.1. Concepto y modalidades
 - 2.2. Los beneficios fiscales como actividad administrativa de fomento sometida a los principios propios del derecho administrativo
 - 2.2.1. La actividad de fomento dentro de las clasificaciones finalistas de la actuación administrativa
 - 2.2.2. Los beneficios fiscales como técnica administrativa de fomento
 3. Requisitos de los beneficios fiscales: una técnica al servicio del interés general más rápida y barata que la subvención
 - 3.1. El interés general como requisito legitimador
 - 3.2. La reserva de ley en su establecimiento. En especial los decretos-leyes
 - 3.3. Utilidad de los beneficios fiscales. En especial como alternativa a las subvenciones
 4. La evaluación del resultado de los beneficios aprobados
 - 4.1. El análisis económico y de sostenibilidad del gasto en los ámbitos de contratación y de subvenciones
 - 4.2. Evaluación de los beneficios fiscales como modalidad de la evaluación normativa *ex post*
 - 4.3. La evaluación de los beneficios fiscales como instrumento de control de gasto y como exigencia del plan de recuperación, transformación y resiliencia (PRTR)
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Cuestión previa: una desatención doctrinal injusta

La doctrina administrativa ha prestado en general una atención relativamente escasa a la actividad promocional o de fomento, al menos en comparación con otras formas de actuación de la Administración. Si durante el siglo XIX, y aun anteriormente, la teoría de la policía ocupaba el centro del arsenal de técnicas que justificaba –y sometía a derecho– la intervención del Estado, y durante las primeras décadas del siglo XX el servicio público estuvo a punto de ocupar su lugar, nada parecido puede señalarse a lo que se ha considerado en muchas ocasiones como una suerte de campo marginal e incluso ajeno a lo propiamente administrativo. Ni siquiera ha sido objeto de atención preferente como forma adicional de actuación, al modo de la actividad industrial del Estado en la segunda mitad del siglo XX¹, y menos aún de la actividad de regulación que –con buenas razones– parece ser el centro de atención en estas primeras décadas del siglo XXI.

Si esto es así con carácter general, aun cuando no deban menospreciarse muy interesantes obras aisladas, especialmente en el caso de las subvenciones (Fernández Farreres (1983), la desatención se agudiza cuando se llega a los beneficios fiscales. Obviamente, el importante peso que tiene la ley en su definición y establecimiento no ayuda a su estudio desde una perspectiva del actuar de la Administración. Lo mismo puede decirse de su innegable relación con el derecho tributario, puesto que «el beneficio fiscal actúa como un "contratributo" ante un determinado supuesto de sujeción a gravamen» (Albiñana García-Quintana, 1998a). Pero es que además se ha llegado a señalar que esta técnica, si bien tiene «una importancia indiscutible», «se halla en franca regresión, por considerarse contraria a la ortodoxia de la imposición tributaria» y su «calificación como técnicas administrativas de fomento es muy discutible»². Lo cierto, sin embargo, es que por su cuantía la actividad de

¹ El estudio clásico, como es sabido, es Villar Palasí (1950).

² En este sentido Santamaría Pastor (2018, p. 317). Se trata, por lo demás, de uno de los pocos autores de manuales generales de la disciplina que le dedica una mínima atención al fenómeno, pues la mayor parte de ellos, o no tratan las formas de actividad administrativa, y en particular con la actividad de fomento, o cuando lo hacen se limitan a exponer una pequeña teoría general y a desarrollar algo más el régimen de la subvención. Es el caso de Fernández Farreres (2012) y de Parada Vázquez (2015, p. 321). Por el contrario, reconoce la importancia del fenómeno Coscolluela Montaner (2021, p. 707), que señala que «siguen siendo utilizadas en gran medida por las Entidades Públicas».

fomento a través de incentivos fiscales, o lo que alguna doctrina ha llamado con acierto el «gasto fiscal»³, constituye uno de los instrumentos más relevantes de política económica. De acuerdo con los datos más recientes, solo los beneficios fiscales previstos por el Estado para 2023 superarán los 45.000 millones de euros⁴, que se elevan a casi 60.000 millones si se suman los correspondientes a las comunidades autónomas y los entes locales⁵. Esto hace que hablemos de casi un 5 % del PIB español, porcentaje que supera con creces el gasto público en actividades tan clásicas como la defensa o las obras públicas y que da idea de la magnitud de la actividad analizada.

Y, sin embargo, la doctrina administrativa –no así la propia del derecho tributario– ha sido reacia a dedicarle la debida atención a este instrumento de política pública. Es cierto que el tajante principio de legalidad establecido por el artículo 133.3 de la CE, que establece que «todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley», parece reducir la capacidad de actuación de la Administración pública en favor de la potestad de las Cortes Generales, y que ello puede justificar parcialmente este silencio. Sin embargo, además del fácilmente comprobable protagonismo del Gobierno en su establecimiento, existen importantes actuaciones puramente administrativas de gestión y supervisión de los beneficios vigentes. Además, en los últimos tiempos se están abriendo paso, con dificultad, pero de manera decidida tras el impulso por parte de la Unión Europea, actuaciones de evaluación de la eficacia de los beneficios fiscales a la hora de conseguir los resultados perseguidos con su establecimiento.

Estas páginas tienen por objeto subrayar el carácter de técnica administrativa de los beneficios fiscales, en particular durante la citada fase de comprobación de requisitos, así como destacar la necesidad de impulsar su evaluación periódica, con el fin de evitar que degeneren en un privilegio no justificado o distorsionen el correcto funcionamiento del mercado. Para ello, comenzaré por precisar su concepto y modalidades, para a continuación detenerme en su naturaleza de técnica de intervención administrativa. Asentadas estas premisas como punto de partida, abordaré la necesidad de que, en aplicación de los prin-

³ El término ha sido importado en España a partir de los años 60, a partir de la doctrina francesa (en particular la expresión de *depenses fiscales* la emplea Maurice Lauré para establecer su clasificación del gasto público) y norteamericana (donde Stanley Surrey habla de *tax expenditures*). Véase al respecto Campos Fernández y Grau Ruiz (2007).

⁴ Según el artículo 3 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, «los beneficios fiscales que afectan a los tributos del Estado se estiman en 45.268.750 miles de euros». En cuanto a su evolución, baste considerar que los previstos en la Ley 11/2020 para 2021 apenas superaban los 39.000 millones de euros.

⁵ Piénsese que solo en la Comunidad de Madrid el artículo 6 de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2019 los cuantifica en «9.966 millones de euros». La cifra de casi 60 millardos de euros procede de las estimaciones de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en *Estudio Beneficios Fiscales. Evaluación del Gasto Público 2019*, p. 5. <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/PDF-WEB-BF-1.pdf>

cipios constitucionales del gasto público y de la actividad de la Administración (arts. 31 y 103.1 CE, respectivamente), se generalicen los esfuerzos recientes de evaluación periódica de su eficacia y eficiencia. Todo ello, ha de insistirse nuevamente, desde una perspectiva estrictamente administrativa, dado que desde el derecho tributario los estudios sobre los incentivos fiscales son bastante más numerosos.

2. ¿De qué estamos hablando? Definición de los beneficios fiscales, formas que presentan y naturaleza jurídica

2.1. Concepto y modalidades

Lo primero, sin embargo, es aclarar un concepto, el de beneficios fiscales, que, por otro lado, no genera a estas alturas demasiadas discusiones doctrinales. La técnica de los beneficios o incentivos fiscales parte de la consideración de los tributos no solo como medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, sino también como instrumentos de la política económica general, y como mecanismos para atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución. Así lo proclama expresamente el artículo 2.1 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT)⁶ y lo ha confirmado el Tribunal Constitucional en STC 96/2002, donde, en términos muy similares a los expuestos, ha señalado que un «tributo no es solo un instrumento de recaudación sino también un medio para la consecución de políticas sectoriales»⁷. Este tipo de intervención puede emplearse para desincentivar la realización de determinadas actividades que se consideran dañosas, a la par que se obtienen recursos adicionales para financiar los gastos a los que estas puedan dar lugar. Es el fundamento clásico de los impuestos especiales o, más recientemente, de la fiscalidad ambiental, que trata de hacer frente al principio de que «quien contamina paga»⁸, y que no deja de resultar muy atractivo a los poderes públicos, que encuentran en estas figuras tributarias unos instrumentos s elevar la presión fiscal con menores resistencias entre los ciudadanos, pues no falta un cierto elemento de culpabilización del sujeto pasivo que realiza actividades que se consideran, en muchas ocasiones, cierto es, con fundamento, nocivas o perjudiciales⁹.

⁶ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

⁷ STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 8.º

⁸ Sobre esta cuestión, de entre la literatura disponible, puede consultarse Becker *et al.* (2008). El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de ratificar esta modalidad tributaria para negar la duplicación de hechos imposables sobre idéntica conducta, al amparo de la diversidad de fundamento. Véase en este sentido STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, 5303/2015, de 1 de diciembre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:5303

⁹ De hecho, la jurisprudencia ha comenzado a establecer requisitos para la consideración como tributos extrafiscales de estas figuras impositivas, y cuya consecuencia más relevante es la de permitir la doble imposición de una misma conducta. En concreto, además de motivar la finalidad exclusivamente ambiental del tributo será necesario acreditar una actividad administrativa específica en la materia con los ingresos obtenidos. Véanse STC 196/2012, de 31 de octubre, y STC 60/2013, de 13 de marzo, FJ 5.º

Son muchas las definiciones académicas acerca de los beneficios fiscales. Albiñana García-Quintana (1998b) considera que son «exenciones [...] cuyo establecimiento por ley y concreto reconocimiento por acto administrativo respondan a una medida de fomento, estímulo o incentivo a un determinado comportamiento económico por parte de una sociedad o persona natural» (p. 323). Es una definición correcta en la medida en que destaca la finalidad de fomento que deben presentar todos los beneficios fiscales, sin que quepa incluir en ellos ajustes meramente técnicos en el tributo, como luego veremos. Es interesante también la mención al reconocimiento por acto administrativo, si bien en este caso puede ser meramente implícito, a través del hecho de no cuestionar la Administración la autoliquidación o la declaración tributaria hecha por el obligado. No obstante, aun siendo algo más prolija, resulta tal vez más interesante –al menos por los efectos prácticos que tiene– la definición contenida en las memorias anuales de beneficios fiscales, pues solo aquellas exenciones o bonificaciones que respondan a sus criterios van a considerarse en dicha memoria. Así, el Presupuesto o memoria de Beneficios Fiscales para 2023¹⁰ señala:

Que los rasgos o condiciones que un determinado concepto o parámetro tributario debe poseer para que se considere que genera un beneficio fiscal son los que se resumen seguidamente:

- a) Desviarse de forma intencionada respecto a la estructura básica del tributo, entendiendo por ella la configuración estable que responde al hecho imponible que se pretende gravar.
- b) Ser un incentivo que, por razones de política fiscal, económica o social, se integre en el ordenamiento tributario y esté dirigido a un determinado colectivo de contribuyentes o a potenciar el desarrollo de una actividad económica concreta.
- c) Existir la posibilidad legal de alterar el sistema fiscal para eliminar el beneficio fiscal o cambiar su definición.
- d) No presentarse compensación alguna del eventual beneficio fiscal en otra figura del sistema fiscal.
- e) No deberse a convenciones técnicas, contables, administrativas o ligadas a convenios fiscales internacionales.
- f) No tener como propósito la simplificación o la facilitación del cumplimiento de las obligaciones fiscales.

En cuanto a los modos de ejercicio, los beneficios fiscales pueden llevarse a cabo a través de técnicas diversas, a saber, la exención, la introducción de reducciones o bonificaciones, bien en la base o en la cuota tributaria, y la fijación de tipos reducidos. De ellas,

¹⁰ Véase Memoria de beneficios fiscales, Presupuestos Generales del Estado para 2023, p. 7. https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/Presup/PGE2023Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L_23_A_A2.PDF

el Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente que la exención y la bonificación se cuentan, desde luego, entre los beneficios fiscales¹¹. Esta enumeración es muy similar a la que establece la LGT, que en su artículo 8 e) los clasifica, a efectos de extender a todos ellos el principio de reserva de ley, en exenciones, reducciones, bonificaciones y deducciones. La enumeración no es cerrada, por lo que caben figuras, o más bien denominaciones, adicionales. No vamos a detenernos, por puras razones de espacio, en la definición de tales modalidades, por otro lado, bien asentada en la LGT.

No contempla, en cambio, expresamente la LGT a los tipos reducidos o los tipos cero dentro de los beneficios fiscales, pero sí permite su introducción en las leyes sectoriales (art. 55.3). A pesar de ello, su inclusión dentro de los modos de establecimiento de incentivos fiscales no ofrece duda, no solo por el carácter abierto, ya señalado, de la enumeración establecida en el artículo 8 e), sino, sobre todo, porque ese es su sentido económico más genuino junto con el de introducir una cierta progresividad en la tributación indirecta¹². Así lo reconocen, por ejemplo, tanto la Directiva del IVA, que justifica la introducción de tipos reducidos en industrias con una gran necesidad de mano de obra, con el fin de hacer menos atractivo su pase a la economía sumergida¹³, o el preámbulo de la Ley del IVA, que atiende a su carácter social o cultural para el establecimiento de las entregas de bienes o prestaciones de servicios gravados con un tipo reducido¹⁴.

En cambio, resulta mucho más discutible la consideración como un beneficio fiscal de los supuestos de no sujeción. Tales supuestos se definen en la LGT como una delimitación negativa del hecho imponible que completa su definición legal (art. 20.2). Ello ya permite albergar serias dudas acerca de su consideración como un incentivo, puesto que desde el primer momento resulta claro que la conducta realizada no es en ningún caso susceptible de hacer surgir la obligación tributaria. Pero, además, un somero examen de muchos de estos supuestos de no sujeción ratifica esta conclusión preliminar, puesto que en la mayor parte de los casos implican aclarar la no aplicación de un tributo a actividades ya gravadas por otro concepto. Es el caso, por ejemplo, de las transmisiones onerosas de bienes llevadas a cabo por empresarios o profesionales, que se declaran no sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales en virtud del artículo 7.5 de su ley reguladora¹⁵, y que constituyen, en cambio, el hecho imponible del IVA. En idéntico sentido puede aducirse la no sujeción

¹¹ STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 4.º

¹² Se trata de establecer tipos reducidos sobre los bienes que puedan considerarse de primera necesidad y cuya adquisición supone una mayor proporción de gasto en las rentas más bajas. En esta misma línea, véase Ferreiro Laplatza y Sartorio Albalat (2004, p. 247).

¹³ Considerando 33 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

¹⁴ Apartado 2.B de la exposición de motivos de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido

¹⁵ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

al IRPF de las rentas gravadas por el impuesto sobre sucesiones y donaciones prevista en el artículo 6.4 de la Ley 35/2006¹⁶.

2.2. Los beneficios fiscales como actividad administrativa de fomento sometida a los principios propios del derecho administrativo

Precisados el concepto y formas que adoptan los beneficios fiscales, su naturaleza jurídica va a merecer algo más de atención, por cuanto se trata de justificar su condición de técnica administrativa de fomento. Lo primero que debe destacarse es la relatividad de las clasificaciones que habitualmente se manejan. En rigor, la actividad administrativa ha de reconducirse, desde un punto de vista formal, a los instrumentos por medio de los que se articula, que, *grosso modo*, vienen a ser la potestad normativa (principalmente la reglamentaria, aunque también la Administración participa de la potestad legislativa en la medida en que el Gobierno ostenta la iniciativa legislativa y es competente para aprobar algunos actos con forma de ley), la adopción unilateral de actos administrativos (favorables o de gravamen para el administrado) y la actuación más o menos paccionada, de la que los contratos administrativos constituyen su elemento esencial. Otras clasificaciones, más centradas en el contenido de la actuación, lo que tratan es poner un cierto orden en la exposición de la parte especial del derecho administrativo, que habitualmente –sobre todo en los autores que seguían lo que Posada (1897, p. 27) calificara de concepción empírica del derecho administrativo– se articulaba a través de la clasificación de las funciones estatales¹⁷. Dentro de ellas, la que más fortuna tiene en España es la que distingue entre actividad de policía, de fomento y de servicio público. Y dentro de estas tres ramas, es evidente que los beneficios fiscales se integran dentro de la actividad de fomento de los poderes públicos.

2.2.1. La actividad de fomento dentro de las clasificaciones finalistas de la actuación administrativa

Como es bien conocido, la idea de fomento o de promoción surgió en el plano teórico en el siglo XVIII como una de las alternativas para justificar la creciente actividad administrativa, en este caso como alternativa a la cláusula general de policía, y antes de que apareciera

¹⁶ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio.

¹⁷ Así, Santamaría de Paredes (1888) distingue entre funciones referentes a los fines del Estado, que subdivide en generales, relativas a la vida jurídica, la física, la intelectual, la moral y la económica; funciones referentes a los medios del Estado, entre las que se diferencian las relativas a los medios personales y materiales (de la nación, el Estado y las provincias y municipios), y funciones referentes a las relaciones entre fines y medios, que comprenden la Hacienda y la ejecución de los servicios públicos. Algo similar encontramos en Colmeiro (1876).

el concepto de servicio público. Es verdad que siempre ha presentado un menor atractivo que sus dos rivales clásicas, y que pocos autores han tratado de configurar la actuación administrativa desde una perspectiva general de fomento, a diferencia de las categorías de policía y de servicio público. Sin embargo, ha tenido fuerza suficiente como para, en el momento en el que se abandonan las concepciones totalizadoras en torno a aquellas, en favor de tesis mixtas, encontrar un hueco junto a ellas, al menos por lo que se refiere al derecho español. Así, aunque se ha señalado su aparición sobre todo en la doctrina francesa, pese a algunos apuntes anteriores no suficientemente clarificados en la italiana¹⁸, con la obra de Bonnard (1943, pp. 12 y ss.), lo cierto es que hoy día ni en una ni en otra se habla de actividad de fomento o similar, optándose en Francia, con muy escasas excepciones, por dividir la acción administrativa entre policía y servicio público¹⁹. En Italia, donde continúa la influencia clásica de Orlando (1891, pp. 22 y ss.) y su distinción entre actividad jurídica y actividad social de la Administración, la doctrina parece inclinarse por diferenciar entre actividad administrativa –ligada al ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración y que se trata bajo una perspectiva vista estrictamente formal, esto es, a partir del acto y del contrato administrativos– y los servicios públicos, sin perjuicio, por supuesto, del estudio de los distintos sectores de actividad²⁰.

En España, como es sabido y nos refiere el maestro García de Enterría (1994), la noción de fomento aparece intuida en los ilustrados del siglo XVIII (en especial Jovellanos) y explicitada

¹⁸ Suele citarse como antecedente la obra de Presutti (1903), quien trata de construir un estudio de la actividad de la Administración para alcanzar sus objetivos, ordenada de menor a mayor medio necesario. Dentro de tales medios incluía también la concesión de ventajas y premios, que, de todos modos, se situaba en un nivel equiparado a la actividad coactiva. No obstante, se trata de una obra que, como indica su título, no parte del método jurídico, sino que busca el filón de la ciencia de la administración y tampoco contó con un gran respaldo doctrinal tras las críticas vertidas por Santi Romano. Véase, al respecto, Sandulli (2009, p. 109).

¹⁹ Así lo encontramos en Dumont y Lombard (2017) y en Rivero y Waline (2016), quienes se refieren a la policía administrativa y el servicio público como misiones de la Administración, más que como tipo de actividad. No obstante, sí que podemos encontrar en la obra de estos autores, en ediciones anteriores y por tanto más influidas por la mano de Rivero, fallecido en 2001, un reconocimiento a la existencia de una actividad de ayuda a las actividades privadas de interés general, que se configura, del mismo modo que en la doctrina española, como un tercer tipo de actividad administrativa, al lado de la policía y el servicio público. Véase Rivero (1985, pp. 476-479) y Rivero y Waline (1994, pp. 395-399).

²⁰ Entre los manuales más recientes, véase, en este sentido, Caringella (2021), quien trata de los servicios públicos dentro de la parte dedicada a la organización administrativa, mientras que la actividad administrativa ocupa una parte específica de su manual, incluyendo los principios que la rigen, la transparencia, la discrecionalidad, el silencio administrativo, el procedimiento y el acto administrativo y el contrato. En cambio, Corso (2020) incluye a los servicios públicos dentro de la actividad administrativa. En fin, Clarich (2019) explica que el servicio público se incardinaba dentro de la organización administrativa hasta los años 80, pero que, en la actualidad, por mor de la influencia del derecho de la Unión Europea y de la posibilidad de que los servicios de interés general se gestionen en régimen de competencia, ha adquirido una sustantividad propia dentro del derecho administrativo. Por supuesto, en ninguno de los tres casos se hace referencia a la actividad de fomento.

definitivamente ya durante el siglo XIX, con la creación por Javier de Burgos de los subdelegados del Ministerio de Fomento en 1833, antes incluso de esos primeros años del Estado constitucional, brillantemente glosados entre nosotros por Alejandro Nieto (1996). Lógicamente, la creación del órgano lleva a que la actividad desarrollada pueda asumir su nombre y, aunque el antedicho ministerio mudó de denominación a la de Gobernación, el término reapareció a mediados de la centuria desprovisto de las funciones de orden público para centrarse en materias como el comercio, las obras públicas y la instrucción, que hoy nos resultan claramente reconocibles. En la doctrina, sin llegar a desarrollar la dualidad, Colmeiro (1876, p. 102) se encargó tempranamente de contraponer la actividad de policía a la de fomento. Por su parte, Royo Villanova (1950) mantiene la distinción dual en el contenido del derecho administrativo propia de la doctrina italiana, y distingue entre actividad jurídica o de policía y actividad social. En esta última, refiere, el Estado no limita los derechos de los ciudadanos, sino que atiende sus necesidades, lleva a cabo prestaciones y, aunque se reviste de formas jurídicas, lo relevante es el aspecto material. Pues bien, dentro de esta actividad social no se encuentra solo la prestación de servicios públicos, sino también la actividad de fomento. Así, señala que «vemos que la Administración, además de una policía sanitaria, de seguridad, etc., cuida de fomentar la salud pública creando dispensarios y sanatorios; se preocupa de la educación pública mediante el establecimiento de escuelas, institutos, museos, bibliotecas; procura que la gente humilde habite casas higiénicas, construyendo viviendas o fomentando su construcción, etc.» (p. 347). Un poco más adelante lo vemos aún con más claridad: «La acción social se propone promover el bienestar general desarrollando una actividad espontánea, social, no coactiva. Si el Estado subvenciona a un sabio para que haga estudios o experiencias, promueve el fin científico sin tocar los derechos de nadie».

Sobre estos precedentes, la idea de una actividad de fomento ha sido divulgada y adaptada entre nosotros, con notable originalidad, por Jordana de Pozas (1949, pp. 41-54) en su breve, pero exitoso artículo. Dentro de esta modalidad, no ha habido nunca dudas acerca de la inclusión de los beneficios fiscales, que se insertan habitualmente dentro de lo que se denominan medidas de carácter económico indirecto, clasificación que, acuñada clásicamente por Garrido Falla, sigue contando con respaldo doctrinal²¹. No obstante, no puede olvidarse que se han mantenido clasificaciones bipartitas, como la de García de Enterría y T. R. Fernández (2020), que dividen la actividad administrativa en relación con los derechos en actividad de limitación y de ampliación de derechos. O, por el contrario, cuatripartitas, que

²¹ Véase Garrido Falla (1960, p. 293). Este autor sitúa los beneficios fiscales dentro de los auxilios financieros, que suponen, no la entrega directa de una cantidad de dinero por la Administración, sino todo lo más un lucro cesante, en la medida en que esta deja de percibir un pago que, de otro modo, hubiera resultado obligado. Como tales entran dentro de las ventajas de carácter financiero de la categoría de ventajas económicas de las técnicas de fomento. En la actualidad, recoge esta misma clasificación Bermejo Vera (2009, p. 60). En la misma línea, Parada Vázquez (2002, p. 381), Sánchez Morón (2006, p. 765) y Morell Ocaña (1999, p. 115). Dentro del estudio del derecho administrativo especial, se ha aceptado sin problemas la inclusión de los beneficios fiscales dentro de las técnicas de fomento por parte de Lora Tamayo (2012, p. 76).

distinguen entre actividad administrativa de policía, de fomento, de garantía de prestación –que se identifica con el servicio público– y de prestación material de servicios o bienes, identificada con la empresa pública²². Más aún, algún autor de la relevancia de Muñoz Machado (2015) ha puesto en cuestión la utilidad de ambas clasificaciones clásicas –bipartita y tripartita– de la actividad administrativa, de las que señala que su crisis es manifiesta, por cuanto no es posible, a su juicio, englobar toda la actuación administrativa asumida desde mediados del siglo XX a la actualidad en las categorías descritas. En particular, por lo que se refiere al fomento, destaca que

el estudio de las ayudas públicas a las actividades privadas no puede resumirse actualmente en las viejas categorías de la doctrina del fomento; junto a las ayudas públicas, también las hay de carácter privado que pueden implicar financiación cruzada en grupos de empresas, que constituyen objeto de preocupación para el regulador; la cuestión jurídica central que plantean las ayudas no es otra que la de asegurar el mantenimiento de la igualdad de condiciones de los operadores en los mercados, que poco tiene que ver con la tradicional perspectiva con que se estudiaban aquellas desde la denominada actividad de fomento (p. 16).

Lo cierto es que esta crítica, que se completa con la conocida propuesta de su autor de reconducir el conjunto de la actividad administrativa a la idea del Estado regulador y garante, dentro del cual la actividad de fomento se encuadra en el marco de actuaciones para salvaguardar la competencia, no llega a ser plenamente convincente. Se trata de un esfuerzo monumental –y por tanto meritorio– por reconducir el Estado a una única actividad, de manera similar a lo que se intentó en el pasado con la actividad de policía o el servicio público. Sin embargo, nuevamente se topa con lo complejo de la actividad estatal, pues no todo es reconducible a las facetas reguladoras y garantes. En especial, el sector del fomento escapa decididamente a su encuadre en el derecho regulador, puesto que es evidente que la garantía de la competencia no es la única finalidad perseguida. En efecto, aunque desde la óptica del derecho de la Unión Europea la única finalidad que preocupa es precisamente la compatibilidad de las ayudas públicas con la competencia, esto ocurre porque este derecho, en función del principio de atribución, sí cuenta con importantes facultades de regulación de la competencia y limitación de actividades públicas que la falseen, pero se encuentra más limitado en otros órdenes²³. Pero en el caso de los Estados, la decisión

²² Véase Villar Ezcurra (1999, p. 36). Subraya este autor el carácter intercambiable de todas estas técnicas y el fundamento constitucional explícito (en el caso de la actividad de policía y fomento) o genérico (para los servicios y empresas públicas) que presentan. Asimismo, aunque destaca el carácter prevalente de la subvención dentro de las técnicas de estímulo o fomento, incluye también entre ellas a la exención y la bonificación.

²³ Y ello incluso con algunas cautelas, por cuanto en según qué sectores los propios tratados contemplan competencias de la Unión de naturaleza indudable de fomento. Es el caso paradigmático de la importante política agrícola común (PAC), que persigue, entre otros aspectos, el fomento del progreso técnico

de adoptar medidas de fomento no se limita solo a consideraciones relativas a la preservación de la competencia, sino que debe además preservar principios como el de igualdad tributaria y capacidad económica, y satisfacer eficazmente fines de interés general, como le exige el artículo 103.1 de la CE a las Administraciones públicas españolas. Por todo ello, insisto, reconociendo el mérito del esfuerzo y lo interesante de la dimensión regulatoria y de garantía como funciones del Estado en el siglo XXI, el mantenimiento de la idea de la actividad de fomento me sigue pareciendo útil en el estado actual del derecho administrativo.

2.2.2. Los beneficios fiscales como técnica administrativa de fomento

En este contexto, los beneficios fiscales son una técnica de esta actividad de fomento de la Administración. Es cierto que podría plantearse en qué medida, y debido a la presencia del principio de reserva de ley a la hora de fijarlos, la concesión de incentivos fiscales no debiera incardinarse dentro de la actividad legislativa del Estado. Sin embargo, la generalidad de la doctrina, con buen criterio, no se ha centrado en un aspecto que, por lo demás, recae sobre una buena parte de la actividad administrativa. No olvidemos que dicha reserva de ley sirve también como garantía frente a la mayor parte de actuaciones que se suelen incardinar dentro de la actividad de policía (desde luego toda la que limite los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, según se desprende de su artículo 53.1). También el establecimiento de un servicio público está sometido a dicha reserva, en especial cuando ello suponga un monopolio del Estado en los términos del artículo 128 de la CE. Por otro lado, y aunque su estudio excede lo que corresponde a estas páginas, los beneficios fiscales, como otras técnicas de la Administración, necesitan de una actividad administrativa de gestión, que pasa por su reconocimiento explícito y previo en ocasiones, y por las actuaciones de comprobación de requisitos, inspección y sanción en todos los casos. Por esta razón, aunque suele hablarse de una actividad legislativa del Estado –que podría atribuirse en parte a la Administración en el caso de la actividad reglamentaria– dicha actividad queda muy restringida²⁴, y no impide la clasificación de las actuaciones de la Administración sujetas a reserva de ley dentro de las tres categorías enumeradas o en alguna otra adicional que suele sugerir la doctrina.

En contra de esta postura se posiciona, parcialmente, Santamaría Pastor (2018), quien, pese a mencionarlas dentro de los medios económicos de las técnicas de fomento, matiza, como antes se ha señalado, que «conceptualmente, su calificación como técnicas adminis-

de la agricultura (art. 39.1.a TFUE); o de las competencias complementarias, en las que, sin sustituir la competencia estatal, la Unión puede fomentar ciertos elementos. Es el caso, por ejemplo, del artículo 165 del TFUE, para educación, juventud y deporte, o el artículo 167 para la cultura.

²⁴ El propio Jordana de Pozas (1949, p. 42) limita la actividad legislativa a la estricta aprobación de obligaciones que puedan ser acordadas por los órganos jurisdiccionales, pues, si requieren de una actividad administrativa para llevarse a cabo, ya podrán incardinarse dentro de la actividad de policía, fomento o servicio público.

trativas de fomento es muy discutible» (p. 317), por tratarse en su opinión de medidas generales de política económica establecidas necesariamente por vía legislativa y cuya aplicación a personas o empresas determinadas es, normalmente, de carácter reglado. Por mi parte, no veo ningún inconveniente en incorporar los beneficios fiscales dentro de una actividad administrativa. Ya he apuntado la relativa eficacia de la reserva de ley a la hora de excluir una técnica de las actividades administrativas clásicas. Adicionalmente, como acabo de señalar, el papel de la Administración no es pequeño, ni a la hora de aprobarlos, ni a la de controlar el cumplimiento de las condiciones para su disfrute. Y, en fin, no debe olvidarse que el derecho de la Unión Europea, al que por razones de espacio no prestaremos la atención que merece en este ámbito, equipara los beneficios fiscales con las subvenciones a la hora de configurar el concepto de ayudas de Estado, subvenciones cuya concesión por medio de actos administrativos (incluso aunque se trate de las nominativas previstas en leyes de presupuestos) no se discute. Lo mismo ha hecho muy recientemente el Tribunal Constitucional, que en Sentencia 21/2022 –referida a la introducción por el Principado de Asturias de una deducción en el IRPF– afirma con rotundidad que «toda subvención y ayuda pública cumple una función de fomento, lo que también incluye la compensación de daños, perjuicios o pérdidas debidas, entre otras, a catástrofes, crisis económicas o situaciones como la pandemia de la covid-19»²⁵.

En la doctrina francesa suelen encuadrarse los beneficios fiscales dentro de las nuevas modalidades de gestión de servicios públicos a través de la acción de los particulares²⁶. Es verdad que no faltan razones para avalar esta postura, que emparentaría esta técnica con otras fórmulas legislativas de incidencia en la actuación de los particulares para asegurar la prestación de un servicio, como es la imposición de obligaciones de servicio público. No obstante, tanto por la tradición española, que sigue acogiendo, con mayor o menor entusiasmo, la idea de fomento, como por el hecho de que el establecimiento de beneficios fiscales, al basarse en la realización voluntaria de la actividad impulsada, no garantiza el cumplimiento del principio de continuidad del servicio en la intensidad requerida como sí lo hace la imposición de deberes, parece razonable mantener su consideración actual.

3. Requisitos de los beneficios fiscales: una técnica al servicio del interés general más rápida y barata que la subvención

Precisados los términos conceptuales y sostenida la naturaleza administrativa de los incentivos fiscales, esta misma naturaleza impone a los beneficios fiscales unos límites y

²⁵ STC 21/2022, de 9 de febrero, FJ 3.º

²⁶ Entre otros, véase Burdeau (1995, p. 435). No obstante, ha de subrayarse el contexto en el que esta inserción se produce, en un derecho y una doctrina que distinguen únicamente entre la policía y el servicio público.

controles para su legitimidad constitucional. Se trata de asegurar que su establecimiento, además de respetar la reserva constitucional de ley, obedezca a fines de interés general que cumplan eficazmente (art. 103.1 CE). Solo de esta manera podrán respetarse, además, los principios constitucionales que regulan la obtención de ingresos y la realización de gastos públicos. En particular, respecto de los primeros, los principios de capacidad económica y generalidad de la tributación del artículo 31.1 de la CE, y de los segundos, los principios de equidad, eficiencia y economía, del artículo 31.2. Por ello, conviene precisar, de un lado, las condiciones para su legitimidad constitucional y, de otro, la utilidad práctica que pueden presentar y que lleva a la conveniencia de no presentar una enmienda de totalidad a esta técnica administrativa. Respecto del primer aspecto, que, como veremos, nos ha de llevar directamente a la introducción de sistemas de evaluación *ex post* de tales beneficios, es preciso comprobar tanto lo relativo a los fines que han de perseguir los beneficios fiscales, como a lo que se refiere a las modulaciones de la reserva de ley. Al respecto, debe partirse de la base de que la Constitución de 1978 presupone su existencia en sus artículos 133 y 134. El primero, para imponer una reserva absoluta de ley para el establecimiento de beneficios fiscales en su apartado 3. Se trata de un precepto del todo novedoso en nuestro derecho histórico –al menos en lo que tiene de reserva explícita– aunque cuenta con algún ejemplo adicional en el constitucionalismo comparado, como es el artículo 106.2 de la Constitución de Portugal²⁷. Junto a ella, la Constitución establece un principio de publicidad en su artículo 134.2 cuando obliga a que en los presupuestos generales del Estado «se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado».

3.1. El interés general como requisito legitimador

El Tribunal Constitucional ha precisado algo más estas previsiones. Su primera tarea, no obstante, ha sido la de construir una teoría para justificar la legitimidad constitucional de los beneficios fiscales –indiscutible a raíz de su recepción en los preceptos transcritos– y a la vez hacerlos compatibles con el resto de los principios de la tributación y de los deberes constitucionales de contribución al sostenimiento del gasto públicos del artículo 31.1. En la actualidad el estado de la cuestión está razonablemente asentado desde la STC 37/1987²⁸, cuya doctrina se ha venido reiterando en resoluciones recientes. Considera el tribunal que, aunque la finalidad principal de los tributos ha de ser recaudatoria, esto es, la obtención de ingresos para la Hacienda Pública, no existe objeción constitucional para la existencia de finalidades extrafiscales que incluso lleguen a plasmarse en figuras tributarias cuyo único objetivo no sea

²⁷ Dice este precepto que «*Os impostos são criadas por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes*».

²⁸ STC 37/1987, de 26 de marzo. Esta sentencia, entre otras cuestiones, ratificó la constitucionalidad del impuesto sobre tierras infratilizadas aprobado por la Ley 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria del Parlamento de Andalucía.

el mero gravamen de una manifestación de riqueza, de capacidad económica exteriorizada, sino coadyuvar a disuadir a los sujetos pasivos de la realización de una determinada conducta, del incumplimiento de ciertas obligaciones o, dicho en términos positivos, [...] estimular o incentivar una determinada actuación²⁹.

Evidentemente, si pueden existir tributos completamente extrafiscales, con las finalidades apuntadas, con mayor razón es aceptable la introducción en los tributos clásicos de elementos como los beneficios fiscales que persigan ese mismo objetivo incentivador, pero desde una perspectiva positiva. En este caso el estímulo no es evitar un gravamen sino obtener una ventaja, pero la técnica y los resultados son muy parecidos. Ahora bien, la regulación del beneficio fiscal no es un acto libre del legislador, sino que ha de responder a la satisfacción de un interés general, ya que en caso contrario se trataría de un privilegio contrario al principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 de la CE. Así lo ha señalado de manera resuelta el tribunal en STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7.º:

La exención o la bonificación –privilegio de su titular– como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art. 31.1 CE), en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de la realización de un hecho generador de capacidad económica, *solo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen* (por ejemplo, por motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita.

En una palabra, solo pueden regularse legítimamente beneficios fiscales si ello responde a una finalidad de interés general. Y por ello surge, precisamente, la necesidad de evaluar su eficacia y eficiencia no solo *ex ante*, en el momento de establecerlo, sino también de manera periódica durante su vigencia, tal y como se verá en la parte final de este trabajo: de no contribuir de manera efectiva a la consecución de ese fin de interés general, o de hacerlo con unos costes desmedidos, el beneficio fiscal se convierte en un privilegio económico, que, aun en otro contexto, está expresamente proscrito por la Constitución (art. 138.2).

Un supuesto práctico de aplicación de esta doctrina es el rechazo por parte del Tribunal Constitucional a las conocidas como regularizaciones fiscales, que, en esencia, suponen re-

²⁹ STC 122/2012, de 5 de junio, FJ 4.º Esta jurisprudencia se ha reiterado en la STC 87/2019, de 20 de junio, FJ 19.º La consideración o no de un tributo como extrafiscal tiene una importancia no desdeñable a la hora de considerar infringida la prohibición de duplicidad entre los tributos autonómicos y los estatales o locales establecida en los apartados 2 y 3 de la LOFCA. En efecto, considera el Tribunal Constitucional que no vulnera dicha prohibición la convivencia de un tributo fiscal con otro extrafiscal que graven el mismo hecho imponible. No obstante, aclara, «un tributo predominantemente fiscal no cambia de naturaleza por "introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas"».

gular un régimen favorable para que quienes no han cumplido sus obligaciones tributarias en plazo, omitiendo las declaraciones tributarias correspondientes, disfruten de unos tipos más favorables y queden exentos tanto de intereses de demora como de sanciones tributarias de acogerse a dicho mecanismo. El tribunal ha considerado, seguramente con acierto, que tales previsiones configuran un privilegio indebido que altera el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas del artículo 31.1 de la CE, el cual no queda justificado por necesidades coyunturales como las de aumentar la recaudación en épocas de crisis. Para ser precisos, por cuanto su jurisprudencia presenta variaciones atendiendo al tributo de que se trate, dichas regularizaciones han sido rechazadas respecto del impuesto sobre el patrimonio³⁰ y respecto del IRPF, el impuesto sobre sociedades y el de la renta de los no residentes³¹.

Sometidos, pues, los beneficios fiscales a la satisfacción del interés general, como por lo demás, ha de insistirse, le sucede al conjunto de la actividad administrativa según el bien conocido artículo 103.1 de la CE, el Tribunal Constitucional ha tenido que ir precisando otros requisitos de los beneficios fiscales, en particular, la extensión de la reserva de ley del artículo 133.3 de la CE.

3.2. La reserva de ley en su establecimiento. En especial los decretos-leyes

Así, y frente a lo sostenido en un primer momento por buena parte de la academia³², el Tribunal Constitucional ha considerado que la reserva de ley no excluye que por decreto-ley puedan regularse determinados aspectos de los beneficios fiscales. Así lo señaló la STC 6/1983, conforme a la cual, de los artículos 31.1 y 133.3 de la CE se desprende que en nuestro derecho no rige

de manera absoluta el principio de legalidad para todo lo atinente a la materia tributaria y que la reserva de Ley se limita a la creación de los tributos y a su esencial configuración, dentro de la cual puede genéricamente situarse el establecimiento de exenciones y bonificaciones tributarias, pero no cualquiera otra regulación de ellas, ni la supresión de las exenciones o su reducción o la de las bonificaciones, porque esto último no constituye alteración de elementos esenciales del tributo³³.

³⁰ STC 189/2005, de 7 de julio.

³¹ STC 73/2017, de 8 de junio.

³² Ciertamente el texto del anteproyecto de Constitución, elaborado por los famosos «7 padres», era mucho más claro, pues exigía «ley votada por las Cortes Generales», lo que hubiera despejado las dudas y cerrado la vía del decreto-ley. En este sentido se manifestó Pérez Royo (1978), si bien modificó posteriormente su posición (1979). Esta tesis se ha seguido defendiendo más recientemente por autores como Cazorla Prieto (2001).

³³ STC 6/1983, FJ 6.º

En resumen, parece que, de acuerdo con esta sentencia, no es posible crear beneficios fiscales mediante decreto-ley, pero sí modificarlos o suprimirlos. Esta postura, no exenta de importantes críticas³⁴, ha ido siendo posteriormente matizada o incluso abandonada, aunque no en el sentido propuesto por estas. En efecto, el Tribunal Constitucional ha ratificado la posibilidad de alterar los beneficios existentes, pero ha añadido al ámbito susceptible de afectación por decreto-ley al propio establecimiento del beneficio, siempre que el impuesto sobre el que recaigan no sea una parte sustancial del sistema tributario español, como puede ser, por ejemplo, el IRPF. En concreto, la STC 189/2005 admite la regulación por decreto-ley de una reducción en la base del impuesto sobre sucesiones y donaciones, por este carácter marginal del tributo³⁵. Más recientemente, en cambio, se ha considerado que la introducción en el impuesto sobre sociedades de un deber de efectuar pagos fraccionados que no permite excluir del cálculo de la cuota estimada las rentas exentas afecta al deber de contribución y no puede introducirse por decreto-ley³⁶. Como puede comprobarse, el tribunal se aparta de la dicotomía establecimiento-modificación/supresión, para hacer recaer el peso de su control en la naturaleza del tributo afectado. La equiparación de la conclusión manejada en el IRPF y la del impuesto sobre sociedades guarda una indudable coherencia, ya que este último, además de tener una importancia cuantitativa evidente, ejerce la misma función de personalización del deber de contribuir que el IRPF, en este caso para las personas jurídicas con ánimo de lucro.

En esta misma línea de interpretación laxa de la reserva de ley, aunque con diferente fundamentación, puede citarse la temprana STC 27/1981, que ha rechazado que el cambio por ley de presupuestos de un beneficio fiscal aplicable en el IRPF haya de considerarse como una modificación tributaria, admisible solo si está autorizada por una ley sustantiva (art. 134.7 CE)³⁷.

Por último, debe aclararse que la reserva de ley no vincula a aquellas disposiciones reglamentarias preconstitucionales que regularan ciertos beneficios fiscales,

ni por la ausencia de requisitos luego exigidos por la Constitución para su aprobación y que, entonces, no venían requeridos, ni por el hecho de que la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, dado que la reserva de ley no puede aplicarse retroactivamente,

³⁴ Además de las que acabamos de reseñar, pueden mencionarse el interesante voto particular del magistrado Gómez-Ferrer Morant a la STC 6/1983, el voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo a la STC 116/1994, de 18 de abril, y Falcón Tella (1984).

³⁵ STC 189/2005, de 7 de julio, FJ 10.º

³⁶ STC 78/2020, de 1 de julio. Un comentario puede encontrarse en Juan Casadevall (2021).

³⁷ STC 27/1981, de 20 de julio. El tribunal señala que esta reserva «no obsta a un tratamiento en la Ley presupuestaria de mera adaptación del tributo a la realidad» (FJ 2.º), y afirma expresamente que la modificación de un beneficio fiscal concreto no afecta a la naturaleza del impuesto ni desvirtúa ninguno de sus caracteres esenciales (FJ 6.º).

sin que quepa por esto mismo declararlas en una situación de inconstitucionalidad sobrevvenida³⁸.

3.3. Utilidad de los beneficios fiscales. En especial como alternativa a las subvenciones

Íntimamente ligado al problema de la legitimidad de los beneficios fiscales está el de sus ventajas prácticas. Es cierto que, en general, la doctrina se muestra muy reacia a su introducción, por cuanto es bien consciente del riesgo de generar privilegios tributarios injustificados. Ya durante la reforma tributaria llevada a cabo en 1977, de forma casi paralela al proceso constituyente, se puso de manifiesto su posible colisión con los principios de generalidad e igualdad tributaria, recelo del que se hace eco la Constitución. Más recientemente, las propuestas de reforma fiscal suelen incluir una supresión de los incentivos fiscales a los que se acusa de no ser eficaces para lograr los fines que los justifican, y se propone o bien aprovechar la reducción en la recaudación que implican para llevar a cabo una reducción general de tipos que sea neutral económicamente³⁹, o bien incrementar los recursos de la Hacienda.

Con todo, si los beneficios fiscales se resisten a desaparecer es porque presentan algunas ventajas administrativas que no deben desconocerse, sin perjuicio de que esta resistencia se ve además apoyada por la acción de presión de los grupos de interés organizados que se ven favorecidos por el incentivo existente. En particular, son dos los ámbitos en los que el beneficio fiscal puede verse especialmente justificado. En primer lugar, de manera general, como alternativa a la subvención en aquellas convocatorias multitudinarias, con varios miles de beneficiarios potenciales. En este caso la ventaja del beneficio es la reducción de trámites administrativos: aunque pueden darse supuestos, ya apuntados, de incentivos fiscales que requieran de un reconocimiento individualizado por la Administración, lo normal es que el beneficiario tenga simplemente que hacer constar en su declaración tributaria encontrarse en el supuesto de hecho que da lugar a la exención o bonificación correspondiente, de manera que solo en el caso en que deba afrontar una tarea de inspección la Administración deberá llevar a cabo una actuación de comprobación de las circunstancias que motivan la concesión del beneficio.

Esto puede parecer un aspecto menor, pero no lo es en absoluto. La experiencia demuestra la lentitud con la que se tramitan las convocatorias masivas de subvenciones, de-

³⁸ SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5.º; 194/1998, de 1 de octubre, FJ 6.º, y 10/2005, de 20 de enero, FJ 4.º

³⁹ En especial puede mencionarse la propuesta de Fuentes Quintana (1987). Señala este autor que el papel que desempeñan los beneficios fiscales en la estructura del IRPF es moderar su progresividad nominal y así hacerlo más tolerable para los contribuyentes. La introducción de un tipo único permitiría su eliminación y, consecuentemente, la simplificación del tributo.

bido a la escasez de efectivos con que cuentan en muchas ocasiones las Administraciones públicas⁴⁰. Para remediarlo no es infrecuente el recurso a la contratación administrativa, a través de contratos de servicios⁴¹, así como a las técnicas de *in house*, esto es, de medios propios de las Administraciones, que proporcionen el personal que se necesita para una convocatoria concreta. En España, como es sabido, el Grupo Tragsa, en este caso a través de su filial Tragsatec⁴², es el medio más socorrido al respecto. Sin embargo, esto supone la introducción de un personal que no tiene por qué estar familiarizado con los procedimientos administrativos, lo que puede dar lugar a errores de valoración, y, desde luego, implica un coste para la Administración, costes que pueden llegar a cifrarse incluso hasta en torno al 10 % del presupuesto total destinado a la subvención concreta.

Por su parte, la Unión Europea ha establecido en el 4 % los recursos REACT-UE totales del FEDER y el FSE que puedan destinarse a asistencia técnica, dentro de la cual lógicamente se encuentran los contratos para asistir en la tramitación de las ayudas. Esta cantidad se eleva al 6 % en el caso de proyectos de cooperación transfronteriza⁴³. De hecho, y a pesar de las medidas de flexibilización en materia de personal introducidas por el Real Decreto-ley 36/2020 para la gestión de los fondos europeos del programa REACT-EU⁴⁴, la

⁴⁰ Con consecuencias negativas en la economía. El reciente informe de la OCDE sobre perspectivas económicas, de diciembre de 2021, en la parte referida a España señala que «para evitar un posible aumento de los problemas de insolvencia en las empresas, debería acelerarse la ejecución de las ayudas directas a empresas viables». https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1118_1118158-l6n4ytnq7n&title=Country-profile-Spain-es-OECD-EconomicOutlook-Volume-2021-2

⁴¹ A título de ejemplo valgan los contratos celebrados por la Comunidad de Madrid con BDO Auditores para llevar a cabo trabajos de apoyo externo en 2017 a la revisión de la documentación de convocatorias de subvenciones gestionadas por la Dirección General de Servicios Sociales e Integración Social, por valor de más de 80.000 euros.

⁴² En este caso, es habitual desde hace años el encargo a Tragsatec del apoyo en la gestión de subvenciones a programas de interés general para fines de interés social con cargo al 0,7 % del rendimiento del IRPF. La cuantía anual de este encargo está por encima de los 700.000 euros, para gestionar unas subvenciones de unos 35 millones de euros.

⁴³ Artículo 92 ter.6 del Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo. Este precepto ha sido introducido por el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de covid-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE).

⁴⁴ Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Las medidas en materia de gestión de recursos humanos se regulan en los artículos 27 a 34 y se

vía de los contratos de servicios para auxiliar en la tramitación está siendo profusamente utilizada, seguramente con buen criterio siempre que se trate de una medida excepcional. Recuérdense al respecto las fundamentadas reticencias del Tribunal Supremo a que se convierta en una práctica estructural para incrementar los medios humanos de la Administración al margen de los empleados públicos⁴⁵.

Pues bien, sustituir algunas de las subvenciones ligadas a estos programas por incentivos fiscales hubiera permitido resolver mucho antes su concesión efectiva –lo que es muy importante en situaciones de crisis– y de una manera más económica para la Administración convocante. Y no hubiese redundado en una merma de garantías, ya que el propio Decreto-ley 36/2020 suprime varias de las establecidas en la concesión de subvenciones, tales como la necesaria aprobación por el Consejo de Ministros en el caso de las que tengan un importe de más de 12 millones de euros o, en ciertos casos, el informe preceptivo del Ministerio de Hacienda, al tiempo que reduce los controles preventivos de la Intervención y fomenta el recurso a subvenciones no competitivas⁴⁶. No es esta la posición seguida en España, donde las medidas de incentivo fiscal para paliar la crisis económica asociada a las medidas de aislamiento frente a la covid-19 han sido muy escasas y no han pasado de algunas decisiones específicas para facilitar moratorias en préstamos (que se eximen del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados) o la mejora de los beneficios de las actividades de mecenazgo⁴⁷.

apoyan fundamentalmente en la formación del personal, el recurso a los instrumentos de movilidad funcional de la Administración (reasignación y redistribución de efectivos), la modificación de las RPT para crear los puestos de trabajo necesarios y la contratación de funcionarios interinos y de personal laboral con contratos de duración determinada. Si bien es razonable no despreciar estas vías, lo cierto es que son mecanismos de funcionamiento lento y que, en el caso de los interinos y el personal laboral a tiempo determinado, plantea además el problema de la duración máxima de tres años de sus servicios para que no generen expectativas de convertirse en permanentes, tiempo que puede ser inferior al de los proyectos financiados. Ello sin olvidar el periodo de formación imprescindible. Por tanto, atendiendo exclusivamente a la excepcionalidad planteada de un incremento intenso pero circunscrito a un tiempo concreto, parece razonable acudir a formas de contratación de servicios que auxilien en tareas secundarias a los empleados públicos.

⁴⁵ Véase STS 2812/2020, Sala Tercera, Sección 5.ª, de 14 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2812. En su fundamento tercero, fija como criterio interpretativo de interés casacional que «como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia». Este criterio se ha ratificado, por lo que puede considerarse jurisprudencia consolidada, por la STS 3312/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3312, de idéntica sala y sección, de 7 de octubre de 2020.

⁴⁶ Un examen crítico de estas novedades del Decreto-ley 36/2020 puede encontrarse en Baño León (2021).

⁴⁷ Lo que ha llevado a la doctrina a centrarse en aprovechar las exenciones y bonificaciones existentes en el caso de bajada repentina de la facturación como consecuencia de la crisis económica traída por las

La posición del derecho de la Unión respecto de los beneficios fiscales en el caso de los fondos Next Generation es también crecientemente favorable, a pesar de que inicialmente no los contemplase, precisamente por lo que podrían suponer en ahorro de tiempo y de costes. Así, el Reglamento 2021/241, que regula el mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR) se refiere reiteradamente a las subvenciones como instrumentos más habituales para hacer llegar los fondos a los beneficiarios de los distintos programas⁴⁸. Además, tanto el considerando 71 como el artículo 8 declaran expresamente aplicables las normas pertinentes adoptadas en virtud del artículo 322 del TFUE, en particular el reglamento financiero⁴⁹, norma que prevé la ejecución del presupuesto (en este caso las ayudas asociadas al MRR) «mediante subvenciones, contratos públicos, premios y ejecución indirecta». Incluso su artículo 17 lleva el rótulo de «subvencionabilidad», lo que puede inducir, erróneamente, a pensar que la subvención es la única técnica admitida⁵⁰.

No obstante, dicha norma no excluye radicalmente la posibilidad de adjudicar algunos de estos fondos por medio de beneficios o incentivos fiscales. Por de pronto, recordemos que lo que regulan tanto el reglamento del MRR como el reglamento financiero son las reglas para la asignación de fondos por las instituciones de la Unión. Quiere ello decir que, aunque pueda sostenerse que los beneficios fiscales no están expresamente incluidos dentro de los instrumentos de ejecución de gasto, ello solo afecta a tales instituciones. Los Estados miembros beneficiarios de los fondos sí podrían emplearlos para ayudas fiscales.

En favor de esta interpretación puede aducirse, adicionalmente, el principio de eficacia del artículo 19.3 del reglamento, que exige que la Comisión evalúe que los planes de recupera-

medidas adoptadas para evitar la propagación del virus SARS-COV-2. Véase Artamendi Gutiérrez y Pié Ventura (2021).

⁴⁸ Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. Véanse los considerandos 8, 32, y 71. Por su parte, la doctrina también ha partido de la subvención como instrumento preferente junto con el contrato administrativo para ejecutar los planes de recuperación. Véase Sabiote Ortiz y Panadés Jordà (2021).

⁴⁹ Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012.

⁵⁰ Además de que el Reglamento se refiere también con reiteración a los contratos como modo de ejecución de los planes (véase considerando 71) y artículo 22.2 d), la traducción del rótulo transcrito no es la más afortunada. En efecto, en la versión inglesa se emplea el término *eligibility*, mucho más genérico. Muy similar es la versión francesa, *éligibilité*, la rumana *eligibilitate*, así como la portuguesa *elegibilidade*, que comparten dicho carácter genérico con la italiana *ammissibilità*. La versión alemana tampoco alude, siquiera indirectamente, a un procedimiento específico de ejecución y emplea la perífrasis *Voraussetzungen für die Gewährung von Unterstützung*, que puede traducirse por «condiciones para la concesión de ayudas» (esta última traducción la he obtenido del programa DeepL). En consecuencia, no ha de considerarse que la interpretación literal de este precepto excluya el recurso a otro tipo de ayudas de Estado.

ción y resiliencia estatales «garanticen un seguimiento y una ejecución efectivos [...], incluido el calendario previsto». Y el principio de eficiencia, articulado en torno al concepto coste-eficacia del mismo precepto. El recurso a los beneficios fiscales puede permitir acelerar el ritmo de llegada de los fondos, ya que los propios beneficiarios finales podrían aplicárselos provisionalmente en sus declaraciones tributarias (a expensas, en su caso, del resultado de la inspección que en su caso se gire por la Administración). Ello también debiera redundar en una reducción de los costes de gestión previstos en el artículo 6.2. A mayor abundamiento, el propio reglamento señala repetidamente que las medidas adoptadas en aplicación de los planes de recuperación y resiliencia deben permitir alcanzar sus objetivos con rapidez⁵¹.

Por estas razones no ha de extrañar que incluso en España, cuyo Gobierno parece inclinarse más por la técnica de la subvención, podemos encontrar ayudas fiscales concedidas en ejecución de fondos del MRR. Es el caso de las tres deducciones temporales en la cuota íntegra estatal del IRPF previstas en la Ley 10/2022⁵². Se trata de deducciones aplicables sobre las cantidades invertidas en obras en la vivienda habitual que tengan por objeto, respectivamente, disminuir el consumo de calefacción o mejorar su eficiencia energética, así como en edificios de uso predominantemente residencial con este último objetivo. La exposición de motivos de la ley justifica estas medidas en la urgencia de cumplir con los hitos del plan de recuperación y resiliencia y explica el cumplimiento de los distintos requisitos impuestos por el Reglamento 2021/241 para la obtención de fondos, y en particular que con tales deducciones se da cumplimiento a «la inversión C02.I01 "Programa de rehabilitación para la recuperación económica y social en entornos residenciales" recogido en el número 26 del Anexo a la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 16 de junio de 2021». Pero es que incluso las propias instituciones de la Unión están cambiando su enfoque para considerar seriamente emplear los fondos del MRR para introducir incentivos fiscales en determinados sectores de energía verde⁵³.

Por otro lado, los incentivos fiscales pueden ser un instrumento para dar una participación informal pero real a la sociedad en la concesión de incentivos al desarrollo de ciertas actividades. La cultura es uno de los sectores más propicios al efecto. Teniendo en cuenta lo subjetivo que en muchas ocasiones es considerar un proyecto cultural o una obra de arte como socialmente valiosos, la concesión de subvenciones tiene mucho de selección casi arbitraria

⁵¹ Entre otros los considerandos 32, 38, 78 y 50, que literalmente dispone que «las instituciones de la Unión deben hacer todo lo posible por reducir el tiempo de tramitación con el fin de garantizar una aplicación fluida y rápida del Mecanismo».

⁵² Ley 10/2022, de 14 de junio, de medidas urgentes para impulsar la actividad de rehabilitación edificatoria en el contexto del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

⁵³ Así, en el Foro de Davos la presidenta de la Comisión Europea ha anunciado su intención de emplear los fondos Next Generation para introducir incentivos fiscales para impulsar la industria cero emisiones y contrarrestar los subsidios de Estados Unidos. Véase la noticia en *El Economista* del 17 de enero de 2023. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12111280/01/23/Von-der-Leyen-anuncia-en-Davos-un-plan-para-impulsar-la-industria-cero-emisiones-para-contrarrestar-los-subsidios-de-EEUU-.html>

del beneficiario, con el peligro de favorecer al amigo o al correligionario político. La concesión de incentivos fiscales al mecenazgo –con la correspondiente reducción del presupuesto del ministerio o la consejería competente– supone una cierta devolución del poder a la sociedad. Serán los particulares quienes, ante la posibilidad de deducirse de sus impuestos una parte relevante de la aportación o donación otorgada, elijan los proyectos, actividades u obras que son merecedoras de apoyo, democratizando los criterios y asegurando que los creadores se esfuerzan en captar el interés del público⁵⁴. Al mismo tiempo se le vuelve a ahorrar a la Administración una tarea también ingente como es la comprobación de que en efecto se han cumplido los requisitos necesarios para el disfrute de la subvención, bien a través de la supervisión de la realización efectiva de la actividad con los costes declarados, bien mediante la comprobación de algunas condiciones objetivas, como puede ser la asistencia a salas de exhibición en el caso de la subvención a la realización de largometrajes. La relativamente alta litigiosidad ocasionada por los procedimientos de reintegro de subvenciones demuestra la carga que supone para la Administración este tipo de subvenciones.

Por tanto, y sin olvidar lo fundamentado históricamente –y aun en la actualidad– de las críticas al establecimiento o mantenimiento de subvenciones basadas en la denuncia del privilegio que se concede a sectores con gran capacidad de hacerse oír por los poderes públicos, no cabe descartar la conveniencia de, con las debidas cautelas, establecer incentivos fiscales a determinadas actuaciones. Su efecto negativo de distorsión de la competencia no es mayor que el de las subvenciones, ni tampoco el riesgo de mantenerse por pura inercia más allá de los momentos en que estaban justificados. En cambio, pueden ser una vía para abaratar los procedimientos administrativos, acelerar los tiempos en que el incentivo pasa de ser una idea a ser disfrutado efectivamente por su destinatario y favorecer la participación de la sociedad en la selección de las actividades susceptibles de beneficiarse del gasto fiscal.

4. La evaluación del resultado de los beneficios aprobados

4.1. El análisis económico y de sostenibilidad del gasto en los ámbitos de contratación y de subvenciones

La necesidad de responder a un fin de interés general no puede ser un mero condicionante teórico de los beneficios fiscales. Debe aplicarse con toda intensidad en la elaboración de la ley que los establezca. Más aún, ha de ser criterio informador a lo largo de toda la vida del beneficio, pues atentaría contra los principios constitucionales de la imposición del artículo 31.1 de la CE mantener una exención o bonificación que se haya revelado inútil

⁵⁴ Un estudio reciente sobre el mecenazgo cultural, que se muestra escéptico sobre su utilidad actual en España tras las crisis económicas de las dos últimas décadas, puede encontrarse en Rubio Arostegui y Villarroya Planas (2019).

o, peor aún, contraproducente, o que, habiendo rendido buenos servicios en un momento dado, haya perdido justificación. Por todo ello, la aprobación de un incentivo fiscal no ha de entenderse siempre como algo definitivo. De manera plenamente compatible con la garantía del principio de confianza legítima está la posibilidad de que el legislador decida modificarlo o suprimirlo. Incluso es bastante habitual que el programa de incentivos tenga una duración limitada en el tiempo. Por otro lado, la naturaleza de actuación administrativa, en este caso con la finalidad de fomento, que se ha defendido en páginas anteriores, conlleva la aplicación de los principios del artículo 103.1 de la CE, que, en idéntica línea con lo expuesto, dispone que «la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia». Por esta razón, y aunque todavía de manera demasiado fragmentada, es de celebrar que empiecen a abrirse paso iniciativas de evaluación de la eficacia y sostenibilidad del gasto público, que deben extenderse hacia el gasto fiscal.

Así, tradicionalmente la evaluación de subvenciones, que, como se ha señalado, son el espejo en el que se han de mirar los gastos fiscales, y que está incorporada en los planes estratégicos, se viene reduciendo en todas las Administraciones al análisis del grado de ejecución de las partidas disponibles en sus distintas vertientes (gasto, subvenciones concedidas, etc.). Este análisis, que es, sin duda, valioso en la medida en que permite detectar si el diseño de la subvención está bien conformado, no es suficiente. En efecto, a través de él puede detectarse si los requisitos para acceder a la subvención son excesivamente complejos, si la partida presupuestaria es suficiente o incluso excesiva, o debiera incrementarse, o si la Administración cuenta con capacidad para tramitar en tiempo útil la concesión de la subvención. Pero no llega a otros aspectos igualmente necesarios. En particular, la evaluación debe extenderse a elementos tales como la sostenibilidad financiera de la ayuda pública, su eficacia y su eficiencia, principios todos exigibles a partir de los artículos 135, 103 y 31.2 de la CE. Ello implica llevar a cabo un análisis en términos de *expending review*, que permita concluir que la línea de ayudas puede mantenerse en el tiempo (salvo, lógicamente, que se trate de subsidios extraordinarios por catástrofes naturales, pandemias o, con reservas, crisis económicas); si han conseguido los objetivos económicos o de carácter público en general que las justifican y si el gasto efectuado queda justificado por haber alcanzado tales objetivos.

Pues bien, como se acaba de apuntar, desde hace algún tiempo se están aprobando nuevas vías para este tipo de controles en distintos aspectos del gasto público, como las subvenciones y la contratación administrativa. Respecto de esta última (aunque no se trata de una evaluación *ex post* resulta interesante por introducir un criterio de análisis crítico de la sostenibilidad de los contratos), el artículo 333 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público da carta de naturaleza a la Oficina Nacional de Evaluación, como órgano colegiado integrado en la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon)⁵⁵. Su finalidad principal es el análisis de la sostenibilidad financiera

⁵⁵ El desarrollo de esta previsión se contiene en la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación.

de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios, así como informar los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico que deban adoptarse en estos tipos de contratos. En concreto, debe analizarse si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, es razonable en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. Las comunidades autónomas pueden adherirse a esta oficina o regular su propio órgano de evaluación de sostenibilidad financiera de los contratos de concesión⁵⁶.

En el ámbito estricto de las subvenciones, la evaluación *ex post* de las líneas de ayuda no es algo novedoso, pues aparece en la Ley General de Subvenciones de 2003. En efecto, su artículo 8 regula los planes estratégicos, que deben detallar «los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación»; asimismo, la gestión de tales subvenciones ha de cumplir, entre otros, los principios de eficacia en la consecución de los objetivos fijados por la Administración otorgante. Pues bien, la disposición adicional decimoséptima exige que se lleve a cabo un control y evaluación de resultados derivados de la aplicación de los planes estratégicos, que se encomienda en el Estado a la IGAE. Normalmente, los informes de evaluación se han venido limitando a examinar la corrección formal de las subvenciones convocadas y otorgadas, que se extiende al procedimiento de justificación posterior de las subvenciones recibidas por los beneficiarios. A este examen se acompaña un análisis meramente cuantitativo de la cuantía y porcentaje de los fondos efectivamente distribuidos con relación a los presupuestados, así como a la relación numérica entre solicitudes presentadas y las concedidas. De esta manera, la Administración se asegura un control de legalidad, así como una adecuada información sobre, digámoslo así, el grado de demanda de la subvención. No es algo inútil, puesto que pueden detectarse fallos como la previsión en las bases de unos requisitos excesivamente altos o un procedimiento demasiado engorroso, sin olvidar la existencia de fines que apenas se dan en la práctica, y que hacen que los fondos presupuestados superen holgadamente las necesidades a subvencionar bajo las condiciones establecidas. Lógicamente, eso suele llevar a la Administración a reducir las cantidades presupuestadas o bien incluso a suprimir las líneas subvencionables, o a cambiar las condiciones para hacerlas más atractivas.

Ahora bien, lo que suele faltar es un análisis acerca de la capacidad de las subvenciones para conseguir los resultados que se pretenden, en particular cuando tratan de influir en el mercado, momento en el que el artículo 8.2 de la LGS exige que aquellas se dirijan a corregir fallos claramente identificados y que sus efectos sean mínimamente distorsionados. En este sentido, resulta interesante la iniciativa de la Comunidad de Madrid de impulsar, a través de la Oficina Técnica de Análisis Económico de Políticas Públicas, un análisis

⁵⁶ Un ejemplo de la creación de órganos propios es la Comisión de Evaluación Financiera de la Comunidad de Madrid, constituida y regulada por el Decreto 27/2022, de 4 de mayo, del Consejo de Gobierno de esta Comunidad.

y revisión de la eficacia y eficiencia de los gastos destinados a las políticas e iniciativas de gestión públicas⁵⁷. Dicha función comprenderá además el análisis económico de los expedientes respecto de las modificaciones en el alcance, los servicios y recursos a contratar y sus costes unitarios realizando evaluaciones comparativas. Como puede comprobarse, no se trata de asegurar el cumplimiento de la legalidad, sino de ir más allá y comprobar que el dinero público empleado consigue sus objetivos y lo hace de la manera más barata posible. Es demasiado pronto en estos momentos para valorar si esta iniciativa va a traducirse en resultados concretos o si precisamente por su ambición y despliegue horizontal se quedará en un mero brindis al sol. Para que se produzca el primer y deseable resultado será necesario contar con los medios humanos y materiales suficientes y con la colaboración – que no siempre ha de presuponerse– del conjunto de la Administración. En cualquier caso, este análisis, que es pertinente seguramente que comience con las subvenciones, puede y debe extenderse a los beneficios fiscales.

4.2. Evaluación de los beneficios fiscales como modalidad de la evaluación normativa *ex post*

Pasando al caso específico de estos últimos, y teniendo en cuenta la reserva de ley en su establecimiento, la evaluación de su efectividad, como en toda reforma legislativa, es, por de pronto, un elemento capital de la buena legislación⁵⁸. Por ello, a los programas de incentivos fiscales habrá de aplicárseles las previsiones contenidas en el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, que dispone que

las Administraciones públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

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 correspondiente⁵⁹.

⁵⁷ Véase el artículo 17 del Decreto 234/2021, de 10 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo.

⁵⁸ Sobre esta cuestión, véase Montalvo Jääskeläinen (2018). Muy interesante, aunque la propuesta de que sea el Parlamento quien dirija la evaluación *ex post*, además de seguramente poco practicable con la estructura actual de nuestras cámaras, olvida el protagonismo gubernamental que por mor de la Constitución existe en nuestro derecho a la hora de iniciar una norma. También Santamaría Pastor (2016), Fernández Carnicero (2006) y Astarloa Huarte-Mendicoa (2020, p. 259 y ss.).

⁵⁹ Nuevamente ha de destacarse que, si bien la STC 55/2018 declaró este precepto contrario al orden constitucional de competencias, las comunidades autónomas han ido asumiendo su contenido. A título de ejem-

Nuevamente, con esta actuación de evaluación se pone de manifiesto el protagonismo administrativo en la actuación por medio de beneficios fiscales. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley del Gobierno desarrolla la previsión anterior en sus artículos 25.2 y 28. El primero establece que en el plan anual normativo se han de determinar las normas que han de ser objeto de análisis «sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios»⁶⁰. El segundo regula el llamado Informe anual de evaluación, en el que habrá de constar en todo caso el análisis de la eficacia y eficiencia de la norma, así como su sostenibilidad, y podrá contener recomendaciones sobre su modificación o derogación.

Por si la simple lectura de estos contenidos no bastase para deducir su aplicabilidad a los beneficios fiscales, el Real Decreto 286/2017⁶¹, que desarrolla los preceptos anteriores, establece en su artículo 3.1 los criterios que han de determinar qué normas han de someterse a un análisis de resultados. Entre ellos, al menos dos afectan directamente a este actuar público, en concreto, la letra a) «Coste o ahorro presupuestario significativo para la Administración General del Estado» y la letra e) «Impacto sobre la economía en su conjunto o sobre sectores destacados de la misma», sin olvidar la letra f), relativa al impacto sobre la unidad de mercado, la competencia, la competitividad o las pequeñas y medianas empresas.

A pesar de ello, lo cierto es que no se detecta, al menos a escala nacional, que se esté prestando demasiado interés a este aspecto en particular a la hora de someter o no una norma a evaluación *ex post*. A título de ejemplo, en el Plan Normativo de 2020⁶², la evaluación *ex post* de beneficios fiscales queda circunscrita prácticamente a la que pueda producirse en el futuro respecto de los incluidos en el anteproyecto de ley por la que se modifican la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, y la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de convertirse finalmente en ley. La misma parquedad aparece en el plan de 2021, donde encontramos una evaluación solo en el anteproyecto de ley estatal por el derecho a la vivienda, que prevé algunos beneficios fiscales en forma de bonificaciones para los propietarios que bajen el precio de su alquiler en determinadas condiciones⁶³. De manera aún más gráfica, el plan de 2022 no

plo valga el Decreto 52/2021, de 24 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula y simplifica el procedimiento de elaboración de las disposiciones normativas de carácter general en la Comunidad de Madrid. Su artículo 3.3 establece que la MAIN debe establecer si la norma va a someterse a evaluación *ex post* por parte de la consejería promotora, así como los términos y plazos previstos para llevarla a cabo.

⁶⁰ No obstante, el artículo 28.2 remite esta función a la MAIN, que además ha de fijar sus términos y plazos.

⁶¹ Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa.

⁶² El informe puede encontrarse en <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:7df7e523-7a89-47b2-8428-71e6fa878f8f/PAN-2020.pdf>

⁶³ Véase su texto en <https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:01fc2866-a9d8-4010-8354-c56676f9dbdb/PAN-2021.pdf>

contempla la evaluación *ex post* de una norma tan central en el ámbito de los beneficios fiscales como es la ley por la que se modifica la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo⁶⁴. En fin, en la misma línea, en el de 2023 ninguna disposición sometida a evaluación *ex post* tiene que ver con los beneficios fiscales y algunas de las previstas, que sí tienen incidencia en la materia, no se han considerado para llevar a cabo tal evaluación⁶⁵.

En general, parece haber una resistencia a someter a evaluación todas las normas con incidencia sobre la Hacienda Pública, puesto que también aparecen numerosos proyectos normativos relativos a sus normas reguladoras que tampoco tienen prevista su posterior evaluación⁶⁶. Seguramente, además del, en parte lógico, rechazo a una tarea que no deja de resultar un «engorro» por parte del gestor administrativo, pesen en esta actitud los recelos que el propio texto constitucional plantea respecto de la intervención de los ciudadanos en materia de gasto público, antes señalados. Y es que no debe olvidarse que, como ya ha apuntado la doctrina (Montalvo Jääskeläinen, 2018, p. 182), del mismo modo que sucede en la elaboración de las normas, en muchas ocasiones sería muy recomendable que en los procesos de evaluación se diera participación a los destinatarios de las normas a fin de que hagan llegar su opinión acerca del funcionamiento de la norma examinada.

4.3. La evaluación de los beneficios fiscales como instrumento de control de gasto y como exigencia del plan de recuperación, transformación y resiliencia (PRTR)

En realidad, los mejores resultados los ofrece la evaluación de los beneficios fiscales llevados a cabo por la AIREF, así como los exigidos por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). Es cierto que su establecimiento obedece, al menos parcialmente, a una voluntad política de incrementar la recaudación impositiva por una vía como el recorte de beneficios, que se percibe como menos costosa políticamente que la subida directa de tipos de gravamen⁶⁷. Sin embargo, como todo gasto público, ya he señalado que

⁶⁴ El plan puede consultarse en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:47700d80-0a2f-456f-a36c-299d1be7fe6e/PAN_2022.pdf

⁶⁵ Se trata de la ley por la que se completa la transposición del artículo 4 de la Directiva ATAD I, relativo a la limitación de la deducibilidad de intereses en el impuesto sobre sociedades. El plan puede consultarse en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf>. En general, el criterio es muy restrictivo, ya que de 117 iniciativas previstas solo en 15 se prevé la evaluación *ex post*.

⁶⁶ Entre las excepciones en las que sí está prevista la evaluación *ex post* puede mencionarse el proyecto de real decreto por el que se regula el Plan estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025.

⁶⁷ Prueba de ello son las sucesivas propuestas de supresión de beneficios fiscales para los distintos tipos de impuestos contenido en el Libro Blanco sobre la reforma tributaria de 2022, que menciona con cierta

el gasto fiscal está sometido a los principios de eficiencia y economía en su programación y ejecución establecidos por el artículo 31.2 de la CE. Por lo tanto, y aun conociendo el sesgo apuntado, es muy útil el análisis de los resultados del estudio «Beneficios fiscales» de la AIREF, dentro de la evaluación del gasto público 2019⁶⁸. Se trata de un repaso de los beneficios fiscales cuantitativamente más importantes en España. Entre ellos destacan, dentro del IRPF, la aportación a sistemas de previsión social, la reducción por tributación conjunta, por rendimientos de trabajo, arrendamiento de vivienda, o la deducción por donativos. Dentro del IVA, se estudian los tipos reducidos y determinadas exenciones. El estudio también se extiende a determinados aspectos del impuesto sobre sociedades y del impuesto sobre hidrocarburos. El informe contiene algunas conclusiones generales y otras específicas sobre cada beneficio. Dentro de las primeras, se incluyen algunas recomendaciones que deben compartirse, tales como la necesidad de que el establecimiento del beneficio se inserte en una adecuada planificación de la política pública a la que sirve, de la imprescindible coordinación entre Administraciones públicas para evitar duplicidades –o peor aún, incentivos de efecto contrario– y la exigencia de que el establecimiento y reforma del beneficio fiscal se someta a una evaluación *ex ante* y *ex post*.

Seguramente den para más debate las conclusiones específicas. El texto se estructura en la definición del beneficio, su cuantificación en términos de coste para la Hacienda, el objetivo perseguido, el cumplimiento o no de dicho objetivo, su impacto respecto de la igualdad y progresividad tributaria y las propuestas de reforma. No me detendré en cada una de ellas, pero a título de ejemplo valga la evaluación de la reducción por aportaciones a sistemas de previsión social, que se resume en estos términos:

- **Definición.** Hasta 8.000 euros por aportaciones a planes de pensiones (diferimiento fiscal).
- **Coste.** (Millones €) 1.643 (diferimiento fiscal: 450).
- **Desigualdad.** Regresivo.
- **Objetivo.** Incentivar el ahorro a largo plazo como complemento al sistema público de pensiones.

frecuencia las conclusiones de la revisión de la AIREF como argumento de autoridad. En este sentido, recordemos que los puntos de partida del comité de expertos no eran neutrales, pues entre los principios fundamentales que requería la Secretaría de Estado de Hacienda de esta reforma estaba la «potenciación de la fiscalidad en áreas infragravadas». Véase Comité de personas expertas para elaborar el Libro Blanco sobre la reforma tributaria (2022), *Libro Blanco sobre la reforma tributaria*, IEF. https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf

⁶⁸ El informe puede consultarse en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/10/Docus_Varios_SR/Estudio_Beneficios_Fiscales_Spending_Review.pdf

- **Cumplimiento objetivo no.** De la evaluación se desprende que el incentivo fiscal puede resultar negativo para un conjunto amplio de ahorradores una vez que se tienen en cuenta la fiscalidad de las prestaciones en el momento de la jubilación, las comisiones de los planes de pensiones y la tasa de preferencia intertemporal.
- **Propuestas.** Reformulación completa del beneficio fiscal de manera coherente con las recomendaciones que se acuerden en el Pacto de Toledo sobre ahorro complementario a largo plazo.

Como todo estudio, su metodología e incluso sus objetivos pueden discutirse, pero es un instrumento útil para analizar la pertinencia del mantenimiento del beneficio analizado. Lógicamente, desde una perspectiva liberal, en el caso de optar por su supresión, podrá defenderse la transformación de los eventuales ingresos adicionales (que no pasan de ser meras proyecciones) en reducciones de impuestos de carácter general y que sean neutrales económicamente, en el sentido de no dirigir la actividad privada.

En línea similar se sitúa la revisión de beneficios fiscales 2021, del Instituto de Estudios Fiscales⁶⁹, actuación que se enmarca en la reforma 2 del componente 28 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)⁷⁰. El grupo de trabajo, alguno de cuyos miembros coincide con los del comité de expertos para el Libro Blanco sobre la Reforma Fiscal, estudia cinco beneficios fiscales, con un coste total de estimado de 784 millones de euros en 2021, mucho menor que el analizado por la AIREF, aunque tiene la ventaja de ser más reciente. Su análisis es más matizado y concluye, por ejemplo, en la propuesta de mantenimiento del régimen de ajustes en base imponible sobre las rentas procedentes de determinados activos intangibles (un beneficio sobre el impuesto sobre sociedades conocido como *patentbox*, por rentas obtenidas por la cesión de patentes propias y cuyo objeto es promover la inversión en I+D+i). En la exención parcial de los premios de determinadas loterías y apuestas es interesante el dato aportado de la reducción de rendimientos del trabajo que se produce a continuación de la obtención de premios de lotería superiores a 100.000 euros en los sujetos pasivos agraciados en ejercicios siguientes y que apunta al presumible abandono, al menos parcial, de su actividad laboral. Ofrece, en fin, una valoración también positiva de la exención de los rendimientos del trabajo obtenidos en el extranjero, que entiende que ha contribuido a fomentar las exportaciones de las empresas españolas y su internacionalización.

⁶⁹ Grupo de trabajo para la evaluación de beneficios fiscales (2022), *Evaluación de beneficios fiscales 2021*, IEF. <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/31-03-22-Informe-Revision-Beneficios-Fiscales-2021.pdf>

⁷⁰ Literalmente dice así: «Análisis de beneficios fiscales. Se realizará una revisión exhaustiva de los beneficios fiscales existentes con el fin de verificar si cumplen los objetivos para los que fueron aprobados y si el coste que suponen, en términos de merma recaudatoria, resulta justificado». El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia puede consultarse en https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf

Como puede comprobarse, los últimos años han asistido, más por empuje del derecho de la Unión Europea que por iniciativas internas, a un cierto auge de la evaluación de estos beneficios que, no obstante, han seguido creciendo en sus cuantías totales a pesar de que, en efecto, no faltan casos de reducción de algunos de los más conocidos, como son los que disfrutaban los planes de pensiones individuales.

5. Conclusiones

Como se ha señalado desde las primeras páginas, los beneficios fiscales están lejos de ser una técnica marginal y en regresión dentro de la actividad de la Administración. El llamado gasto fiscal va a superar para 2023 la cifra de los 45.000 millones de euros solo en la Administración General del Estado y se eleva hasta casi un 5 % de nuestro PIB si se incluyen los correspondientes a las comunidades autónomas y las entidades locales. Se trata, pues, de uno de los instrumentos de actuación de las Administraciones públicas más relevantes para condicionar la vida social, razón por la cual sorprende la relativamente escasa atención que ha despertado en la doctrina administrativa, no así entre los tributaristas, más atentos a su importancia cualitativa a la hora de condicionar la capacidad recaudatoria de los tributos.

Como tal técnica, los beneficios fiscales han de incardinarse dentro de la actividad administrativa de fomento, como un instrumento de carácter económico, que desempeña una función plenamente equiparable a las subvenciones. El hecho de que se encuentren sometidos a una reserva de ley en su establecimiento no disminuye su carácter administrativo, puesto que, de un lado, todas las potestades de la Administración están sometidas a esta reserva, en especial las que afecten a las libertades de los ciudadanos, y, de otro, su gestión y supervisión son actuaciones típicamente administrativas. Su introducción, como tal técnica de fomento, presenta notables ventajas en algunos momentos frente a las subvenciones, puesto que permiten, en el caso de programas con gran volumen de recursos y de eventuales destinatarios, que la ayuda llegue bastante antes, ya que en muchos casos los propios destinatarios podrán aplicárselos directamente en sus declaraciones tributarias. Esto reduce la carga que para la Administración implica evaluar las distintas solicitudes, baremarlas y resolver el procedimiento, ahorrando tiempo y dinero. Por esta razón, los beneficios fiscales han sido muy útiles durante la pandemia por la covid-19 para hacer llegar el apoyo público a los actores económicos más afectados, debiendo criticarse el relativamente bajo uso de la Administración española frente a las recomendaciones de la Unión Europea. Incluso en estos momentos en que la ejecución de los fondos Next Generation se ve ralentizada por la dificultad de la Administración para gestionar planes en tan gran número, complejidad y cuantía, no cabe rechazar en absoluto el recurso a esta técnica. En campos específicos, como la cultura, los beneficios fiscales facilitan la participación social en la determinación de las prioridades públicas, puesto que serán los ciudadanos los que libremente escojan las actividades o programas que más les atraigan a la hora de llevar a cabo una donación deducible, en lugar del responsable político correspondiente.

En España, la legitimidad de los beneficios fiscales viene expresamente reconocida por la Constitución, que los somete a una estricta reserva de ley (art. 133) –luego suavizada por el Tribunal Constitucional si no se trata de establecerlos, sino de modificarlos o suprimirlos, tarea que puede llevarse a cabo por decreto-ley– y exige la publicación de su importe en los presupuestos generales del Estado (art. 134.2). En todo caso, su establecimiento, en la medida en que supone una excepción a los principios generales de la imposición, en especial el de capacidad económica y de generalidad, contenidos en el artículo 31.1 de la CE, y, como por lo demás exige el artículo 103.1 de la CE a toda la actuación de las Administraciones públicas, está sometido a un fin de interés general.

Esta adherencia al interés general no ha de desplegarse solo en el momento de su introducción. De manera similar a lo que ocurre con otras potestades administrativas que se prolongan en el tiempo, como las conocidas como autorizaciones de funcionamiento, este requisito ha de mantenerse a lo largo de toda la vigencia del incentivo fiscal, ya que en caso contrario se convertirían en un privilegio proscrito por la Constitución. Por esta razón se ha defendido la generalización de una evaluación periódica de los beneficios existentes. Los modelos que proporciona el ordenamiento más asentado, como son las evaluaciones cuantitativas de las subvenciones y la evaluación *ex post* de las normas jurídicas, se han mostrado claramente insuficientes hasta la fecha. Las primeras porque solo dan una información parcial, que no aporta datos sobre su eficacia real; la segunda por la reticencia del legislador a someter a evaluación de manera general las normas que establecen beneficios fiscales. Los procesos de revisión que se han llevado a cabo más recientemente a impulsos de la Unión Europea por la AIREF y por el grupo de trabajo *ad hoc* del Instituto de Estudios Fiscales sí se han mostrado mucho más interesantes y son la vía que habrá de desarrollarse en el futuro.

Es de desear que este tipo de exámenes se generalice, se convierta en periódico y se extienda a los beneficios fiscales autonómicos y locales⁷¹. Se trata de asegurar que lo que no deja de ser un gasto fiscal responda a los principios constitucionales de eficiencia y economía, como por lo demás ha de exigirse a toda la acción de fomento, en particular las subvenciones. Si un beneficio fiscal justificado presenta las ventajas que he descrito en páginas anteriores, un estímulo que se haya anquilosado o haya demostrado no ser eficaz no hará sino complicar la gestión tributaria y dificultar la justicia tributaria, que queda ligada indefectiblemente a gravar la capacidad económica efectiva, además de contrariar ese servicio objetivo a los intereses generales y la actuación con arreglo, entre otros, al principio de eficacia, muy justamente reclamado para las Administraciones por el artículo 103.1 de la CE.

⁷¹ En este sentido, véase Ruiz Almendral (2022).

Referencias bibliográficas

- Albiñana García-Quintana, C. (1998a). Artículo 133. En *Comentarios a la Constitución española de 1978* (tomo X, pp. 267-300). Cortes Generales EDERSA.
- Albiñana García-Quintana, C. (1998b). Artículo 134. En *Comentarios a la Constitución española de 1978* (tomo X, pp. 301-344). Cortes Generales EDERSA.
- Artamendi Gutiérrez, A. y Pié Ventura, A. (2021). Incentivos fiscales para grandes contribuyentes como consecuencia de la pérdida de facturación por la COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, 162-173.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2020). *La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador* [Discurso]. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Baño León, J. M.^a. (2021). La ejecución del mecanismo europeo de recuperación y resiliencia. Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 7.
- Becker, F. et al. (2008). *Tratado de tributación medioambiental*. Thomson-Aranzadi.
- Bermejo Vera, J. (2009). *Derecho Administrativo. Parte especial*. Thomson-Civitas.
- Bonnard, R. (1943). *Précis de droit administratif*. Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Burdeau, F. (1995). *Histoire du droit administratif*. PUF.
- Campos Fernández, M.^a y Grau Ruiz, M.^a A. (2007). El Presupuesto de beneficios fiscales y su evolución en el marco del Estado de las Autonomías. *Auditoría Pública*, 41, 83-96.
- Caringella, F. (2021). *Manuale di Diritto Amministrativo. Parte Generale e Parte Speciale*, Dike Editrice.
- Cazorla Prieto, L. M.^a. (2001). Artículo 133.3. En *Comentarios a la Constitución* (pp. 2258-2265). Civitas.
- Clarich, M. (2019). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Il Mulino.
- Colmeiro, M. (1876). *Derecho administrativo español*, tomo primero. Imprenta y librería de Eduardo Martínez.
- Corso, G. (2020). *Diritto Amministrativo*. Giappichelli.
- Cosculluela Montaner, L. (2021). *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Thomson Reuters-Civitas.
- Dumont, G. y Lombard, M. (2017). *Droit administratif*. Dalloz.
- Falcón Tella, R. (1984). El Decreto-ley en materia tributaria. *REDC*, 10, 183-213.
- Fernández Carnicero, C. J. (2006). La evaluación legislativa en España: posibilidades de articulación y límites constitucionales o estatutarios. En Pardo Falcón y Pau Valls (Coords.), *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (pp. 161-169). Tecnos.
- Fernández Farreres, G. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. IEF.
- Fernández Farreres, G. (2012). *Sistema de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- Ferreiro Laplatza, J. J. y Sartorio Albalat, S. (2004). *Derecho tributario: Parte especial*. Marcial Pons.
- Fuentes Quintana, E. (1987). El impuesto lineal una opción fiscal diferente (notas en torno a «Algunas reflexiones sobre el impuesto lineal» de A. Zabalza). *Papeles de Economía Española*, 30-31, 175-192.
- García de Enterría, E. (1994). *La Administración española*. Alianza Editorial.

- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020). *Curso de Derecho Administrativo II*. Thomson Reuters-Civitas.
- Garrido Falla, F. (1960). *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II, parte general: conclusión. Instituto de Estudios Políticos.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 48, 41-54.
- Juan Casadevall, J. de (2021). La impermeabilización del Impuesto sobre Sociedades al Decreto-Ley: la dudosa constitucionalidad del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre. *Nueva Fiscalidad*, 1, 107-131
- Lora Tamayo, M. (2012). La intervención administrativa en el deporte. En E. Linde Panigua (Coord.), *Parte especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*. COLEX.
- Montalvo Jääskeläinen, F. de (2018). Potestad legislativa y evaluación *ex post* de las normas: hacia un mejor parlamento a través de la regulación inteligente. *Revista de las Cortes Generales*, 97-98-99, 79-184.
- Morell Ocaña, L. (1999). *Curso de Derecho Administrativo, II*. Aranzadi.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, tomo XIV, La actividad regulatoria de la Administración*. BOE.
- Nieto, A. (1996). *Los primeros pasos del estado constitucional. Historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*. Ariel.
- Orlando, V. E. (1891). *Principii di Diritto Amministrativo*. Barbera.
- Parada Vázquez, R. (2002). *Derecho Administrativo I. Parte General*. Marcial Pons.
- Parada Vázquez, R. (2015). *Derecho Administrativo II*. OPEN Ediciones Universitarias.
- Pérez Royo, F. (1978). El principio de legalidad tributaria en la Constitución. En *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*. CEC.
- Pérez Royo, F. (1979). Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo ordenamiento constitucional. En *La hacienda pública en la Constitución española* (pp. 13-50).
- Posada, A. (1897). *Tratado de Derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva, tomo primero*. Librería general de Victoriano Suárez.
- Presutti, E. (1903). *Principi fondamentali di scienza dell'amministrazione*. Società editrice libraria.
- Rivero, J. (1985). *Droit administratif*. Dalloz.
- Rivero, J. y Waline, J. (1994). *Droit administratif*. Dalloz.
- Rivero, J. y Waline, J. (2016). *Droit administratif*. Dalloz.
- Royo Villanova, A. (1950). *Elementos de Derecho administrativo*, tomo primero. Santarén.
- Rubio Arostegui, J. A. y Villarroya Planas, A. (2019). *El papel del mecenazgo en la política cultural española. Propuestas para reconfigurar su papel en la crisis en las artes y la industria cultural*. Fundación Alternativas-Ministerio de Cultura y Deporte. <https://www.fundacionalternativas.org/las-publicaciones/informes/el-papel-del-mecenazgo-en-la-politica-cultural-espanola-propuestas-para-reconfigurar-su-papel-en-la-crisis-en-las-artes-y-la-industria-cultural>
- Ruiz Almendral, V. (2022). Una reforma tributaria para España. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, 7-26.
- Sabiote Ortiz, A. M. y Panadés Jordà, P. (2021). Algunas cuestiones prácticas sobre los fondos europeos *Next Generation EU* y su implantación en España. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, 115-139.



- Sánchez Morón, M. (2006). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.
- Sandulli, A. (2009). *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*. Giuffrè.
- Santamaría de Paredes, V. (1888). *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*. Establecimiento tipográfico de Eduardo Fé.
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas. *REDA*, 175, 31-55.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel.
- Villar Ezcurra, J. L. (1999). *Derecho administrativo especial*. Civitas.
- Villar Palasí, J. L. (1950). La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 3, 53-130.

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y letrado de las Cortes Generales, adscrito a la Dirección de Comisiones del Congreso de los Diputados. Es autor y coautor de varios libros sobre diversos temas de derecho público y de numerosos artículos en revistas nacionales e internacionales y ha participado como ponente invitado en cursos, conferencias y seminarios de diversa temática, nacionales e internacionales. Es también académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Colabora ocasionalmente en el diario ABC. <https://orcid.org/0000-0003-2798-8584>



El *crowdfunding* para pedir ayudar económica ante falsas enfermedades con la excusa de la salud de las personas como estafa agravada. Un abuso a la buena fe de la ciudadanía

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho (España)

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

Extracto

Se analizan casos que han llegado a los tribunales de justicia de prácticas que existen hoy en día de personas que aparentan falsas enfermedades, propias o de sus hijos, con intención de recaudar fondos para la ayuda de enfermedades que no existen e incluso señalan los peticionarios de las ayudas o los fondos para luchar contra esas aparentes enfermedades.

De esta manera, se supone un fraude al factor salud, que conlleva una estafa agravada de acuerdo con el artículo 250.1.1.º del Código Penal, ya que se utiliza la salud como instrumento para favorecer el engaño y potenciar el desprendimiento patrimonial de muchas personas. Este desprendimiento se hace en una especie de *crowdfunding* con la intención de ayudar en una enfermedad que es falsa o aparente.

Palabras clave: estafa agravada; salud de las personas; bien de utilidad social; financiación.

Recibido: 05-08-2023 / Aceptado: 14-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 05-11-2023

Cómo citar: Magro Servet, V. (2023). El *crowdfunding* para pedir ayudar económica ante falsas enfermedades con la excusa de la salud de las personas como estafa agravada. Un abuso a la buena fe de la ciudadanía. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274. 121-138. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.19359>



Crowdfunding to ask for financial help before false illness with the excuse of people's health as an aggravated scam. An abuse of citizens' good faith

Vicente Magro Servet

Abstract

Analysis of the court cases in which some people pretend a false illness, their own or their children's, in order to raise funds to help those diseases that do not exist, so that even the petitioners point out the aid or funds to fight these pretended diseases.

In this way, a fraud to the health factor it is assumed, which entails an aggravated fraud according to article 250.1.1° of the Criminal Code, since using people's health as an instrument to promote deception and asset detachment of many people. The asset detachment takes place in a kind of «crowdfunding» with the intention of helping a person with a disease that is false or apparent.

Keywords: aggravated fraud; people's health; social utility asset; funding.

Received: 05-08-2023 / Accepted: 14-09-2023 / Published: 05-11-2023

Cómo citar: Magro Servet, V. (2023). El *crowdfunding* para pedir ayudar económica ante falsas enfermedades con la excusa de la salud de las personas como estafa agravada. Un abuso a la buena fe de la ciudadanía. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 274. 121-138. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.19359>



Sumario

1. Introducción
2. Estafar a los demás reclamando dinero por *crowdfunding* para atender una falsa enfermedad supone la comisión de una estafa agravada, de acuerdo con el artículo 250.1.1.º del CP, ya que se abusa del valor «salud de las personas» como bien de reconocida utilidad social
3. Conclusiones

Referencias bibliográficas



1. Introducción

Hoy en día, dentro de la perversidad que existe en la sociedad, se está dando una práctica cada vez más habitual en personas que, aparentando una enfermedad propia o de sus hijos, solicitan mediante un *crowdfunding* ayudas económicas a la ciudadanía, en forma de aportación en una cuenta corriente del estafador, para que este pueda recurrir a las ayudas o intervenciones médicas necesarias para tratar la falsa enfermedad, así como para cubrir los supuestos gastos farmacéuticos precisos de una enfermedad que no existe.

El *crowdfunding* es una herramienta de financiación que utilizan algunas personas para fines concretos y en virtud de la cual reclaman ayudas económicas mediante la justificación documental del interés del proyecto, que puede ser económico para enriquecimiento propio del financiador o simplemente de apoyo a una idea o proyecto que se justifique de interés social o colectivo y que pueda salir adelante por la ayuda económica de los ciudadanos.

Como señala Alonso (2022), el *crowdfunding* o financiación colectiva es una forma de financiación online que prescinde de intermediarios financieros como bancos para obtener el impulso económico necesario, sino que lo consiguen a través de donaciones de usuarios cuya motivación puede ser altruista y/o a cambio de algún tipo de recompensa relacionada con el proyecto. Las campañas de *crowdfunding* se realizan generalmente a través de plataformas especializadas en este tipo de micromecenazgo, que facilitan las transacciones y ponen en contacto a los propietarios con los donantes.

Las campañas de *crowdfunding* suelen estar dirigidas habitualmente a la financiación de proyectos artísticos, musicales o creativos, así como proyectos con un objeto social y productos tecnológicos de código abierto u *open source*.

Y, por último, en función del objetivo de los donantes (que se tratará en las presentes líneas) se establecen las diferentes modalidades de financiación, señalando que cuando se trata de recaudar fondos para cubrir los gastos médicos derivados de una enfermedad se acude al *crowdfunding* de donación. El *crowdfunding* de donación es un tipo de micromecenazgo en el que no se ofrece ninguna recompensa a los donantes, pues su motivación es puramente altruista. Los donantes aportan algo con el objetivo de ver que el proyecto sale adelante. Este tipo de *crowdfunding* es idóneo para proyectos sociales o de carácter humanitario, como la ayuda a víctimas de catástrofes naturales, el apoyo a comunidades en riesgo de exclusión o, incluso, la ayuda en causas individuales de personas, por ejemplo, con una grave enfermedad.

Por ello, suele ser práctica habitual que personas que tengan enfermedades graves, o que las tengan sus hijos, y que no puedan costear sus tratamientos recurran a este sistema petición de ayudas económicas a través de redes sociales para poder acceder a las novedades de la medicina en clínicas privadas que pueden dar solución a la grave enfermedad que padece el solicitante de la ayuda o sus hijos.

Pero en un mundo como el actual, donde abunda la maldad y la mecánica de la estafa se lleva a cabo sin ninguna cortapisa o consideración moral, algunas personas se aprovechan del «buen corazón» de los ciudadanos para que, mediante el fraude de la falsa existencia de una enfermedad, reclamen estas ayudas económicas, recibiendo importantes donaciones hasta que se demuestra la falsedad de la petición o su exageración, distorsionando la realidad con el único fin de obtener dinero sin importarles que sus «financiadores» estuvieran convencidos de que ayudaban a alguien en una situación angustiosa, cuando en realidad se trataba de una enfermedad que no existía o, al menos, no en la gravedad que alegaba el estafador.

Se apela de esta manera al corazón de los ciudadanos y, amparándose en su buena fe, los estafadores reclaman ayudas mediante la inserción de fotografías falsas, aparentes o disfrazadas en las que, bajo la apariencia hoy de una enfermedad que es inexistente, o no de la gravedad que se alega, se solicita el amparo económico de la ciudadanía.

En este contorno, la estafa que ya cometen con la sola reclamación de aportaciones económicas a una cuenta corriente bajo la concurrencia de un engaño para obtener un desplazamiento patrimonial en los ciudadanos y un enriquecimiento económico en el estafador viene agravada por la instrumentalización del concepto «salud de las personas» como la herramienta o instrumento en virtud del cual se trata de doblegar la confianza de los ciudadanos que realizan las aportaciones económicas (y en cuantías desmesuradas) que provocan un mayor enriquecimiento patrimonial en el estafador, llegándose a alcanzar cifras extraordinarias, como se comprueba en la práctica diaria, en muchos casos por encima de los 200.000 euros. Esta situación se produce hasta que por cualquier circunstancia una investigación llevada a cabo por alguien que pueda sospechar del fraude ante estas reclamaciones tenga como consecuencia la averiguación del engaño mediante la utilización del

concepto «salud de las personas» para conseguir vencer la resistencia de las personas a realizar las aportaciones económicas, y que estas sean a su vez relevantes cuando se alega falsamente la gravedad de la enfermedad.

Se demuestra, así, que hoy en día existen muchas personas que de forma desinteresada realizan aportaciones económicas confiando de forma altruista, cuando la realidad es bien distinta si se observa el incremento de personas absolutamente desaprensivas que son capaces de utilizar a sus propios hijos aparentando enfermedades falsas, o cuyas propias, consiguiendo alterar su aspecto físico para engañar a los ciudadanos y que realicen esas aportaciones económicas que están reclamando para su enriquecimiento personal.

Estas situaciones demuestran la perversidad que existe en muchos ciudadanos, capaces de llegar al extremo de utilizar el vehículo de la salud de las personas como herramienta para enriquecerse económicamente perdiendo el respeto por su propia dignidad, irrelevante para el estafador con tal de conseguir su fin de enriquecimiento económico.

2. Estafar a los demás reclamando dinero por *crowdfunding* para atender una falsa enfermedad supone la comisión de una estafa agravada, de acuerdo con el artículo 250.1.1.º del CP, ya que se abusa del valor «salud de las personas» como bien de reconocida utilidad social

Hay que recordar que el CP incluye entre las estafas agravadas de su artículo 250.1.1.º que esta recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

Sobre este agravamiento del artículo 250.1.1.º del CP se ha pronunciado el Tribunal Supremo, reconociendo que entrarían como estafas agravadas al tratarse de un «bien de reconocida utilidad social»:

- a) Cuando recaigan sobre viviendas cuando estas sean, o vayan a ser, la residencia del estafado. Agravación por recaer sobre bien de primera necesidad, pues muchos de los cooperativistas iban a destinar la vivienda a su domicilio habitual (Sentencia Tribunal Supremo –STS–, Sala Segunda, 453/2018, de 10 de octubre, rec. núm. 1793/2017). Vivienda como bien de utilidad social (STS, Sala Segunda, 764/2013, de 14 de octubre, rec. núm. 2314/2012).
- b) Bienes de reconocida utilidad social, como la salud de las personas (SSTS 262/2019, de 24 de mayo, y 533/2023, de 29 de junio –NCJ066734–). Subtipo agravado por recaer sobre bienes de reconocida utilidad social, como la Asociación española de lucha contra la poliomelitis. La sustracción de fondos de una

asociación con fin de tutela y/o protección de personas con enfermedad conlleva la aplicación de este agravante (STS, Sala Segunda, 374/2010, de 20 de abril, rec. núm. 1675/2009).

- c) Bienes de reconocida utilidad social, como el trabajo (STS 543/2023, de 5 de julio). La necesidad acuciante de un puesto de trabajo es una circunstancia que permite aplicar el artículo 250.1.1.º del CP (STS, Sala Segunda, 457/2006, de 21 de marzo, rec. núm. 309/2005).

Relevante a los efectos que ahora nos interesan es la STS, Sala Segunda, 262/2019, de 24 de mayo, rec. núm. 1924/2017, en la que se trata de un delito continuado de estafa por aprovechamiento de la enfermedad de unos niños para conseguir aparentemente fondos para su tratamiento, cuando en realidad el objetivo era el beneficio propio del autor de la estafa. El engaño y el aprovechamiento de esta enfermedad de los menores pretendía mover la voluntad de los que aportaban las cantidades económicas para una gala en teoría benéfica, pero cuyos importes tenían fin apropiativo del condenado.

Se aplicó el subtipo agravado al recaer sobre un bien de utilidad social, como es la salud por el abuso de la solidaridad ajena.

Concurre, por ello, la mayor reprochabilidad penal a conductas típicas en las que el empleo del engaño con ánimo de lucro afecta, o tiene incidencia, en la salud de las personas.

Por ello, que en la sentencia se apunta que:

El comportamiento falaz y engañoso de ambos acusados es determinante para que los engañados efectuaran el desembolso en la prestación de su trabajo, servicio y dinero y para que los ulteriores beneficiarios autorizasen el uso de la imagen y nombre de los menores, a sabiendas que ello facilitaba el que la generalidad de las personas, por sentimientos de solidaridad con tales familias, accedieran a pagar el sobrecoste de la cena, rifas, etc. en la creencia, todos ellos (clientes, dueño del restaurante y técnico de sonido-iluminación) de estar colaborando en un acto loable y encomiable, que de otro modo no hubieren efectuado, y una vez obtenido el dinero, cuyos beneficiarios eran los cuatro niños con enfermedades raras, se lo apropiaron.

Es por ello, por lo que con este escenario probatorio la conclusión del Tribunal acerca de la existencia de la estafa es evidente por cuanto se recoge que:

a) Han obtenido ambos acusados, mediante engaño descrito (consistente en hacer aparentar que se trataba de una recaudación benéfica para atender un fin altruista), la suma de más de 6.500 euros.

b) Induciendo a error tanto al dueño del restaurante, como al técnico del sonido e iluminación como a los artistas que se prestaron a colaborar en la gala así como a

los más de 300 comensales a efectuar un desembolso, que no hubieran efectuado de conocer las verdaderas intenciones de los acusados de quedarse íntegramente con lo recaudado en la cena y en las rifas.

c) Disponiendo sin autorización alguna de dichas cantidades en sus propios beneficios y en perjuicio de los denunciantes, a cuyo favor se publicitó falazmente la señalada gala.

Pues bien, en este caso se utilizó el «reclamo» de una aparente enfermedad para que los ciudadanos ayudaran a esta familia y acudieran a realizar sus aportaciones económicas, abusando de la solidaridad de aquellos que siempre ayudan en situaciones de enfermedad, sin importar a sus autores que el reclamo fuera falso y con el único fin de enriquecimiento que hace concurrir la estafa.

Por eso, señala el Tribunal Supremo que estos casos en los que algunas personas reclaman a amigos o ciudadanos desconocidos ayudas económicas para que les «financien» en esa falsa enfermedad mediante un *crowdfunding* son una estafa y, además, agravada por el medio instrumental utilizado, el vehículo de la salud, que es asumido como un bien de reconocida utilidad social.

Destaca, así, el Tribunal Supremo:

Los elementos de la estafa en el caso concreto.

Como ya ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 sobre los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos civiles criminalizados, se pueden citar los siguientes:

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.
2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.
3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.
4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.
5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el *dolo subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un

mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6. Propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento.

Justificación del tribunal para apreciar el agravante e incluir el concepto «salud» como bien de reconocida utilidad social

Justifica el tribunal para apreciar la mencionada agravante que:

«Sobre la recogida en el n.º 1 del art. 250 CP ha quedado acreditado que los acusados organizaron "falazmente" una cena baile benéfica en favor de varios niños con enfermedades, con la finalidad de donar la recaudación a sus padres para sufragar los gastos inherentes al tratamiento que precisaban, y sin embargo se quedaron con la total recaudación.

Tal actuación es sumamente reprochable desde el punto de vista social, conlleva sin duda un plus de reprochabilidad, pues atenta contra las bases mismas de la solidaridad, priva a los beneficiarios-perjudicados de los fondos que precisaban para atender los gastos de tales enfermedades y al ser descubiertos los acusados, y exponerse al escarnio, generan una inmensa desconfianza hacia eventos similares que han venido a paliar los menguados recursos públicos destinados por tales menesteres por los servicios socio-sanitarios.

El tipo agravado exige que la estafa recaiga sobre un bien de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social, debiendo considerarse concurrente tal tipo agravado al recaer sobre la recaudación que estaba destinada a sufragar los gastos inherentes al tratamiento médico precisado, pues era un dinero cuya finalidad se vinculaba a una acción social de primera necesidad, como es la salud, y sin duda justifica el mayor reproche impuesto por el legislador, pues no en vano, en épocas de crisis, tales eventos han venido a suplir la falta de acción social de las Administraciones».

Empleo de medio engañoso para conseguir un enriquecimiento patrimonial bajo el pretexto de la salud como bien personal y colectivo de utilidad social

Esta Sala debe estimar que el concepto salud y todos aquellos escenarios relacionados con la misma, donde se cometa un delito de estafa, en cuanto a la aplicación de la agravación por concurrencia de una de las circunstancias que concurren en el precepto, está incluido entre los bienes de utilidad social expuestos en el n.º 1 del art. 250.1 CP.

No podemos negar, por ello, que la salud es, hoy en día, un bien, tanto individual, como colectivo, que se puede categorizar entre aquellos que pueden ser considerados como bienes de utilidad social. Y ello, porque afecta a naturaleza propia del

ser humano y tiene, por sí misma, una proyección que puede enfocarse ad intra, cuando, por ejemplo, bajo esta perspectiva se ataca a la salud individual, no físicamente en este escenario, sino utilizando medios mendaces para poder engañar a una persona que pueda padecer una enfermedad y se le ofrezcan, por ejemplo, remedios que, en modo alguno, mejorarán la grave situación de su enfermedad. Y, también, puede proyectarse ad extra cuando se trata de utilizar instrumentos fraudulentos para, por medio de engaño, atacar al valor de la salud individual o pública como un bien de reconocida utilidad social.

La salud y las múltiples variantes en las que ésta se manifiesta debe tener un relevante campo de protección en el campo del derecho penal, suponiendo un plus de agravación cuando el ilícito penal se conecta de forma directa o indirecta con el valor «salud».

Y en este escenario, la vía del artículo 250.1.1.º del CP resulta proporcional y adecuada para aplicar una agravación en los supuestos donde se apliquen las agravantes del artículo 250 del CP y, en concreto, su apreciación como bien de reconocida utilidad social digna de protección pública.

Así pues, la cuestión nuclear que tratamos en este motivo se centra en ubicar adecuadamente el empleo del medio engañoso cuando afecta a la salud, como vía para engazarlo en la agravación de la penalidad, al situarlo en la configuración de bien de utilidad social. Y ello, por la evidente mayor reprochabilidad penal que se ciñe cuando las conductas típicas del empleo del engaño bastante con ánimo de lucro afectan, o tienen incidencia, en la salud de las personas, lo que ocurrirá, como este caso, cuando bajo el pretexto de «procurar la mejora en la salud de una persona», –y en este caso menores– se utiliza un ardid, trampa, o argucia para conseguir el convencimiento de las personas para que colaboren en conseguir ese bien máximo que es la salud, mediante trabajo y/o aportaciones para un aparente fin altruista, como es recaudar fondos para esa mejora de la salud, cuando el objetivo final es de apropiación de las sumas recaudadas, lo que integra el delito de estafa por el empleo de engaño bastante, ánimo de lucro y perjuicio a tercero, mediante el instrumento o «efecto llamada» de procurar la mejora en la salud de unos menores, lo que permite «mover las conciencias» de muchos ciudadanos que mediatizados por ese objetivo realizan trabajos y aportaciones económicas que al incorporarse al patrimonio del sujeto activo del delito integran el delito de estafa con la agravación específica del art. 250.1.1.º CP.

En estos casos se instrumentaliza el concepto de la salud para alcanzar el convencimiento de la sociedad y que colaboren los ciudadanos en la apariencia orquestada por el sujeto activo para conseguir ese engaño determinante de la estafa, y en la pluralidad de sujetos pasivos que son movidos por el fin de conseguir la mejora en la salud.

Bajo esta tesis, resulta evidente que la estafa recae sobre un bien de reconocida utilidad pública, ya que el art. 250.1.1º CP permite aplicar la agravación cuando afecta la estafa a otros bienes de reconocida utilidad social, y entre ellas la salud.

Y en efecto, mayor bien que el destinado a atender económicamente la salud de unos niños enfermos no podría existir, por lo que la agravación está correctamente aplicada. Existe una perversidad de la conducta de los condenados, ya que aprovechándose de la enfermedad de unos menores pretenden despertar la conciencia de los ciudadanos para que adquieran las entradas para el pretendido fin benéfico. No se trata de una estafa más. Se trata de una estafa cuyo acicate se disfraza para contribuir a un fin social de contenido humanitario que determina el desplazamiento patrimonial.

Debe ponerse de manifiesto, también, que la declaración de la utilidad pública, o del interés social, hace referencia a la causa o fin que justifica la protección de ese bien sobre el que gira esa necesidad de protección por su destacada proyección social.

La distinción entre utilidad pública e interés social traduce la amplitud con que se configura la causa y razón de protección, ya que ésta puede consistir tanto en un fin cuya cuestión esté legalmente atribuida a las administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar, y normalmente está, entregado en su realización a la actividad privada (interés social). Pero en ambas opciones serían intereses tutelados por la vía del art. 250.1.1º CP.

La doctrina destaca en este punto por cosas de utilidad social, en sentido propio, hay que entender las directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos (STS, Sala 2.ª, núm. 981/2001, de 30 de mayo [Rec. 1663/1999]). Constituyen también un elemento normativo y se extienden al conjunto de cosas típicas más allá de las de primera necesidad y que cumplen fines colectivos o satisfacen necesidades consideradas beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social, aunque se atribuyan a uno o varios de los individuos concretos que lo componen.

Y en este caso debe entenderse que no puede entenderse como una estafa básica del art. 248 CP la redacción de un hecho probado donde la salud de unos niños enfermos, como bien a tratar y cuidar por la comunidad, sea el elemento determinante de la estafa, donde concurre el engaño bastante para mover las voluntades de los sujetos en aras a la consecución de un fin colectivo, cual es que los niños que estaban enfermos pudieran tener más opciones de recuperarse si se recaudaba dinero para darles un mejor tratamiento en base a las mejores disponibilidades económicas de sus padres. Pero, lejos de ello, ese pretendido «objetivo social» se desvaneció cuando se detectó que no era para ese fin el dinero recaudado, sino para el enriquecimiento personal de los condenados.

La salud de los menores, que era el destino de la recaudación, debe configurarse, por ello, como un bien que los comensales trataban de atender y fue lo que movió las conciencias de los ciudadanos como engaño bastante determinante de la estafa, ya que la perversidad social de los condenados determinó un aprovechamiento de esta enfermedad para conseguir estos desplazamientos patrimoniales que deben encuadrar los hechos, como así hizo el Tribunal en una agravación de la conducta por su mayor reproche social, y por ende, penal, como así ha ocurrido.

Mayor reprochabilidad penal cuando queda afectada la salud como bien digno de especial protección.

La reprochabilidad penal mayor que conlleva la justificación de la aplicación del art. 250.1.1.º CP y permite agravar la penalidad tiene su máxima expresión cuando afecta a bienes como la salud, y operaría en estafas que utilizan ese «aprovechamiento» del pretexto de la salud de las personas para ejercer un vencimiento psicológico en la colaboración de las personas de colaborar en una causa justa, como lo es conseguir el bien máspreciado del ser humano, como es la salud física y/o mental.

De esta manera, esta agravación se daría, por ejemplo, cuando se llevan a cabo actos mendaces de estafa contra asociaciones destinadas a promover la salud de las personas aprovechando su vulnerabilidad, ya que éstas encarnan la protección del bien de utilidad social, como lo es el de la salud de las personas que tratan de tutelar, o cuando una persona se ampara, como en este caso, en destinar un dinero que se recaudará en una gala benéfica para unas personas que sí que padecen una enfermedad, engañando, tanto a los familiares de los enfermos, como a quienes ponen los medios para esa gala, y a quienes aportan el dinero por ese justo fin que es la protección y mejora de la salud.

También concurriría ante una pretendida enfermedad de alguien, o de su entorno, para conseguir subvenciones por las aportaciones de terceros, llevados por la crueldad del alegato acerca de esa grave enfermedad, cuando tal enfermedad no existe.

La agravación de estas conductas viene provocada por la especial perversidad de quien se aprovecha de la salud, como bien de reconocida utilidad pública y social, como medio para conseguir el cobro de cantidades que se ingresan en el patrimonio del estafador, en lugar de hacerlo en el destino anunciado de su salud, de alguien de su entorno, o de terceros, ejerciendo, en este caso, el estafador como intermediario en la gestión.

Nos encontramos, pues, con conductas perversas y graves, pudiendo establecer así que:

1. Quienes se aprovechan de amigos o terceros desconocidos para que les realicen aportaciones económicas ante reclamaciones de ayudas por falsas enfermedades cometen delito de estafa agravada recogido en el artículo 250.1.1.º del CP, ya que afecta al concepto salud, reconocido como bien de reconocida utilidad social.
2. Utilizar la salud de las personas como vehículo engañoso para conseguir aportaciones económicas supone un acto de gravedad.
3. El conocimiento de estas estafas que salpican a la salud pública por parte de la ciudadanía supone un claro y evidente perjuicio para aquellos ciudadanos que realmente tengan una enfermedad grave, o a sus hijos, y pueden provocar un de-trainamiento de los ciudadanos a la hora realizar aportaciones económicas que sí benefician a la salud de las personas ante las dudas de si se trata de una estafa, como otros hechos que así se han probado que lo han sido, perjudicando notablemente a los ciudadanos que realmente tienen una enfermedad.

Por ello, el *crowdfunding* falso supone un grave daño para aquellos que recurren a fuentes de financiación de terceros anónimos, al extenderse las dudas acerca de la veracidad del proyecto y la idea para la que se está utilizando la financiación, ya que los ciudadanos que conocen la existencia de *crowdfunding* falsarios con enriquecimiento personal del que lo promueve, sin existir detrás un proyecto real (o existiendo uno falso). De esta forma, estos ciudadanos que quieren hacer aportaciones económicas de modo altruista, confiando en el buen fin del *crowdfunding* publicitado en internet, se convierten en víctimas y perjudicados de la estafa, y tienen derecho a personarse en el procedimiento penal para reclamar la devolución de sus aportaciones económicas una vez se descubre la falsedad de la petición, destapándose la inexistencia de enfermedad real que sirviera de cobertura a la reclamación económica.

Se destaca, por ello, en algunas publicaciones lo siguiente:

Según la Commonwealth Fund, el 35 % de los estadounidenses adultos han tenido dificultades para pagar las facturas médicas en los últimos 12 meses. Las facturas médicas son la causa principal de bancarrota personal en EE. UU. Mucha gente ya ha descubierto que el *crowdfunding* es la manera más rápida y sencilla de aliviar la carga económica, ya sea la tuya o la de otra persona. El *crowdfunding* no solo te permite recaudar dinero rápidamente, sino que también proporciona apoyo emocional a la persona para la que quieres recaudar dinero (Elisa, 2021).

La recaudación de fondos «online» para financiar cuestiones de salud está mucho más extendida en Estados Unidos. En 2019, se estimaba que 20 millones de estadounidenses habían recurrido a esta práctica, ya fuera para conseguir dinero para sí mismos o para un familiar o amigo, según una encuesta del instituto NORC, de la Universidad de Chicago (Escribano, 2022).

Por ello, la divulgación de estafas por esta vía causa un grave daño a los casos reales que buscan este apoyo económico.

4. Mayor reprochabilidad penal cuando queda afectada la salud como bien digno de especial protección.
5. La declaración de la utilidad pública, o del interés social, hace referencia a la causa o fin que justifica la protección de ese bien por su destacada proyección social. Apelar a una enfermedad falsa como reclamo supone utilizar la salud como bien de utilidad social.
6. La salud, y las múltiples variantes en las que esta se manifiesta, debe tener un campo de protección relevante en el ámbito del derecho penal, suponiendo un plus de agravación cuando el ilícito penal se conecta de forma directa o indirecta con el valor «salud».

También admite esta agravación la STS, Sala Segunda, 533/2023, de 29 de junio, rec. núm. 10469/2019. En este caso, el Tribunal Supremo confirma la condena por estafa a los padres de una menor enferma que se quedaron con 400.000 euros de donativos recibidos. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado la condena de 5 años de prisión por delito continuado de estafa agravada para un hombre que se aprovechó de la enfermedad rara de su hija para enriquecerse con 402.000 euros de donativos recibidos para sufragar tratamientos médicos de la menor.

La sala considera que los hechos probados de la sentencia confirmada recogen con total claridad que los padres constituyeron una asociación para la tricotiodistrofia y enfermedades raras en Baleares, que tenía como objeto social recaudar fondos para la investigación de la enfermedad y ayudar a familias con niños con enfermedades raras, pero que en realidad la finalidad «era obtener el enriquecimiento personal de los acusados». El padre figuraba en los estatutos de la asociación como presidente y la madre como tesorera.

El tribunal explica que los hechos juzgados detallan los frecuentes e importantes reintegros de las cuentas bancarias de la asociación para pagar los gastos privados de los acusados, que llegaron a recibir 402.000 euros de dinero ilícitamente obtenido para su enriquecimiento personal.

La sentencia señala la simulación generada por los acusados, que aparecieron en medios de comunicación durante años con su hija de corta edad,

apelando a la generosidad del público ante la urgencia de costosas atenciones médicas irreales y anunciando un desenlace de compromiso vital inminente de no recibir tales cuidados, también irreales, al tiempo que facilitaban un número de cuenta bancaria como canal recaudador de los donativos buscados, constituye un marco objetivo perfectamente idóneo para suscitar humanos sentimientos de solidaridad con la niñas y sus padres, y, en consecuencia, también moverles a realizar las aportaciones buscadas por los acusados, que lograron de ese modo sorprender la buena fe y la mejor voluntad de diversas personas que pensaban contribuían a la curación de la menor, sin que tuvieran a su alcance ninguna posibilidad de desenmascarar a los defraudadores (STS 533/2023, de 29 de junio).

Para la sala, «la ficción generada por los acusados se basaba en una relación de confianza derivada de la agobiante situación que presentaban, lo que no daba lugar a una investigación derivada de desconfianza».

Por otro lado, se añade que, aunque en este caso las acusaciones no solicitaron la agravante de recaer la estafa sobre bienes de utilidad social, y la agravación se estableció por ser de cuantía superior a 50.000 euros, la Sala recuerda su doctrina sobre la consideración de la salud como un bien de utilidad social que debe tener un relevante campo de protección en el derecho penal, suponiendo un plus de agravación cuando el ilícito penal se conecta de forma directa o indirecta con el valor «salud».

Así, señala que no resulta ocioso destacar las consideraciones que se contienen en la STS 262/2019, de 24 de mayo, que antes hemos citado, sobre la salud como bien de utilidad social, en un caso que guarda cierta similitud con el presente: acusados que organizaron «falazmente» una cena-baile en favor de varios niños con enfermedades con la finalidad de donar la recaudación a sus padres para sufragar los gastos inherentes al tratamiento médico precisado, y sin embargo, se quedaron con el total de la recaudación. En este caso se aplicó el agravante del artículo 250.1.1.º del CP, objeto del delito sobre bienes de utilidad social –agravación que en el presente caso no se ha solicitado por las acusaciones–.

Se admite, pues, que al tratarse de un caso semejante, donde se utiliza la salud de las personas, cabría utilizar en estos supuestos el agravante del artículo 250.1.1.º del CP.

3. Conclusiones

Hemos visto la gravedad de un fenómeno que se está extendiendo cada vez más hoy en día y que tiene su origen en Estados Unidos, donde ante la existencia de sistemas ágiles y rápidos de atención en la sanidad privada con costes elevados, en los cuales se garantizan y elevan las posibilidades de curación de enfermedades graves, muchos ciudadanos con pocos recursos económicos e imposibilidad de acudir a estos sistemas de la sanidad privada tienen que recurrir a la práctica del *crowdfunding* de salud para reclamar de donantes anónimos estas ayudas económicas que permitan sufragar el elevado gasto de estos tratamientos médicos en la sanidad privada.

Como ya hemos expuesto, y destaca Otero (2015), se trata de una

donación (*donation-based crowdfunding*): esta metodología en general se utiliza para proyectos solidarios donde el monto recibido no recibe ninguna contrapartida como moneda de cambio. El único incentivo es el retorno social; los colaboradores solo apuntan a la satisfacción de ver qué proyecto puede ser realizado por lo que su motivación es intrínseca. Este tipo es ampliamente utilizado por organizaciones sin fines de lucro.

Y añade que

existen más de 7.000 enfermedades de origen genético que a pesar de que afectan más de 350 millones de personas en todo el mundo, no se estudia la secuencia de sus genes en profundidad por su baja incidencia. Estos dos ejemplos de temas no tomados por la medicina convencional han sido foco para la aplicación de crowdfunding. Existen sitios en los EE. UU. dedicados exclusivamente a estos temas, que están centrados en cómo ayudar a los pacientes en forma directa, tales como GiveForward, GoFundMe y YouCaring.

Hemos tratado este fenómeno de la financiación pública anónima y, sobre todo, altruista, para una petición concreta y para una enfermedad concreta. Sin embargo, esta autora pone también el acento en un *crowdfunding* en salud para llevar a cabo proyectos para financiar la investigación y la innovación en salud, sobre todo, en áreas poco tratadas (al menos desde el punto de vista público y/o privado) y se apuesta por esta financiación colectiva para avanzar en la investigación científica, en casos en los que existe una laguna o falta de apuesta por dirigirse una determinada dirección que sí se puede impulsar a través de la «financiación colectiva anónima».

Destaca, así, esta autora que:

A nivel mundial se ha visto que ante situaciones de crisis económicas se dificulta el acceso al crédito y la financiación para realizar tanto investigación básica como clínica. Es por este motivo que los investigadores de diferentes países han adoptado la metodología del *crowdfunding* para poder financiar proyectos de investigación.

Se ha descrito que existen tres factores fundamentales que pueden ayudar a que el *crowdfunding* sea una opción sustentable para lograr financiación destinada a la investigación:

1. Una creciente necesidad de financiación para la investigación y el desarrollo.
2. La posibilidad de dinamizar los sistemas y protocolos de investigación
3. Buscar y explotar el potencial de este nuevo canal de financiación para el apoyo a las ciencias.

La conclusión de esta autora es muy interesante, porque señala que

El *crowdfunding* se está posicionando a nivel mundial como una novedosa fuente de microfinanciación para proyectos personales e institucionales donde los fondos por los medios tradicionales no llegan. El cuidado de la salud y la investigación sanitaria no son ajenos a esta tendencia.

Una de sus principales características es que facilita mediante la financiación colectiva, que cualquier persona o institución que desee llevar adelante un proyecto (empresarial, cultural, social o de salud) pueda conseguir los fondos que muchas veces no es posible obtener utilizando los medios tradicionales. Tiene como valor agregado la promoción de la colaboración en aquellos que comparten objetivos comunes y la posibilidad de masificar proyectos que de otra manera no serían del todo difundidos.

Es decir, que nos encontramos con el diseño de una idea o proyecto que tiene carencia de apoyos económicos, pero que encuentra en el *crowdfunding* destinado al sector de la salud una auténtica ayuda para conseguir, por medio de donaciones anónimas o declaradas, una

fuente de financiación que puede ser muy importante si los autores de la publicación del proyecto en internet son capaces de trasladar al público de forma convincente y eficaz su idea.

Por ello, no se trata solo de que el proyecto sea bueno y que se dirija a una materia, o en este caso enfermedad, que el público vea necesaria como para destinar su aportación económica a este proyecto, sino que, además, es necesario (y mucho) que esta idea esté bien explicada y que sea convincente. Mucho. Por ello, en el equipo de trabajo deberá haber personas que sean muy buenas en el ámbito de la salud y personas que sean muy buenas en el ámbito de la comunicación.

De esta manera, ambas cuestiones tienen el mismo nivel de importancia para la efectividad del proyecto y para lograr muchas aportaciones que permitan hacer realidad la idea de ahondar e investigar en una enfermedad, sobre la que se puede investigar con este apoyo económico.

Poco o nada hay hoy en día más importante que la salud. Y desde el acaecimiento de la pandemia de la covid-19 más todavía, ya que se ha incrementado la sensibilidad en la población de que, sin una adecuada inversión en la sanidad, el resto de problemas quedan en un segundo o tercer plano. De ahí que estos mecanismos de financiación hayan calado en la actualidad con fuerza desde su irrupción en EE. UU. y Reino Unido.

Ahora bien, como hemos explicado, las situaciones en las que se descubren mecanismos de fraude en estas peticiones a través de plataformas en internet que solicitan a los ciudadanos anónimos que hagan aportaciones económicas supone un auténtico retroceso al generalizarse una gran desconfianza en otras peticiones de ayudas económicas para ayudar a una persona a superar una grave enfermedad.

Así, con estas estafas en el sector de la salud y en el *crowdfunding* en salud se propina un serio golpe en la confianza de los ciudadanos. Y si estos hechos ilícitos se perpetran, lo que sucede es que las personas que estaban dispuestas a ayudar a otras económicamente de modo altruista desconfían de la realidad de esta petición y se generan dudas acerca de la veracidad de la petición realizada por la plataforma en internet, por muy seria y rigurosa que pueda parecer.

Por todo ello, resulta importante que la honradez en la petición de ayudas económicas mediante plataformas en internet presida la actuación en una materia sumamente delicada como es la salud de los ciudadanos, y que no exista un aprovechamiento, para que mediante estos sistemas de financiación de los ciudadanos mediante aportaciones y donaciones anónimas se busque un enriquecimiento patrimonial ilícito, ya que estas conductas de fraude suponen un tremendo daño para aquellos ciudadanos que en realidad sí que tienen una enfermedad grave, o sus hijos, y que ante la carencia de recursos económicos tienen que recurrir a estas fuentes de financiación mediante un sistema muy interesante y que está dando unos resultados muy positivos gracias a la solidaridad colectiva de los ciudadanos, que consideran



positiva su aportación económica para la ayuda a terceros cuando se evidencia la claridad y veracidad de la petición. Ello evidencia la gran bondad de muchos ciudadanos, dispuestos a realizar aportaciones económicas a personas desconocidas basadas en la confianza de que la petición pública de ayuda a la salud de una persona se plasma en una plataforma en internet, en virtud de lo cual es preciso perseguir estas conductas atentatorias a la buena fe y que, como vemos, causan un daño irreparable a los casos de *crowdfunding* de la salud reales.

Referencias bibliográficas

Alonso, M. (2022). Qué es el crowdfunding y cómo utilizarlo para el éxito de tu proyecto. Asana. <https://asana.com/es/resources/crowdfunding>

Elisa. (2021). Guía de Crowdfunding Médico. Gofundme. <https://www.gofundme.com/es-es/c/blog/medical-crowdfunding-guide>

Escribano, M. (2022). El negocio sanitario del «crowdfunding»: donaciones «online»

para pagar tu operación. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2022-05-30/crowdfunding-negocio-tratamiento-enfermedades_3432029/

Otero, P. (2015). Crowdfunding: Una nueva opción para la financiación de proyectos en salud. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 113(2), 154-157.

Vicente Magro Servet. Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Autor y coautor de 81 libros de derecho y autor de 1.545 artículos doctrinales en distintas revistas jurídicas especializadas. Doctor en Derecho con la tesis doctoral *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres* y, entre otras condecoraciones, es poseedor de la cruz de honor de San Raimundo de Peñafort. <https://orcid.org/0000-0003-2531-9731>

Inclusión de datos de solvencia patrimonial en archivos privados

Comentario a la STS de 20 de septiembre de 2023

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

castoparamo@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4591-1663>

Cuando se habla de vulneración del derecho al honor, derecho referido a la inclusión de datos en relación con la solvencia en registros de solvencia patrimonial, ha de distinguirse entre los que son propiamente registros de morosos de aquellos que no tienen esa consideración de manera necesaria. En este ámbito han de distinguirse los registros de solvencia patrimonial privados del Centro de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE).

La sentencia seleccionada para comentar viene referido a un caso concreto en el que se interpone demanda contra el CIRBE y cuya selección me ha parecido interesante en la medida en que resuelve la actuación de una entidad bancaria que remite datos a la CIRBE, y que distingue entre los diferentes supuestos que se pueden presentar y los casos en que la información remitida a dicho centro de información de riesgos puede dar lugar a una vulneración del derecho fundamental al honor.

De manera resumida y breve, el procedimiento ha pasado por los siguientes hitos. El mismo se inicia por la interposición de una demanda por un particular por vulneración del derecho al honor frente a una entidad bancaria por su inclusión como moroso en la CIRBE. Intromisión en el derecho al honor de los demandantes en la medida en que no era deudor y que tras la realización de los trámites correspondientes, el juez de primera instancia declara que ha existido una vulneración del derecho invocado al vulnerar la protección de datos por su inclusión indebida al no existir deuda alguna.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de octubre de 2023).

Frente a la sentencia del juzgado, la demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado confirmando la audiencia provincial la sentencia dictada en primera instancia.

Frente a esta resolución la misma entidad interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, por infracción de la Constitución española, artículo 18, y artículo 7.6 de la Ley reguladora del derecho al honor de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, y artículo 1 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal de 13 de diciembre de 1999, leyes estas últimas que desarrollan los derechos consagrados en el artículo 18 de la CE, por el riesgo de incumplimiento o insolvencia, entre otras consideraciones.

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, considerando que existe vulneración de la demandante.

Es importante tener en consideración que la recurrente interpone el recurso extraordinario por infracción procesal en la medida en que lo que se comunicaba a la CIRBE no era un riesgo exclusivamente, sino que informaba sobre su situación de morosidad, y que la información suministrada a dicho organismo vinculaba a la demandante con un riesgo por deuda vencida y exigible, con la consiguiente extensión a la avalista demandante.

En primer lugar, el error en la apreciación de la prueba es patente, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la prueba no es valorada ni examinada por el juzgado al dictar sentencia y no fue comentado por el demandado en ninguno de los momentos procesales en donde debió hacerlo, ya fuera en la contestación a la demanda, o bien en la oposición al recurso de apelación, ni al informar sobre la inadmisión del recurso de casación ni al oponerse al mismo.

El documento era un elemento probatorio importante, ya que mencionaba que la entidad bancaria comunicaba al CIRBE y este anotaba dicha deuda, lo que provocó que la entidad bancaria le denegara un préstamo personal, al constatar, tras consultar al CIRBE, que informaba sobre su situación de impago de una deuda vencida y exigible y, por tanto, se encontraba en situación de morosidad.

El Tribunal Supremo tiene declarado que «no es de extrañar, entonces, que este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrija, al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre (Norma CEF NCJ064600), «esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por

la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero [NormaCEF NCJ063980], y 132/2019, de 5 de marzo)».

Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el artículo 469.1.4.º de la LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencias 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo (NormaCEF NCJ065405); 59/2022, de 31 de enero (NormaCEF NCJ065974), y 391/2022, de 10 de mayo, entre otras muchas, tiene declarado que

para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; lo que requiere que concurren, entre otros requisitos, los siguientes:

- 1.º que se trate de un error fáctico –material o de hecho–, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y
- 2.º que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En relación con el derecho al honor derivado de la inclusión de datos de insolvencia en ficheros de morosos gestionado por entidades privadas es importante atender a la regulación que se realiza en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en el artículo 20 de los sistemas de información crediticia. Dice que:

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que los datos hayan sido facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.
- b) Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.

c) Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe.

La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo.

d) Que los datos únicamente se mantengan en el sistema mientras persista el incumplimiento, con el límite máximo de cinco años desde la fecha de vencimiento de la obligación dineraria, financiera o de crédito.

e) Que los datos referidos a un deudor determinado solamente puedan ser consultados cuando quien consulte el sistema mantuviese una relación contractual con el afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria o este le hubiera solicitado la celebración de un contrato que suponga financiación, pago aplazado o facturación periódica, como sucede, entre otros supuestos, en los previstos en la legislación de contratos de crédito al consumo y de contratos de crédito inmobiliario.

Por otro lado, no se ha dictado el reglamento que lo desarrolla y la aplicación del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que ha sido derogada por la mencionada Ley Orgánica 3/2018, por lo que en el sector doctrinal y en el ámbito judicial se pone en cuestión por algunos su aplicación.

Sin embargo, la posición del Tribunal Supremo es que a falta de un reglamento que desarrolle la nueva ley orgánica, el Real Decreto 1720/2007 sirve de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2018, necesario para la plena eficacia de esta, sin perjuicio de que hayan quedado derogadas aquellas normas del citado reglamento que «contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica», según prevé expresamente el apartado 3.º de la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 3/2018 en relación con las disposiciones de igual o inferior rango.

El artículo 38.1 c) del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, bajo el título de «requisitos para la inclusión de los datos», establece: «1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos: [...] c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación», y el artículo 39 del mismo reglamento, bajo el título «información previa a la inclusión», establece: «El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del

apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dineraria».

Este último precepto, es decir, el artículo 39 del citado reglamento, ha de entenderse derogado por el nuevo artículo 20.1 c) de la Ley Orgánica 3/2018, porque una y otra norma son incompatibles. Mientras que este artículo 39 del reglamento exige que la información sobre la posibilidad de comunicar a estos ficheros los datos relativos al impago se realice «en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento», el nuevo artículo 20.1 c) de la Ley Orgánica 3/2018 permite que tal información se realice «en el contrato o en el momento de requerir el pago».

Por tanto, no es preciso realizar la información (más bien una advertencia) sobre la posibilidad de comunicar los datos al fichero de morosos en caso de impago en el contrato y, «en todo caso», en el momento de requerir de pago, sino que puede realizarse en cualquiera de estos momentos, no necesariamente en ambos, siendo compatibles.

El nuevo régimen legal existen tres obligaciones diferenciadas:

1.º El acreedor debe informar al afectado, en el contrato o en el momento de requerir el pago, acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe (art. 20.1.c párrafo primero, de la Ley Orgánica 3/2018, que deroga el art. 39 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, en tanto que este exigía que la información se hiciera cumulativamente en ambos momentos).

2.º El acreedor, o quien actúe por su cuenta o interés, debe requerir de pago al deudor con carácter previo a la comunicación de sus datos al fichero de morosos (art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007) y estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de tal requisito y de los demás exigidos por la normativa aplicable, conforme al art. 38.3 de dicho reglamento.

3.º La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo (art. 20.1.c, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 3/2018). La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos (art. 40.3 de dicho reglamento).

Por tanto, no puede aceptarse la tesis de la derogación por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de la regulación del requerimiento de pago contenido en el artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por el Real Decreto 1720/2007.

En relación con estos requisitos y lo establecido por el Tribunal Supremo sobre los requisitos relativos a la existencia de una deuda cierta, vencida, líquida y exigible, que amparara la comunicación de los datos a un fichero de solvencia patrimonial, la Sentencia 945/2022, de 20 de diciembre, del pleno de la sala, expuso que:

1. El art. 20.1 b) de la nueva Ley Orgánica 3/2018 exige, como requisito para la licitud de la comunicación de los datos personales a uno de estos ficheros sobre solvencia patrimonial que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, añadiendo la exigencia de que su existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.

Las sentencias de esta sala 13/2013, de 29 de enero (NormaCEF NCJ057650); 672/2014, de 19 de noviembre (NormaCEF NCJ059168); 740/2015, de 22 de diciembre (NormaCEF NCJ060698); 114/2016, de 1 de marzo (NormaCEF NCJ061124), y 174/2018, de 23 de marzo (NormaCEF NCJ063123) también dicen que para la inclusión de los datos del deudor en ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio.

El Tribunal Supremo, en relación con el cumplimiento de los requisitos a la inexistencia de controversia sobre la deuda cuando se produce la comunicación de los datos al fichero de morosos, porque si el titular de los datos considera razonable y legítimamente que no debe lo que se le reclama, y así se lo ha hecho saber al acreedor, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado y por tanto el tratamiento de sus datos en uno de estos ficheros no es pertinente, y además no puede utilizarse la inclusión en el fichero de morosos como presión para zanjar disputas sobre la existencia o cuantía de la deuda que se reclama.

Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo 832/2021, de 1 de diciembre, ha declarado que, a efectos de considerar que la deuda no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos.

Los datos que consten en un fichero sobre solvencia patrimonial no vulneran su derecho al honor, por más que la cantidad comunicada al fichero no fuera la correcta, pues lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo.

Y en relación con los datos que se hacen constar en el CIRBE, la Sentencia del Tribunal Supremo 671/2021, de 5 de octubre (NormaCEF NCJ065750), dijo que «lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes no es tanto la concreción de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente», y el dato referido a la cuantía de la deuda que constaba en el fichero no supone una vulneración del derecho al honor, pues no añade un desvalor relevante respecto de la protección de dicho derecho fundamental al que ya supone ser tratado como moroso.

En relación con el recurso de casación, se centra en la inclusión de datos personales en la CIRBE de la demandante y recurrente que se asocia a una situación de incumplimiento de sus deudas y de insolvencia; la jurisprudencia ha dicho que en la sentencia 114/2016, de 1 de marzo (NormaCEF NCJ061124) que:

De acuerdo con su normativa reguladora vigente cuando se produjeron los hechos (arts. 59 y siguientes de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, y anteriormente, artículo 16 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, por el que se creó dicho fichero, y normas reglamentarias complementarias), la Central de Información de Riesgos del Banco de España es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades de crédito y otras entidades financieras datos e informaciones sobre los riesgos de crédito derivados de contratos tales como préstamos, créditos, descuentos, emisiones de valores, contratos de garantía, compromisos relativos a instrumentos financieros, o cualquier otro tipo de negocio jurídico propio de su actividad financiera, para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad, permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección y contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España tiene legalmente atribuidas. A tales efectos, tales entidades han de enviar periódicamente al CIRBE los datos sobre las operaciones de esa naturaleza que concierten y las personas que directa o indirectamente resulten obligadas en ellas. También comunicarán los datos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante.

Las entidades declarantes tienen derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídica registradas en el fichero de CIRBE siempre que dichas personas mantengan con la entidad solicitante algún tipo de riesgo, o bien hayan solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figuren como obligadas al pago o garantes en documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad.

De lo expuesto se desprende que el fichero de CIRBE no es propiamente un fichero de datos de carácter personal de los previstos en el apartado 2.º del artículo 29 de la LOPD, esto es, uno de los denominados habitualmente «registros de morosos»

por recoger datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor. Es un fichero administrativo específico destinado a informar sobre los riesgos de crédito derivados de contratos propios de la actividad financiera. Es posible que contenga informaciones sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación.

Como se indicaba, existen diferencias importantes entre los ficheros de morosos y el fichero de la CIRBE. El artículo 60.2 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, establece que las entidades de crédito tienen la obligación legal de enviar periódicamente al CIRBE «los datos necesarios para identificar a las personas con quienes se mantengan, directa o indirectamente, riesgos de crédito, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo, en particular, las que afecten al importe y la recuperabilidad de estos», y añade que «entre los datos a los que se refiere el párrafo anterior se incluirán aquellos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante, así como los que pongan de manifiesto una situación en la cual la entidad estuviera obligada a dotar una provisión específica en cobertura de riesgo de crédito, según lo previsto en las normas de contabilidad que le sean de aplicación».

Por tanto, entre el fichero de la CIRBE y los ficheros de solvencia patrimonial en manos privadas tienen la diferencia importante, que reconoce el artículo mencionado anteriormente solo a las entidades de crédito (con el añadido de los intermediarios de crédito) el derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas registrados en tal fichero. Además, no se trata de un derecho absoluto, sino que está condicionado a que la información solicitada venga referida a una persona que mantenga con la entidad solicitante algún tipo de riesgo o haya solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figure como obligada al pago o garante en documentos cambiarios o de crédito. En los ficheros de solvencia patrimonial no existen estos condicionantes, por lo que la difusión de la información declarada es mayor. La consecuencia de lo expuesto es que la inclusión de los datos personales en el fichero de la CIRBE tiene para el afectado una repercusión menor que la inclusión en un fichero de titularidad privada, por las limitaciones existentes en el fichero de la CIRBE a la transmisión de esos datos a terceros.

De ello deriva que la comunicación de estos datos al fichero de la CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos, en los que no existe obligación legal alguna y los datos se ceden de forma voluntaria por las entidades de crédito o servicios. Por exigencia de esta regulación legal, en la comunicación de datos han de incluirse los relativos al importe y la recuperabilidad del crédito y los que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante.

Es un fichero administrativo específico, destinado a informar sobre los riesgos de crédito derivados de contratos propios de la actividad financiera. Es posible que contenga informaciones sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación de crédito.

Sobre la vulneración del derecho al honor derivado de la inclusión de datos personales en un fichero en el que se recojan incumplimientos de obligaciones dineraria sin respetar las exigencias derivadas de la normativa de la protección de datos personales, el Tribunal Supremo, en sentencias 696/2014, de 4 de diciembre (NormaCEF NCJ059153); 65/2015, de 12 de mayo (NormaCEF NCJ059954); 81/2015, de 18 de febrero (NormaCEF NCJ059583); 452/2015 y 453/2015, ambas de 16 de julio, y 740/2015, de 22 de diciembre (NormaCEF NCJ060698), ha declarado que uno de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse «principio de calidad de los datos». Los datos deben ser exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados. El artículo 4 de la LOPD, desarrollando las normas del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa y la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, exige que los datos personales recogidos para su tratamiento sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

Este principio de la calidad de los datos tiene especial trascendencia respecto de los ficheros de «datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés», que son lo que se denominan ficheros de morosos, y el artículo 29.4 de la LOPD dispone que «solo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos».

En aplicación de esta normativa la inclusión de una fiadora solidaria en el fichero de CIRBE es una obligación de la entidad financiera acreedora, como así se reconoce en la Sentencia del Tribunal Supremo 114/2016, de 1 de marzo (NormaCEF NCJ061124). Si esa inclusión resultara indebida, por no ser cierta o no ser exacta de los datos de una persona en CIRBE, puede suponer una vulneración del derecho al honor, o de otros derechos distintos y causar daños de naturaleza extracontractual a la persona afectada, como puede ser la denegación de financiación por un exceso de riesgo no real.

De tal manera, la vulneración del derecho al honor se puede considerar derivada del contenido de la CIRBE, si en el fichero se desprende que el afectado es moroso y no se corresponde con la realidad.

Esto sucede si la deuda controvertida exige una existencia de exactitud respecto de esta, lo que en el supuesto de la sentencia no ocurre, ya que existía controversia en relación con la entrega del vehículo entregado y no existió dación en pago. En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que la inclusión en ficheros de insolvencia no pueden ser utilizados como forma de presión para lograr el cobro de las deudas discutidas, pero eso no significa que sea necesaria una condena judicial como requisito previo para poder incluir los datos de un deudor en un fichero de morosos y que es aplicable a la comunicación de datos al fichero de la CIRBE, que además es una obligación legal, como hemos visto más arriba, y, por ello, no significa que la inexistencia de una sentencia previa condenatoria determine que la comunicación del banco a la CIRBE sea ilícita.

Es incuestionable que los demandantes incumplieron el contrato de préstamo, dejaron de pagar las cuotas y cuando se comunicaron a la CIRBE los datos personales de la demandante, existía un crédito exigible, vencido e impagado y que constituía un riesgo que debía ser comunicado al fichero de la CIRBE.

La estimación del motivo tercero del recurso por infracción procesal y de la acreditación de que el dato publicado por la demandada a través de CIRBE no se ceñía a un simple riesgo, sino que vinculaba incorrectamente a la recurrente a una situación de incumplimiento por morosidad, supone la intromisión en el derecho al honor de la demandante, y ello aunque la demandante fuera avalista de unas sociedades gestionadas por el que fuera su marido, pero no ha quedado acreditado que fuera morosa. La propia demandada accedió a cancelar los datos después del requerimiento de la actora y su exesposo. El juzgado declaró, y no fue corregido por la audiencia, que «la demandada ni siquiera ha afirmado algún incumplimiento que justificase la permanencia de los datos inicialmente suministrados a la Central».

Archivo de morosos. Deuda. Requerimiento de pago. Requisitos. Domicilio

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Enunciado

Don Luis interpuso demanda en defensa de su honor contra el Banco Plus Finanzas y Garantías. Esta entidad bancaria incluyó sus datos en el registro de morosos por impago de una deuda derivada de un préstamo con don Luis. El actor alega que es deudor, pero no de la totalidad de la cuantía que se reclama, así como que el requerimiento de pago estuvo mal hecho, porque a él no se le notificó en su domicilio en ningún momento ni se le advirtió de que en caso de impago podrían ser incluidos en el fichero de morosidad esos datos personales. Dice también que reclamó judicialmente la nulidad de la deuda con posterioridad a la inclusión de sus datos en el registro: por consiguiente, su deuda era incierta y no exigible.

El juzgado condena (la audiencia en apelación confirma la sentencia) a la entidad por vulneración del derecho al honor de don Luis, porque considera que el requerimiento de pago no se hizo en el domicilio indicado en el contrato de préstamo. Plus Finanzas y Garantías recurre en apelación, pues considera que hubo un envío masivo de cartas al domicilio reseñado en el contrato y que la documental prueba la existencia de un albarán de entrega en ese domicilio (por el servicio de correos) y un certificado de Equifax que acredita que no se devolvió la carta del requerimiento, documentos, ambos, que no han sido tenidos en cuenta. Alega que, aun cuando hubo requerimiento de pago, no es preciso con la nueva regulación legal, bastando con la advertencia de que, en caso de impago, sus datos pueden ser inscritos en el registro de morosos y la comunicación en el domicilio indicado en el contrato.

Cuestiones planteadas:

1. Si la deuda es menor de la que se reclama, ¿puede considerarse cierta, líquida y exigible a los efectos de su inclusión en el fichero de morosos?
2. Sobre el certificado de Equifax, ¿cuál es el criterio que nos permite dar o no validez al documento de no devolución? ¿Su valoración es determinante? ¿Cómo y qué debe tener en cuenta el juzgador a la hora de pronunciarse? ¿Es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal el motivo del error en la valoración de la prueba en casos de esta naturaleza?
3. ¿Es preciso el requerimiento previo de pago?

Solución

1. Si la deuda es menor de la que se reclama, ¿puede considerarse cierta, líquida y exigible, a los efectos de su inclusión en el fichero de morosos?

Partimos de dos datos esenciales: uno es que la deuda se considera incierta e indebida por Luis, porque se está discutiendo en los tribunales de justicia; el otro dato, que la deuda es menor de la reclamada. Bien sea por la nulidad del contrato en que se basa (por ejemplo, las cláusulas relativas a los tipos de interés), bien por la reclamación judicial, la cuestión está en determinar qué se considera deuda cierta, impagada y exigible y en qué momento, o hasta qué momento o por vías legales se podría paralizar o impedir la inclusión de los datos en el fichero de morosidad.

Empezando por las disposiciones legales que regulan esta materia, recurrimos, una vez más, a la Ley Orgánica 3/2018. Su artículo 20.1 b) regula esta cuestión: artículo 20. Sistemas de información crediticia:

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos:

[...]

- b) Que los datos se refieran a deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.

Evidentemente, la deuda de don Luis deriva de un préstamo financiero, por consiguiente, el número uno del precepto la contiene. Pero el apartado b) nos indica que tiene que ser vencida, líquida y exigible. Y esto es lo que vamos a aclarar.

Empezamos por una cuestión no menos importante: ¿la menor cantidad adeudada impediría la inclusión en el fichero de morosidad? A esta pregunta se contesta así: según sea la naturaleza del contenido del registro, su finalidad. Es decir, el registro tiene por finalidad conocer el incumplimiento de las obligaciones del moroso y constatar la deuda que mantiene. Pero no es la cuantía sino la obligación incumplida. La cifra no añade ningún disvalor a la conducta renuente del deudor. No cumplir con la obligación de devolver el préstamo es la obligación principal de Luis, lo que puede justificar la inclusión de sus datos económicos en el fichero de morosidad.

Así se expresa la STS 671/2021, de 5 de octubre (NormaCEF NCJ065750):

Lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente.

Por tal razón, la incorrección del dato relativo a la cuantía de la deuda que constaba en el fichero de morosos no supone una vulneración del derecho al honor, pues no añade un desvalor relevante respecto de la protección de dicho derecho fundamental al que ya supone ser tratado, justificadamente, como moroso.

Resuelto lo anterior, solo nos queda saber si la deuda es realmente cierta, líquida y exigible, por cuanto está siendo discutida en los tribunales. Don Luis ha interpuesto una demanda judicial cuestionándola (vamos a suponer que los intereses).

Vimos que el precepto 20.1 b) de la Ley Orgánica 3/2018 excluye de ese tratamiento una deuda reclamada judicialmente o administrativamente o «mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes». El caso nos da una pista: la relación judicial es posterior a la inclusión de los datos en el registro de morosos. ¿Esto es importante?

Opina la jurisprudencia al respecto, en las sentencias de la Sala 1.^a 13/2013, de 29 de enero (NormaCEF NCJ057650); 672/2014, de 19 de noviembre (NormaCEF NCJ059168); 740/2015, de 22 de diciembre (NormaCEF NCJ060698); 114/2016, de 1 de marzo (NormaCEF NCJ061124), y 174/2018, de 23 de marzo (NormaCEF NCJ063123), que para la inclusión de los datos del deudor en ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio.

Si no hay controversia, es evidente que puede haber deuda cierta y requerida; si la hay, la discusión o la duda justifican que no se pueda incluir sus datos económicos en el registro (si se ha comunicado al acreedor, a la entidad financiera). No cabe utilizar el registro como

una medida de presión para que el deudor pague. Ahora bien, la reclamación judicial es posterior a la inclusión de los datos, y, en tal sentido, como dice la sentencia 832/2021, de 1 de diciembre, «que, a efectos de considerar que la deuda no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos». Por otro lado, si la menor cantidad de la deuda fuera porque no se deben los intereses (dado el caso de que se hubieran declarado nulos en un juicio anterior a la inclusión en el fichero) y tan solo se debiera el capital, como reflexiona la jurisprudencia, la nulidad de esa cláusula de los intereses del préstamo no supone la inexistencia de una deuda cierta (la obligación de devolver el capital prestado), lo que supondría que sería reclamable y susceptible de requerimiento de pago, previo a la inclusión en el fichero.

En definitiva, la reclamación posterior de don Luis en el juzgado no enerva ni priva de legalidad la inclusión en el fichero, y si no devuelve el capital, aun cuando hubiera demandado previamente a Plus Finanzas y Garantías, tampoco podría ampararse en una deuda incierta o no exigible.

2. Sobre el certificado de Equifax, ¿cuál es el criterio que nos permite dar o no validez al documento de no devolución? ¿Su valoración es determinante? ¿Cómo y qué debe tener en cuenta el juzgador a la hora de pronunciarse? ¿Es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal el motivo del error en la valoración de la prueba en casos de esta naturaleza?

Iremos dando respuesta a las distintas cuestiones que se plantean a lo largo del desarrollo de este apartado.

En el caso se nos plantea una duda: a pesar de que con la documental aportada en la sentencia se llega a la conclusión de que el requerimiento de pago está mal hecho, hay más documental que parece indicar lo contrario y haber sido omitida. No solo ha de valorarse si el envío de cartas es uno o son varios; si el envío se realiza al domicilio indicado en el contrato inicial del préstamo, o si se realizó a otro por equivocación; si consta la entrega o la no devolución; la advertencia previa... Todo son matices importantes a valorar para construir una base fáctica correcta, evitando el error de juicio palmario. O como dice el Tribunal Constitucional: «Concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». (SSTC 55/2001, de 26 de febrero [NormaCEF NCJ051661]; 29/2005, de 14 de febrero [NormaCEF NCJ040755]; 211/2009, de 26 de noviembre [NormaCEF NCJ050875], 25/2012, de 27 de febrero [NormaCEF NCJ056548], 167/2014, de 22 de octubre [NormaCEF NCJ058836], y 152/2015, de 6 de julio [NormaCEF NCJ060180]). Y por error palmario o evidente, se entiende como el «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

Salvo que la valoración de la prueba de la comunicación de la deuda y del impago haya sido realizada incorrectamente, es al juzgado de instancia (o la audiencia, en su caso) a quien compete esa valoración, para no permitir el capricho de la interpretación subjetiva de recurrente, quien simplemente no ha visto satisfechas sus pretensiones. Ahora bien, lo que nos cuestionamos en el caso es la omisión de algún documento esencial por el juzgado que le ha impedido conformar una base real y fáctica sobre la que apoyar la fundamentación jurídica que predetermine el fallo estimatorio de la demanda del honor interpuesta por don Luis.

Pues bien, ¿qué prueba relevante tenemos? Por la actora se nos dice que la numeración del domicilio ha cambiado; se dice también que la deuda existe, pero en cuantía inferior y, finalmente, que la numeración de la calle ha sido modificada. Por su parte, la entidad bancaria propone como prueba la documental de los envíos masivos de cartas, la existencia de una deuda cierta, el préstamo; sobre todo la existencia de un doble documento que prueba el envío de la carta (o cartas) por el servicio de correos y la no devolución (certificado de Equifax). Estos dos últimos documentos (se alega por la mercantil) no han sido tenidos en cuenta por el juzgado.

¿Qué valor tienen estas pruebas y qué debió ser valorado por el juez de instancia?

Tiene dicho hasta la saciedad nuestro Tribunal Supremo que, en materia de prueba y con carácter general, no cabe la impugnación conjunta de la misma, ni la concreta de una de ellas, en el sentido de que se dé prioridad a una respecto de las otras cuando el recurso pretende así obtener conclusiones interesadas. Valorar tan solo una prueba en detrimento de otras no es admisible por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal. La entidad bancaria, por consiguiente, no puede pretender que sea valorado tan solo el certificado de Equifax sobre la no devolución de las notificaciones del requerimiento de pago arreglo a esta doctrina. La valoración es la que se extrae del conjunto, a no ser que se justifique la importancia de un documento en lugar de otro y para el caso en concreto. El requerimiento del pago, el domicilio que figure en el contrato, la existencia de una deuda (cierta o discutida), la advertencia de que, en caso de impago, se pueden incluir los datos del moroso en el fichero, etc. Todo esto es necesario y ha de ser probado u objeto de prueba.

Resumidamente, sobre la prueba, nuestro Tribunal Supremo, advierte:

No es posible atacar la valoración conjunta de la prueba, o lo que es igual, que la parte no puede pretender una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia a quien corresponde esta función soberana (SSTS de 13 de noviembre de 2013, rec. núm. 2123/2011; 8 de octubre de 2013, rec. núm. 778/2011; 30 de junio de 2009, rec. núm. 1889/2006 [NormaCEF NCJ050681] y 29 de septiembre de 2009, rec. núm. 1417/2005); (ii) que tampoco puede atacar esa valoración conjunta mediante la impugnación de pruebas concretas ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 11

de diciembre de 2013, rec. núm. 1853/2011; 14 de noviembre de 2013, rec. núm. 1770/2010; 13 de noviembre de 2013, rec. núm. 2123/2011, y 15 de noviembre de 2010, rec. núm. 610/2007 (NormaCEF NCJ053671), que cita las de 17 de diciembre de 1994, rec. núm. 1618/1992; 16 de mayo de 1995, rec. núm. 696/1992; 31 de mayo de 1994, rec. núm. 2840/1991; 22 de julio de 2003, rec. núm. 32845/1997; 25 de noviembre de 2005, rec. núm. 1560/1999) pues «el hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia y no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STS de 8 de julio de 2009, rec. núm. 13/2004 [NormaCEF NCJ050984]) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto» (SSTS de 15 de noviembre de 2010, rec. núm. 610/2007 [NormaCEF NCJ053671] y 26 de marzo de 2012, rec. núm. 1185/2009).

En cualquier caso, esta doctrina sería aplicable si no se diera la circunstancia que alegamos ahora: la omisión de dos documentos esenciales. Uno es el albarán de entrega (con el sello de correos); el otro, el certificado de Equifax de no devolución de las cartas remitidas.

Según se deduce del supuesto fáctico, insistir en la validez de la notificación en forma tiene que venir acompañado del documento que lo pruebe. Se puede decir que no hace falta acreditar la comunicación por un medio fehaciente, si se presume razonablemente que la carta con el requerimiento llegó a su destino y al domicilio indicado. Esto significa que si la carta se aporta como prueba y se aportan también el sello de correos, que nos dice que fue entregada en el destino indicado, y el certificado de Equifax, que nos transmite la información de que no ha sido devuelta, puede ser que no se pruebe la recepción materialmente por el destinatario (o que la leyó), pero sí que se llegue a esta conclusión de una manera presuntiva y razonable. En tal caso, si el juzgado (o la Audiencia) no hubieran valorado estos documentos, se podría estar cometiendo un claro error en la valoración, porque se ha partido de una base fáctica equivocada. Lógicamente, la omisión del certificado supone afirmar impropriamente que la carta no ha sido conocida por don Luis. La omisión asimismo del sello de correos significa partir de un supuesto de hecho distinto. La deducción es lógica si a esto unimos que pudieron ser varios los envíos de cartas al domicilio indicado por el deudor don Luis.

A esto se refiere la siguiente STS 959/2022, de 21 de diciembre:

Y nuestra doctrina sobre el carácter recepticio del requerimiento previo de pago no exige, como hemos dicho, la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones, como en este caso, siempre que exista garantía o constancia razonable de ella, que en el presente supuesto también existe, puesto que en ningún momento se ha negado que el domicilio del demandado coincidiera con la dirección de destino indicada en la comunicación o argumentado que esta se hubiera malogrado por razones achacables al servicio postal de correos, de las que, por lo demás, no existe reflejo alguno en los autos.

Tampoco se puede tachar la comunicación por formar parte de un gran conjunto de ellas, puesto que dicha circunstancia, igual que si se hubiera presentado de forma independiente e individual, no impide su puesta a disposición del servicio postal de correos, que opera un número ingente de comunicaciones y que no puede denegar su admisión (documentada en los autos con los albaranes de entrega) por el mero hecho de formar parte de una remesa masiva de envíos que le son confiados por el remitente para la realización de un proceso postal integral (clasificación, transporte, distribución y entrega) que debe garantizar de manera efectiva los derechos de los usuarios y del que, una vez producida la recepción, se hace responsable, conforme a lo dispuesto por el art. 3.12 b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

Ni equipararse este supuesto, atendidas las circunstancias que lo califican, con otros cuya tipología es distinta, como aquellos en los que la comunicación fue remitida a una dirección postal de la que fue devuelta por ser el destinatario desconocido o donde anteriormente ya se había producido una devolución por la misma circunstancia, lo que sí cuestiona, como ya hemos dicho, la garantía de la recepción (sentencia 854/2021, de 10 de diciembre).

Por tanto, el error es relevante y los dos documentos debieron ser valorados.

Finalmente, concluimos este apartado indicando que la invocación de esa ausencia de valoración de la prueba no sirve siempre para interponer o admitir el error en el recurso extraordinario por infracción procesal, pues este motivo es excepcional. Con esto damos respuesta a la última de las interrogantes: ¿es susceptible de recurso extraordinario por infracción procesal el motivo del error en la valoración de la prueba en casos de esta naturaleza?

Las siguientes sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero (Norma CEF NCJ059816); 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo (Norma CEF NCJ061403), y 714/2016, de 29 de noviembre (Norma CEF NCJ061935), nos ilustran sobre el particular de la siguiente manera:

Tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, declaramos que para que un error en la valoración probatoria pueda fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, es necesario que se trate de un error fáctico –material o de hecho–, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y que sea patente, manifiesto e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En definitiva, la mercantil Plus Finanzas y Garantías ha superado un doble control casacional. Por un lado, porque la excepcionalidad de la infracción procesal alegada es admisible (ahora debe entenderse que sería casación tras la reforma del art. 477 LEC por el Real

Decreto-Ley 5/2023, 28 de junio) y por otro, porque la doctrina consolidada del Tribunal Supremo permite la presunción de comunicación con los documentos ya referidos. Lo que justificaría casar la sentencia de la audiencia, o estimar la apelación en su caso, por error patente, manifiesto y grave.

3. ¿Es preciso el requerimiento previo de pago?

Una de las alegaciones de la mercantil es que el requerimiento de pago no es necesario, que basta con la advertencia del impago para su inclusión en el fichero de morosos. Evidentemente, esta afirmación tendría cierta operatividad argumental si se fundamenta en la existencia de una deuda, cierta, líquida y exigible, y en la notificación de los envíos masivos, como hemos dicho en el desarrollo del apartado anterior. Porque fundar un motivo de recurso solo en la no necesidad de requerir de pago es insostenible por la falta de solidez. No podríamos presumir en el cumplimiento de todos los requisitos. Ahora bien, este ha sido uno más. Ahora se trata de comprobar si, al hilo de la normativa actual (en relación con la anterior derogada) y de la interpretación jurisprudencial sobre la necesidad o no del requerimiento, es sostenible el motivo que alega Plus Finanzas y Garantías.

El nuevo sistema legal se ampara en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Concretamente, su artículo 20.1 c) nos dice:

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por sistemas comunes de información crediticia cuando se cumplan los siguientes requisitos: c) Que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe.

Obsérvese que el precepto parece dar la opción de advertir en el contrato «o» en el requerimiento de pago.

Esta ley deroga la anterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, pero existe un reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007; un reglamento que aún no hay para la nueva Ley 3/2018. El Tribunal Supremo entiende que el del año 2007 sigue en vigor, excepto en aquellos preceptos incompatibles con la nueva ley; y, por ello, analiza los preceptos del reglamento aplicables al caso (arts. 38 y 39) para concluir si son compatibles con el artículo 20.1 c) de la Ley Orgánica 3/2018.

Artículo 38. *Requisitos para la inclusión de los datos.*

1. Solo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siem-

pre que concurren los siguientes requisitos: c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

Artículo 39. Información previa a la inclusión.

El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Obsérvese aquí también que el artículo 38, referido a los requisitos, prevé el requerimiento previo de pago, y que el 39 utiliza la expresión imperativa «deberá informar», al referirse al momento contractual o cuando le tienen que requerir de pago.

Es decir, con esta normativa no hay duda: es preciso el requerimiento de pago, es precisa la advertencia, como requisitos previos a la inclusión de los datos de don Luis en el fichero de morosidad.

El Tribunal Supremo entiende que el artículo 39 es incompatible con la nueva normativa y que está derogado por el 20.1 c) de la nueva Ley Orgánica 3/2018. Ahora la comunicación de la inclusión en el fichero se puede producir en el momento de firmar el contrato o después al requerirle de pago.

Como dice la STS 945/2022, de 20 de diciembre, del Pleno, de la Sala 1.^a, que seguimos en este razonamiento, «respecto del requerimiento de pago, el art. 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que regulaba este tipo de ficheros sobre solvencia patrimonial y, en concreto, sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, no establecía el requisito del requerimiento de pago», solo una obligación de notificación al interesado en el plazo de 30 días desde el registro. Sin embargo, el reglamento de 2007 sí contempló esta obligación en el artículo 38 c) –como hemos visto–: «Sin embargo, el hecho de que el requisito del requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos por el acreedor al fichero de solvencia patrimonial no estuviera previsto expresamente en la Ley Orgánica 15/1999, no determinó que la regulación del art. 38.1 c) del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 fuera considerado un exceso reglamentario». Y es por esto por lo que no se considera incompatible el nuevo precepto (art. 20.1 c) de la LO 3/2018) con el del reglamento (art. 38), llegándose a la conclusión, por consiguiente, de que a don Luis hay que requerirle de pago previamente a la inclusión en el fichero de sus datos, sin que puede prosperar la alegación de la mercantil.

El Tribunal Supremo concluye diciendo que «la exigencia de que el responsable del fichero notifique al afectado la inclusión de tales datos y le informe sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679

dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, que se contenía tanto en el art. 29 de la anterior ley orgánica como en el párrafo segundo del art. 20.1 c) de la actual, no supe el requisito del requerimiento previo, sino que se añade a él, al igual que ocurría en el régimen anterior».

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (LOPD), art. 20.1 b).
- SSTC 55/2001, de 26 de febrero; 29/2005, de 14 de febrero; 211/2009, de 26 de noviembre; 25/2012, de 27 de febrero; 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio.
- SSTS de 31 de mayo de 1994, rec. núm. 2840/1991; 22 de julio de 2003, rec. núm. 32845/1997; 25 de noviembre de 2005, rec. núm. 1560/1999; 30 de junio de 2009, rec. núm. 1889/2006; 8 de julio de 2009, rec. núm. 13/2004; 29 de septiembre de 2009, rec. núm. 1417/2005; 15 de noviembre de 2010, rec. núm. 610/2007; 26 de marzo de 2012, rec. núm. 1185/2009; 418/2012, de 28 de junio; 13/2013, de 29 de enero; 262/2013, de 30 de abril; 8 de octubre de 2013, rec. núm. 778/2011; 13 de noviembre de 2013, rec. núm. 2123/2011; 14 de noviembre de 2013, rec. núm. 1770/2010; 11 de diciembre de 2013, rec. núm. 1853/2011; 672/2014, de 19 de noviembre; 44/2015, de 17 de febrero; 740/2015, de 22 de diciembre; 114/2016, de 1 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 303/2016, de 9 de mayo; 714/2016, de 29 de noviembre; 174/2018, de 23 de marzo; 671/2021, de 5 de octubre de 2023; 945/2022, Pleno, Sala 1.^a de 20 de diciembre.

Tramitación de ordenanza municipal. Trámites e impugnación

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

julioalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

El ayuntamiento de Las Fuentes, de 18.000 habitantes, en sesión plenaria celebrada el día 2 de marzo del año 000, tenía varios asuntos a tratar en el orden del día, entre los cuales se encontraban:

- El debate y votación de una cuestión que afectaba a la intimidad de un vecino de la localidad.
- La aceptación de una competencia delegada por la comunidad autónoma para la realización de actividades complementarias en los centros docentes.
- La aprobación inicial de la ordenanza reguladora de la utilización del dominio público municipal para la extracción y transporte de maderas de los montes radicados en su término municipal.

La misma no fue sometida al trámite de consulta previa, y tampoco se efectuó el informe de calidad normativa ni consta la emisión de informe alguno por parte de la Administración del Estado ni de la comunidad autónoma respectiva.

Fue aprobada inicialmente en dicha sesión. Sometida al trámite de información pública y audiencia a los interesados por el plazo de 30 días para la presentación de reclamaciones y sugerencias, determinados concejales, tanto del equipo de gobierno como de los grupos

opositores, presentan en dicho trámite alegaciones en torno a la misma, que no fueron resueltas, al entenderse que carecían de legitimación para ello.

La misma fue aprobada definitivamente el 7 de abril del año 0000 y publicada en el boletín oficial de la provincia el día 27 de abril del año 0000 y en el boletín oficial de la comunidad autónoma el día 29 de abril del año 0000. El día 29 de abril tuvo entrada en la comunidad autónoma la comunicación del acuerdo de aprobación de la ordenanza, y de esta misma remitida por el ayuntamiento. El día 20 de mayo de igual año, la comunidad autónoma remitió solicitud de información al ayuntamiento, que no fue contestada.

Contra la aprobación de la misma presentan recursos contencioso-administrativos, por un lado, la comunidad autónoma respectiva, el día 30 de junio, fundado en la infracción del ordenamiento jurídico, en cuanto consideraba que los artículos, que luego se señalarán, eran contrarios a derecho.

También, recurrió, por idénticos motivos, por otra parte, una asociación de transportistas de camiones, presentando su recurso el día 28 de junio, y el Estado, que interpuso el recurso el día 26 de junio del año 0000.

Los artículos impugnados, porque se creen contrarios a derecho de la ordenanza, son:

- **Art. 1. Objeto:** «Este ayuntamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de bases de régimen local, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y demás disposiciones legales concordantes, regula el uso común, especial, normal de los caminos de titularidad o administración municipal con el fin de evitar su deterioro como consecuencia de la circulación por los mismos de vehículos pesados y en particular del aprovechamiento que se deriva del transporte de madera y apeas como consecuencia de las explotaciones forestales».
- **Art. 2. Ámbito de aplicación:** «Abarcará el término municipal de Las Fuentes, y se extiende a los caminos de administración municipal, y considera como carreteras tales caminos, los caminos de servicio, las vías forestales, las vías pecuarias clasificadas como tales por su legislación específica, carreteras con fincas rústicas, ríos, bosques, montes, terrenos comunales o pastizales y destinados preferentemente al servicio de las fincas o de las explotaciones agrarias o forestales, pero se afirma en el precepto que "que no se pretende regulación fuera de las vías y caminos de titularidad municipal y no se pretende la regulación de pistas privadas, ni otras carreteras de carácter autonómico o estatal"».
- **Art. 3. Competencias y vigilancia:** «Se extiende el ejercicio de las funciones técnicas de vigilancia de los caminos y pistas rurales incluidas dentro de la localidad y pistas forestales sitios en los montes de utilidad pública que sean de su titularidad o de administración municipal».

- **Art. 4. de la ordenanza:** «Se precisará la licencia de transportistas y contratistas que precisen la utilización de caminos de titularidad municipal y pistas forestales para el transporte de cualquier tipo de carga pesada (para la extracción de madera) y pistas forestales, aportándose datos como la identidad del propietario o contratista del servicio, los viajes que se van a realizar, el tonelaje de los medios de transporte, si se va a hacer acopio de materiales».
- **Art. 5 de la ordenanza:** «Se prohíbe el uso de vehículos oruga, cadenados, de arrastre sobre firme, de bandas de rodadura (autocargadores), de más de 26 Tm de peso máximo bruto y de camiones de más de tres ejes, así como la limitación de velocidad a 30 km/h y la circulación con vehículos pesados en periodos de lluvia con la adopción de precauciones para mantener los caminos de titularidad municipal en debidas condiciones de seguridad».
- **Art. 6 de la ordenanza:** «El plazo de resolución de la concesión de la licencia se limita a 15 días desde su solicitud, transcurrido el cual se entenderá desestimada cuando no recaiga resolución expresa».
- **Art. 8 de la ordenanza:** «El plazo máximo para la devolución de la fianza se establece en tres meses desde la solicitud y que la falta de resolución expresa tendrá efectos desestimatorios».
- **Art. 16 de la ordenanza:** «Las infracciones son calificadas como leve, grave y muy grave de los apartados 2.A d), 2.B c) y 2.C a) sobre el incumplimiento de cualquiera de las condiciones medioambientales, cuando: (a) no supongan ningún tipo de repercusión, (b) supongan una repercusión leve o (c) supongan una repercusión grave, para el ecosistema, flora, fauna o paisaje afectado».
- **Art. 19 de la ordenanza:** «Se prevé como medida cautelar, mientras se tramita un procedimiento por infracción muy grave de la ordenanza, consistente en circular con medios de transporte de mayos anchura y tonelaje que lo permitido en la ordenanza, el decomiso del vehículo y, en su caso, en la sanción definitiva, dicho decomiso del vehículo de transporte en caso de ser tramitado procedimiento sancionador por infracción muy grave del transportista y dueño del vehículo, a fin de evitar nueva comisión de infracción afectando al bien jurídico protegido por la ley, en este tipo de infracción, que era la seguridad e integridad del camino».

Cuando se procedió a votar, secretamente, la cuestión que afectaba a un vecino de la localidad se produjo un empate, pero el alcalde manifestó que había votado en sentido afirmativo al acuerdo plenario, que tan solo exigía mayoría simple. Realizada una segunda votación, el alcalde renuncia a su voto de calidad.

Al votarse el punto del orden del día relativo a la aceptación de la delegación de la competencia de la comunidad autónoma se produjo, también, un empate, y celebrada nueva votación, se vuelve a producir el mismo resultado, votando el alcalde a favor de dicho acuerdo.

Cuestiones planteadas:

1. a) ¿Se necesita con carácter previo el trámite de consulta previa a la tramitación de la ordenanza?
b) ¿Y el trámite de información de calidad normativa?
c) ¿Tiene alguna consecuencia jurídica que en la tramitación de la citada ordenanza no hubieran informado ni la Administración del Estado ni la comunidad autónoma respectiva?
2. ¿Se admitirán y estimarán o no, en su caso, los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la comunidad autónoma y el Estado? Analice el ajuste a derecho o no de los artículos que se exponen en el relato de hechos.
3. ¿Pueden los concejales de la oposición o el grupo político formular alegaciones o sugerencias a la aprobación inicial de una ordenanza general en el seno de información pública?
4. Si la votación plenaria que aprobó la ordenanza contuviera, como punto del orden del día, una cuestión que afectara a la intimidad de una persona y, por lo tanto, fuera secreta mediante el depósito de una papeleta de cada concejal en la urna, ¿tendrían todos ellos legitimación para impugnar el acuerdo plenario?
5. Puede renunciar el alcalde al voto de calidad? En este caso, ¿se entendería aprobado o no el acuerdo que afecta a la intimidad de un vecino de la localidad?
6. ¿Se entendería aprobado el acuerdo plenario de aceptación de la delegación de la comunidad autónoma por el voto de calidad del alcalde?

Solución

1.

- a) ¿Se necesita con carácter previo el trámite de consulta previa a la tramitación de la Ordenanza?

Esta cuestión se resolvió por Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2023, rec. núm. 4791/2021 (NormaCEF NFJ088708).

El artículo 133 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC) regula específicamente dos consultas con el fin de proporcionar a los destinatarios de la iniciativa la «posibilidad de emitir su opinión».

La primera es la consulta a través del portal web previa a la redacción del borrador de ley o reglamento para recabar la opinión de los sujetos y organizaciones representativas

potencialmente afectados acerca de los problemas que la iniciativa pretende solucionar, su necesidad, oportunidad y objetivos, así como otras posibles respuestas, siendo la ausencia de esta primera consulta la que motivó el fallo estimatorio de la sentencia recurrida.

La segunda consiste en la publicación del texto ya redactado en el portal web correspondiente a fin de dar audiencia a los ciudadanos afectados y conseguir cuantas aportaciones adicionales puedan realizar otras personas o entidades.

Considera la sala que la potestad tributaria local no es una potestad originaria sino derivada, que requiere del previo ejercicio por el Estado de la potestad originaria para crear y establecer tributos locales, que pueden ser obligatorios o potestativos, pero que, en todo caso, son creados y regulados –con mayor o menor exhaustividad dependiendo de su carácter facultativo u obligatorio– mediante el ejercicio de una potestad normativa que habilita los elementos esenciales de tributo, sin perjuicio del limitado ámbito de ejercicio de la potestad reglamentaria que en este ámbito tributario corresponde a las entidades locales. De ahí que el sentido y alcance de la consulta pública previa a la elaboración del proyecto de norma reglamentaria, que es lo singular y propio de la consulta pública previa del artículo 133.1 de la LPAC, no se acomode, en la concisa y genérica forma que dispone el primer inciso del artículo 133.1 de la LPAC, a las características de la participación pública en el procedimiento de elaboración de la ordenanza fiscal en el ámbito local, pues esta iniciativa de ordenanza fiscal debe partir, en todo caso, de un conjunto de elementos normativos que resultan previamente impuestos, bien que con extensión variable, por la ley estatal. Lo expuesto aconseja que la loable finalidad de robustecer los mecanismos de participación ciudadana en la elaboración de ordenanzas fiscales se acometa, si se estimase necesaria reformar los mecanismos de participación pública ciudadana, mediante la oportuna reforma de esta legislación, que es especial por razón de la materia, atendiendo a la singular conformación del ejercicio de la potestad reglamentaria local en materia fiscal. La sala fija como criterio interpretativo que el artículo 17 del TRLHL, que regula el procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales locales, constituye legislación especial por razón de la materia, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en la disp. adic. 1.^ª 1 de la LPAC, no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública, como trámite previo al procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas fiscales establecido en el artículo 17 del TRLHL.

b) ¿Y el trámite de información de calidad normativa?

El trámite de informe de calidad normativa es otra de las herramientas de política de calidad de la norma que se emite al inicio del procedimiento, respecto al primer borrador del proyecto y de sus normas de análisis de impacto normativo, cuya finalidad es contribuir a la mejora de sus contenidos y correcta tramitación de la propuesta. Es decir, el informe de calidad normativa orientada al centro directivo sobre la mejor propuesta normativa posible, sobre sus debidos fundamentos, los análisis de impacto y sobre los trámites necesarios para su aprobación. Se trata de una suerte de guía para la mejor definición del proyecto y de su motivación.

La Ley 39/2015, LPAC, no contempla este instrumento de calidad normativa, pero sí lo hace el artículo 26.9 de la Ley 50/1997, del Gobierno un para el caso de la Administración General del Estado, cuya competencia se ha atribuido al Ministerio de la Presidencia y a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (OCCN).

El artículo 1 del Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, es el que establece el régimen de funcionamiento de la OCCN.

1. La Oficina de Coordinación y Calidad Normativa es el órgano de la Administración General del Estado encargado de promover la coordinación y calidad de la actividad normativa del Gobierno.
2. La Oficina de Coordinación y Calidad Normativa depende de la Secretaría General Técnica - Secretariado del Gobierno del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática y tiene rango de subdirección general.

Y las funciones se señalan en el artículo 2 del mismo, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la OCCN, señalando en su apartado 1 que

la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa será el órgano encargado de emitir el informe en el que se analizarán los aspectos previstos en el artículo 26.9 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, del Gobierno, en relación con los anteproyectos de ley, orgánica u ordinaria, los proyectos de real decreto-ley, los proyectos de real decreto legislativo y los proyectos de real decreto de carácter reglamentario.

Por lo tanto, no goza de la condición de legislación básica, si bien en cuanto a herramienta de mejora regulatoria constituye un referente para las comunidades autónomas y para las entidades locales que, al amparo de sus potestades de autoorganización, pueden introducir en sus procedimientos normativos.

En el caso de las entidades locales puede atribuirse las funciones de coordinación a la secretaría o a través de un órgano especializado en el caso de municipios de gran población.

- c) Tiene alguna consecuencia jurídica que en la tramitación de la citada ordenanza no hubieran informado ni la Administración del Estado ni la comunidad autónoma respectiva?

La Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1993, dictada en el recurso número 8212/1990, señaló que, además, de la regulación de los principios de colaboración y respeto de las competencias de las demás Administraciones públicas, contenida en los artículos 10 y 55 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), el Tribunal Supremo extrae una obligación de las entidades locales de someter el proyecto normativo a consulta e informe de la Administración o Administraciones afectadas, señalando expresamente que:

Es de destacar que la Ordenanza de que se trata ha sido expedida unilateralmente sin que conste en el expediente consulta previa de la Administración del Estado, por lo que la actuación municipal no ha respetado lo establecido en los artículos 10.1 y 55 de la Ley 7/1985, que expresan los principios esenciales de colaboración y de respeto de las demás Administraciones públicas. En circunstancias como la presente, el que concurren varias administraciones en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas, la Ley 7/1985 proscribida toda actuación unilateral, debiendo la Administración que actúe ponderar adecuadamente, en el ejercicio de sus competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados en el caso y, en concreto, aquellos cuya gestión está encomendada a otras Administraciones públicas (art. 77 de la Ley 7/1985).

El Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, en su artículo 3.3, atribuye a la secretaría la obligación de informar con carácter preceptivo la aprobación o modificación, entre otras disposiciones, de las ordenanzas. Por ello, corresponde a este órgano determinar la necesidad de solicitud de informes en la tramitación de proyectos normativos.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que, del contenido de la ordenanza se deduce claramente que están implicadas competencias tanto del Estado como de la comunidad autónoma correspondiente y que incluso, como hemos tenido ocasión de comprobar, se ha producido una invasión de competencia de aquellas por parte de la corporación local, por lo que hubiere sido aconsejable solicitar la opinión o informe de aquellas dos Administraciones públicas.

Respecto a las consecuencias jurídicas de la omisión de estos informes debemos tener en cuenta que se trata, en principio, de un vicio de forma y que, por tanto, salvo que se acredite la indefensión absoluta no provocará la invalidez de la disposición general aprobada, porque, en primer lugar, no se contempla como trámite específico preceptivo en el procedimiento de elaboración de la ordenanza –art. 49– y tampoco en las normas básicas de la Ley 39/2015, LPAC, y, en segundo lugar, porque nada impediría que en el trámite de audiencia o de información pública estas Administraciones pudieran en ese plazo informar o alegar lo que estimaran pertinente respecto a la disposición general y sin que, por otra parte, nada impida la posibilidad de recurrir aquella –como ha sucedido en este caso– cuando considere que la misma infringe el ordenamiento jurídico o invade sus competencias.

2. ¿Se admitirán y estimarán o no, en su caso, los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la comunidad autónoma y el Estado? Analice el ajuste a derecho o no de los artículos que se exponen en el relato de hechos.

A) Con respecto a la legitimación, ambos (Estado y comunidad autónoma) la tienen, pues son titulares de intereses legítimos, por lo que se refiere el artículo 19.1 a 9 de la Ley 39/1998,

de 13 de julio, LJCA. Además el Estado y la comunidad eran titulares de un derecho propio, al haber asumido la entidad local competencias en algunos preceptos de la ordenanza.

Por una parte, respecto al Estado y a la comunidad autónoma, el artículo 65.1 de la LRBRL establece:

Quando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.

Por su parte, el artículo 66 de la LRBRL señala que

los actos o acuerdos de las Entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo anterior.

La impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, extralimitación competencial que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda. En el caso que, además, contuviera petición expresa de suspensión del acto o acuerdo impugnado, razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado, el Tribunal, si la estima fundada, acordará dicha suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación. No obstante, a instancia de la entidad local y oyendo a la Administración demandante, podrá alzar en cualquier momento, en todo o en parte, la suspensión decretada, en caso de que de ella hubiera de derivarse perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación.

Por otra parte, el artículo 56.1 de la LRBRL señala que

las entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y formas que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes, y de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber.

Por otra parte, la asociación tienen interés legítimo en el asunto, pues la resolución que se dicte la va a afectar en un sentido positivo o negativo, según el contenido del fallo. Es preciso que la finalidad de esta asociación tenga relación con el objeto de la ordenanza, lo que así parece pues aquella va a regular la utilización del dominio público municipal para la extracción y transporte de maderas de los montes.

B) Con respecto al plazo de interposición, señalamos, con carácter general, que el artículo 56.1 de la LRBRL señala que

las entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y formas que reglamentariamente se determinen, copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes, y de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber.

- Con respecto al de la comunidad autónoma, es extemporáneo, pues el requerimiento que puede hacer, según el artículo 65.2, era en el plazo de 15 días desde que se produce la recepción del acuerdo; en este caso, lo hizo pasado ese plazo (la ordenanza se publicó en el BOE el 27 de abril, el 29 de abril tiene entrada el acuerdo remitido por el ayuntamiento y el 20 de mayo se solicita por la comunidad autónoma la ampliación), luego no se produjo la interrupción del plazo de dos meses para recurrir (art. 46 LJCA) en vía contencioso-administrativa, sino que el plazo para recurrir se cuenta desde la publicación del acuerdo, porque la ampliación de información se produce pasados los 15 días de que disponía la comunidad autónoma. Por ello, el plazo para interponer el recurso era de dos meses desde la publicación del mismo, o sea, desde el día 28 de abril –se publicó el 27– hasta el día 27 de junio, luego por auto debe ser no admitido dicho recurso. O bien, desde que recibió nota del acuerdo, el 29 de abril.
- Con respecto al recurso de la asociación, también es extemporáneo, pues el plazo de dos meses para recurrir (art. 46 LJCA) se contaba desde la publicación en el boletín oficial de la provincia, que era el periódico oficial donde había que publicar la ordenanza (27 de abril), y no desde la publicación en el BOE (29 de abril), que era, en todo caso, facultativa y que se produjo el día 29 de abril, y este parece que es el plazo que ha tenido en cuenta la asociación para recurrir.

Otra cuestión es la publicidad activa necesaria según la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en el portal de transparencia del ayuntamiento. Pero, a efectos, de cómputo, para recurrir no afecta de ninguna manera.

- Con respecto al recurso del Estado debe admitirse, porque está en plazo –lo hizo el 28 de junio y la ordenanza se publicó el 27 de abril–.

C) Respecto a los artículos impugnados, señalamos lo siguiente:

Estas cuestiones fueron analizadas por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.º, de 28 de febrero de 2022, rec. núm. 214/2020 y res. núm. 83/2022.

Art. 1. Objeto, que dice:

Este ayuntamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y demás disposiciones legales concordantes, regula el uso común, especial, normal de los caminos de titularidad o administración municipal con el fin de evitar su deterioro como consecuencia de la circulación por los mismos de vehículos pesados y en particular del aprovechamiento que se deriva del transporte de madera y apeas como consecuencia de las explotaciones forestales.

No parece ajustado a derecho este precepto, pues dice que, en cuanto amplía la regulación de uso de caminos a los de administración municipal, va más allá de los de titularidad municipal y que, como el artículo 25 de la LRBR establece el título competencial sobre sus propios bienes, no sobre los que pueda tener bajo administración, es por lo que debe dejarse sin efecto en cuanto a la parte de los caminos de administración municipal.

La Administración demandada contesta diciendo que no hay pretensión regulatoria fuera de los caminos de titularidad o administración; como no hay montes de utilidad pública, no hay pistas forestales, pero que lo determinante es la posesión pública o uso público del bien demanial en cuestión, y la STS de 21 de mayo de 2008 (rec. núm. 28/2004) no exige su inclusión en el inventario municipal para ser considerado de dominio público. En todo caso, el artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, sobre bienes y derechos de dominio público o demaniales, exige la titularidad pública, que no se da en los casos de la administración municipal, así como que se encuentren afectados al uso general o al servicio público, que, unido al artículo 25.2 g) de la LRBR, establece como competencia propia la materia de tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad, además del transporte colectivo urbano. Esta misma sala, en sentencia de 4 de mayo de 2017, recurso contencioso-administrativo núm. 156/2016, con relación a la ordenanza de uso especial de caminos de titularidad municipal del Ayuntamiento de Bárcena de Cicero, dijo lo mismo.

Son, por tanto, razones de seguridad jurídica y coherencia interna de la sala las que determinan la prosperabilidad del primer motivo de impugnación, y por tanto, se declara la nulidad del artículo 1 citado en cuanto a que no comprende los caminos sujetos a la administración municipal, estimando en este aspecto el recurso contencioso-administrativo formulado.

Art. 2 de la ordenanza impugnada, que se refiere al ámbito de aplicación que abarca el término municipal de la Lancha Alta, se excede –igualmente que el precepto anterior– no solo al incluir los caminos de administración municipal, sino también al considerar como carreteras tales caminos, los caminos de servicio, las vías forestales, las vías pecuarias clasificadas como tales por su legislación específica, carreteras con fincas rústicas, ríos, bosques, montes, terrenos comunales o pastizales y destinados preferentemente al servicio de las fincas o de las explotaciones agrarias o forestales, pero se afirma en el precepto

que «que no se pretende regulación fuera de las vías y caminos de titularidad municipal y no se pretende la regulación de pistas privadas, ni otras carreteras de carácter autonómico o estatal», porque las carreteras que parece comprender el precepto están excluidas de tal consideración por la Ley 37/2015, de 29 de septiembre de carreteras, cuyo artículo 1.2 señala que «se consideran carreteras las vías de dominio y uso público proyectadas, construidas y señalizadas fundamentalmente para la circulación de vehículos automóviles» y en el artículo 2.6, «no tendrán la consideración de carreteras, a los efectos de esta Ley: a) Las vías, calles y caminos que constituyen la red interna, local y urbana de comunicaciones dentro de cada barrio, pueblo o ciudad, cuando no tengan la consideración de tramo urbano o travesía. b) Los caminos de servicio de los que sean titulares el Estado, comunidad autónoma, organismos autónomos y demás personas de derecho público y, en su caso, de los particulares. c) Las pistas forestales y los caminos rurales.», entre otros. Además la ordenanza incluye también las carreteras con fincas rústicas, ríos, bosques, montes, terrenos comunales o pastizales y destinados preferentemente al servicio de las fincas o de las explotaciones agrarias o forestales.

De la redacción del artículo 2 de la ordenanza se infiere una distinción entre dos tipos de vías de circulación: Uno por la titulación de la vía y otro por el destino de la vía.

En efecto, al señalar el ámbito de aplicación, fija que se consideran caminos a efectos de la ordenanza las vías de titularidad o administración municipal y también otras, estableciendo como distintas de las anteriores los caminos de servicio, las vías forestales, las vías pecuarias clasificadas como tales por su legislación específica, las carreteras con fincas rústicas, ríos, bosques, montes, terrenos comunales o pastizales y destinados preferentemente al servicio de las fincas o de las explotaciones agrarias o forestales, que habremos de entender que, al carecer de la titularidad municipal, ya que las describe de manera separada, y por tal circunstancia –de no ser de titularidad municipal– no corresponde a la Administración su titularidad. Las vías de comunicación son o no son de titularidad municipal y solo sobre ellas se puede establecer el título competencial, debiendo quedar excluido del articulado la mención anterior, además de la referencia a las vías de comunicación de administración municipal por lo anteriormente expuesto.

Aspecto que ha de prosperar porque, aunque de contrario se diga que no se pretende regulación fuera de las vías y caminos de titularidad municipal y no se pretende la regulación de pistas privadas, ni otras carreteras de carácter autonómico o estatal, lo cierto es que la literalidad del precepto es evidente y genera confusión; la hipotética situación que expone el ayuntamiento demandado sobre supuestos caminos cedidos o en administración cuyo mantenimiento pueda asumir no deja de ser meras suposiciones que la seguridad jurídica aconseja no contemplar en la citada ordenanza. Por tanto, estará excluida de la ordenanza, en lo referente a dicho artículo 2, tanto la alusión a las vías de comunicación de administración municipal como las carreteras en los términos que contiene la citada norma, y hace referencia, únicamente, esto es, a las pistas forestales y los caminos rurales, debiendo, por tanto, quedar excluida la mención a las carreteras del artículo 2 en su integridad.

Art. 3. Competencias y vigilancia, que se refiere al ejercicio de las funciones técnicas de vigilancia de los caminos y pistas rurales incluidas dentro de la localidad y pistas forestales sitos en los montes de utilidad pública que sean de su titularidad o de administración municipal, lo cual supone una ampliación de competencias, que ya se ha expuesto anteriormente que no tiene, porque solo podrán estar incluidos en el ámbito regulador de la ordenanza todos los caminos de uso público y titularidad municipal, específicamente los recogidos en el inventario de bienes municipales, aunque dicha inclusión no tenga efectos constitutivos para el dominio público, a tenor de la STS de 21 de mayo de 2008 alegada (rec. núm. 28/2004), y no afectará a aquellas pistas forestales comprendidas en los montes de utilidad pública que se sitúan en dicho término municipal, pues supone invadir competencias de la comunidad autónoma en relación con las citadas pistas forestales. Siendo cierto lo anteriormente expuesto en cuanto que ya se ha razonado suficientemente con relación a los artículos 1 y 2, que el ejercicio de las funciones técnicas de vigilancia de los caminos y pistas se referirá a los de titularidad municipal por el personal designado por el ayuntamiento para realizar el cometido de inspección de la red viaria y la correcta utilización de los citados caminos al objeto de garantizar su uso y conservación.

Art. 4 de la ordenanza, que hace referencia a la licencia de transportistas y contratistas que precisen la utilización de caminos de titularidad municipal para el transporte de cualquier tipo de carga pesada (para la extracción de madera) y pistas forestales, aportándose datos como la identidad del propietario o contratista del servicio, los viajes que se van a realizar, el tonelaje de los medios de transporte, si se va a hacer acopio de materiales, etc.

En principio, se puede aducir que la pretensión de regular el tránsito de vehículos forestales por las vías municipales pone de manifiesto su falta de competencia, porque si se trata de pistas forestales, no es posible adoptar medidas limitativas al invadir un ámbito de competencia autonómico, y se reconoce que no existen. Si, por el contrario, se trata de limitar la circulación en otros «caminos de titularidad municipal» con base únicamente en el destino de la actividad forestal, es igualmente improcedente, pues la ordenanza trata de limitar la circulación de vehículos que cuentan con las pertinentes autorizaciones administrativas para circular (camiones con carga de madera), atribuyéndose competencias que exceden de sus atribuciones legales, no solo en las pistas forestales, sino fuera incluso de las mismas. Habremos de entender que las labores forestales y los vehículos utilizados para el transporte de madera fuera del monte no se consideran transportes especiales, ni se trata de vehículos especiales a los efectos que señala la Dirección General de Tráfico (DGT), y, en todo caso, sería la DGT, de acuerdo con el Reglamento General de Vehículos (RGV), aprobado por el Real Decreto 2822/1998, el órgano competente en materia de tráfico para conceder autorizaciones especiales, pero solo afecta a los vehículos que, por sus características técnicas o por la carga indivisible que transportan, superen las masas máximas establecidas en las disposiciones que se determinan.

Por tanto, a criterio de la asociación demandante, no existe en la normativa de transporte limitación alguna para el transporte de madera que esté destinado a las actividades forestales,

pues son vehículos que cuentan con la autorización de la DGT, sin que pueda el ayuntamiento limitar aquello que ha sido autorizado por otra Administración, como la DGT, salvo que la circunstancia de la concreta vía lo prohíba, pero no a nivel general, sino particular de cada camino.

Sin embargo, la sala, en sentencia mencionada de 4 de mayo de 2017, recurso contencioso-administrativo 156/2016, ya se pronunció a este respecto en los siguientes términos:

Por eso está justificado que se requiera en la licencia la aportación de datos como la identidad del propietario o contratista del servicio, los viajes que se van a realizar, el tonelaje de los medios de transporte, si se va a hacer acopio de materiales... De este modo, justificada la necesidad de este precepto por el ayuntamiento, no se justifica la alegación de arbitrariedad por la parte actora y tampoco que digan que los datos son de imposible concreción *a priori* en el momento de la solicitud de la licencia, ya que, si suponemos que la licencia la van a pedir profesionales de la madera y el mueble, los mismos, a tenor del encargo que se les ha hecho, saben la cantidad de madera que van a extraer, los camiones con que cuentan, el tonelaje de los mismos, si van a cortar y transportar inmediatamente o si van amontonar troncos..., por lo que con simples operaciones aritméticas pueden aportar todos los datos solicitados. La sala no encuentra que ninguno de los datos solicitados en el artículo 4 de la ordenanza sea arbitrario o desproporcionado o de imposible aportación.

Art. 5 de la ordenanza impugnada, que prohíbe el uso de vehículos oruga, cadenados, de arrastre sobre firme, de bandas de rodadura (autocargadores), de más de 26 Tm de peso máximo bruto, y de camiones de más de tres ejes, así como la limitación de velocidad a 30 km/h y la circulación con vehículos pesados en periodos de lluvia, con la adopción de precauciones para mantener el camino en debidas condiciones de seguridad, partiendo de que se limitan dichas prohibiciones a los caminos de titularidad municipal; no se entiende que si se trata de una ordenanza reguladora de la utilización del dominio público municipal en lo relativo a la extracción de madera de los montes del municipio, se excluya taxativamente mediante la correspondiente prohibición el tráfico de vehículos necesarios para dichas actividades, cuando, por otra parte, está admitida la autorización previa del ayuntamiento; lo razonablemente adecuado resulta que, si partimos de la utilización del dominio público por medio de una licencia previa y que la actividad se garantiza con una fianza para responder de esa actividad de uso especial, no se limiten los vehículos a utilizar, teniendo en cuenta que son necesarios para realizar la actividad de extracción de madera y que el perjuicio que pueda causarse ya está garantizado a través de la solicitud de licencia y de la consiguiente fianza regulada en el artículo 8; por tanto, se mantiene el artículo 4 y el artículo 5 de la ordenanza, y se mantiene la relación de vehículos que requieren autorización previa del ayuntamiento, suprimiéndose la prohibición de uso que contiene.

Art. 6, sobre el plazo de resolución de la concesión de la licencia que se limita a 15 días desde su solicitud, transcurrido el cual se entenderá desestimada cuando no recaiga resolución expresa.

No procede una regulación al margen de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que establece la regulación general del silencio administrativo, sin que requiera de semejante precepto que, por seguridad jurídica y razones prácticas, también habrá de ser anulado. Dice el artículo 24.1 de la LPAC, en su párrafo segundo:

El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Consecuentemente, sin aceptar la pretensión de que se trate de situaciones de silencio positivo, se trata de un artículo ciertamente innecesario.

Art. 8, sobre la fianza. El plazo máximo para la devolución de la fianza se establece en tres meses desde la solicitud y que la falta de resolución expresa tendrá efectos desestimatorios.

No cabe aplicar la misma estimación del precepto que prevé que la falta de devolución de la fianza, transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud, tendrá efectos desestimatorios, pues no cabe la aplicación del artículo 24.1 de la LPAC, al no tratarse de un procedimiento que transfiera competencias sobre el dominio público, lo que debe provocar la nulidad de ese apartado *in fine* del artículo 8 de la ordenanza.

Art. 16 de la ordenanza, sobre las tres infracciones que se impugnan, ciñéndonos exclusivamente a las impugnadas, que son las calificadas como leve, grave y muy grave de los apartados 2.A d), 2.B c) y 2.C a) sobre el incumplimiento de cualquiera de las condiciones medioambientales, cuando: (a) no supongan ningún tipo de repercusión, (b) supongan una repercusión leve o (c) supongan una repercusión grave, para el ecosistema, flora, fauna o paisaje afectado; se llega a la conclusión de que ha de prosperar el recurso contencioso-administrativo y declarar la invalidez de dichas infracciones contenidas en dichos preceptos del artículo 16.2.A d) y 16.2.B c) y 16.2.C a) de la ordenanza.

Si partimos de que el artículo 25.2 b) de la LRBRL contempla la competencia municipal sobre el medio ambiente urbano, en particular parques y jardines públicos, gestión de residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas, se llega a la conclusión de que las infracciones leve, grave y muy grave mencionadas no guardan nada que ver con el entorno urbano, sino que se refieren a la afectación de las actividades de utilización del dominio público municipal en las zonas de explotación de los recursos madereros y no en el entorno urbano; no se trata, por tanto, de ordenar el uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades im-

plícitas de dicha administración municipal, lo cual implica que dichas infracciones exceden de la atribución competencial prevista en dicho precepto de la LRBRL.

La exposición de motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en su anteúltimo apartado dice que el nuevo título de la LRBRL viene a tratar otro aspecto ineludible del régimen jurídico de las entidades locales, al regular la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias (arts. 139 y 140). En efecto, no podía demorarse por más tiempo la necesidad de colmar la laguna legal que existe en materia de potestad sancionadora municipal en aquellas esferas en las que no encuentren apoyatura en la legislación sectorial, estableciendo criterios de tipificación de las infracciones y las correspondientes escalas de sanciones para que las funciones de esta naturaleza se desarrollen adecuadamente, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad adaptadas a las singularidades locales, y siempre en defensa de la convivencia ciudadana en los asuntos de interés local y de los servicios y el patrimonio municipal, conforme a la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001, de 8 de junio.

Cierto que el fundamento de derecho quinto de la sentencia de la sala de 4 de mayo de 2017, en el recurso mencionado 156/2016, se refiere a este tipo de infracciones medioambientales, que termina aceptando en la ordenanza, al no declarar su nulidad, si bien ahora requiere de un cambio de criterio por la sala, como a continuación se justifica.

Al igual que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2016 (rec. núm. 28/2014), la sala ha de considerar que la cuestión de la reserva de ley en el ejercicio de la potestad sancionadora de las corporaciones locales ha sido resuelta definitivamente por la STS de 27 de septiembre de 2003, que ha estimado que las entidades locales pueden tipificar infracciones y sanciones pecuniarias sin base legal para asegurar el cumplimiento de las ordenanzas reguladoras del «uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas [...] o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad».

Asimismo, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en su preámbulo hace constar la necesidad de que el Estado ejerza su competencia de reforma de la Administración local para tratar de

definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este sentido, se enumera un listado de materias en que los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio. Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por

tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración pública. De igual modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre Administraciones y la eliminación de duplicidades administrativas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2016, de 3 de marzo, sobre la inconstitucionalidad del artículo primero, apartados 3, 5, 7, 8, 10, 16, 17, 21 y 30, así como restantes preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, al considerar los recurrentes que el listado de competencias propias de los municipios y aparecer como *numerus clausus*, y que, dicen, funcionaría ahora como un máximo con el objetivo de cerrar el ámbito material dentro del cual los municipios pueden ejercer tareas y se impediría con ello que las comunidades autónomas ejerzan sus competencias para ampliar las funciones locales e, incluso, que los municipios puedan desarrollar las previstas en los estatutos de autonomía, de tal forma que la ley autonómica solo podría atribuir las competencias locales calificadas de «distintas a las propias y delegadas», resulta parcialmente estimado en dicha sentencia; concretamente, manifiesta, que la nueva redacción del artículo 25.2 de la LRBRL no vulnera la garantía constitucional de la autonomía local, sino que indica las materias dentro de las cuales las leyes estatales y autonómicas deben necesariamente atribuir competencias propias a los municipios y fuera de ellas están liberadas de esta restricción, por lo que podrán atribuir o quitar competencias municipales propias, sin más límites que los derivados de la Constitución.

En el presente caso no nos encontramos con que las infracciones leve, grave y muy grave impugnadas, sobre incumplimiento de condiciones medioambientales fuera del ámbito urbano, respondan a iniciativa reguladora alguna al margen del artículo 25.2.b) de la LRBRL, lo que ha de conllevar también su anulación.

Art. 19 de la ordenanza: Se prevé, como medida cautelar mientras se tramita un procedimiento por infracción muy grave de la ordenanza, consistente en circular con medio de transporte de mayor anchura y tonelaje que lo permitido en la ordenanza, y, en su caso, la sanción definitiva del decomiso del vehículo de transporte en caso de ser tramitado, procedimiento sancionador por infracción muy grave del transportista y dueño del vehículo, a fin de evitar nueva comisión de infracción afectando al bien jurídico protegido por la ley, en este tipo de infracción, que era la seguridad e integridad del camino.

El establecimiento de sanciones diferentes de las pecuniarias que implican restricción del derecho de propiedad (especialmente el decomiso). En ambos casos será necesaria la pertinente cobertura legal, por tratarse de medidas que afectan al derecho de propiedad.

Por lo que respecta a las medidas cautelares, siempre al amparo de una ley, se justifican en la medida que aseguren el buen fin del procedimiento, evite los efectos de la infracción

o atienda a las exigencias de los intereses generales. Se permite el decomiso como medida cautelar, pero no como sanción si no tuviese previsión legal, y menos si supusiera la pérdida de los objetos o efectos utilizados en la comisión de la misma (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 1 de julio de 2014). También resulta ilegal el decomiso de los derechos, frutos o productos obtenidos por la actividad infractora, sin cobertura legal, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de 15 de febrero de 2013, que reitera lo mismo respecto de la medida del decomiso como medida cautelar o como sanción. Esta última en apoyo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de su sentencia de la Sala Tercera de 20 de diciembre de 1999.

Art. 20 de la ordenanza. El artículo 20 reproduce exacta y literalmente varios artículos de la legislación de la comunidad autónoma sobre la materia, relativo a las condiciones técnicas de los vehículos utilizados para el transporte de madera.

No cabe tampoco la posibilidad de que en una ordenanza municipal se reproduzca la legislación estatal o sectorial, pues ello supondría no solo invasión competencial, sino también provocar confusión normativa, conduciendo a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 20 de noviembre de 2013 y, sobre esto último, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 341/2005, de 21 de diciembre de 2005).

En conclusión, el recurso planteado y admitido debe ser estimado por las razones antes apuntadas.

3. ¿Pueden los concejales de la oposición o el grupo político formular alegaciones o sugerencias a la aprobación inicial de una ordenanza general en el seno de información pública?

A tenor de los datos de la consulta no podemos confirmar con el rigor deseable si se trata de una ordenanza fiscal o de una ordenanza general; así como si los concejales que presentan alegaciones votaron a favor, en contrario o mediante abstención en el acuerdo inicialmente aprobado. Para el caso de que se tratara de una ordenanza fiscal, el procedimiento para la elaboración y aprobación se encuentra regulado en el artículo 17 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, además de las previsiones contenidas en el artículo 49 de la LRBRL.

Para el caso de que fuera una ordenanza en la que no concurra tal naturaleza, hemos de acudir al artículo 49, cuando indica:

La aprobación de las Ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) Aprobación inicial por el Pleno.
- b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

Se advierte que son los interesados los que tienen legitimación para presentar reclamaciones y sugerencias. Entendiendo por interesados aquellos recogidos en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, al señalar a que tienen el carácter de interesados:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Sobre este concepto de interesado, el Tribunal Supremo tiene establecido que «es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la legitimación restringida ha de ampliarse en base del principio constitucional de efectividad de la tutela jurídica». Por tanto, las interpretaciones que se hagan en cuanto a la admisibilidad del recurso como consecuencia de la legitimación para recurrir deben ser siempre efectuadas con base en el principio *pro accione*, de forma que se pueda llegar a conseguir la máxima efectividad del derecho.

Es relevante reseñar la valoración que el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 10 de mayo de 2012, efectúa respecto de los concejales, al indicar:

Los concejales cuentan con una legitimación directamente derivada de la condición de representantes populares, además de la más abstracta de defensa de la legalidad, frente a la que tan solo se impone la exigencia de haber concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad del órgano colegiado municipal, que resulta equiparable a quienes no hubieran formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento, pues es idéntico,

en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

En todo caso, en ambos tipos de ordenanzas se configura dentro del procedimiento administrativo municipal que tras la aprobación inicial de la ordenanza deberá exponerse a información pública durante un plazo de 30 días como mínimo, dentro del cual los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.

En el ámbito de ordenanzas fiscales, el artículo 18 del TRLRHL define a quienes, a efectos de dichas reclamaciones, se entenderá como interesados:

- a) Los que tuvieran un interés directo o resulten afectados por este acuerdo.
- b) Los colegios oficiales, cámaras oficiales, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios.

Cierto sector doctrinal aprovecha este artículo para defender que los concejales no se encuentran dentro de esta relación; y entienden que tanto los concejales como los grupos políticos no pueden presentar reclamaciones (a las que comúnmente se les suele denominar también como alegaciones) al considerar que estos tienen ya sus cauces dentro del procedimiento de aprobación de las ordenanzas para defender sus propuestas.

Ahora bien, frente a esta tesis, surge otra corriente distinta que, atendiendo a la realidad municipal, en donde es frecuente que los miembros de la oposición no tengan tiempo suficiente para analizar y proponer alternativas al texto propuesto por el equipo de gobierno, considera que el plazo de 30 días en que la ordenanza permanece en información pública es una opción que se brinda a los corporativos para estudiar tranquilamente el expediente y poder hacer oposición.

Esta es la tesis aceptada (si bien no constituye el núcleo central del recurso formulado) por el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia 10 de mayo de 2012, al indicar:

No cabe duda alguna de que la actuación de los concejales no permite apreciar la existencia de fraude de ley puesto que, si bien utilizaron su derecho a realizar alegaciones en el último momento del plazo de exposición pública, las consecuencias de ello no cabe imputárselas a quienes así actuaron en el ejercicio legítimo de un derecho, sino a quien dispuso con tan poca diligencia un plazo tan precario que no dio margen suficiente para poder agotar en debida forma los plazos y publicar de forma correcta los acuerdos adoptados. Es cierto que había premura en publicar las ordenanzas para su entrada en vigor el 1 de enero siguiente, pero los errores de cálculo y las negligencias en el retraso en la tramitación de los expedientes administrativos no pueden recaer en el debe de quien actuó legítimamente, sino en el que retrasó la tramitación hasta hacerla legalmente inviable.

Téngase presente que la reclamación presentada contra la aprobación inicial de una ordenanza no es un recurso. Es decir, no se trata de un acto de impugnación, sino instructor, que tiene la virtualidad de coadyuvar a la formación de la voluntad, política o no, en la materia que trate. Puesto que el trámite de información pública, además de un llamamiento para la aportación de datos y elementos de juicio, con vistas al mayor acierto y perfección en la decisión corporativa, supone, también, una ocasión u oportunidad para los afectados de alegar o reclamar lo que consideren en defensa de sus intereses. Alegaciones o reclamaciones que, en algunos casos, y de ser atendidos, evitarían un proceso judicial posterior donde la legitimación de los concejales no sería en principio cuestionable (art. 19.1 LJCA, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Así, analizando la consulta y sus posibles efectos en clave constitucional, cabe entender que la finalidad del trámite de información pública no es otro que la posibilidad que tiene todo interesado en presentar datos y elementos de juicio que permitan enriquecer el texto que, en definitiva, se apruebe. Y, desde tal planteamiento, no se atisba poderosa razón jurídica que impida a los concejales presentar reclamaciones/alegaciones o sugerencias en su caso a la aprobación inicial de una ordenanza. Más aún cuando, con base en lo previsto en el artículo 209 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que señala que «junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos», se encuentra en consonancia con lo previsto en el artículo 63 de la LRBRL, cuando indica que podrán impugnar los actos y acuerdos de las corporaciones locales los miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contrario de tales actos y acuerdos.

En mérito de lo expuesto, no sería una interpretación jurídicamente forzada el inadmitir las alegaciones formuladas a la aprobación inicial en el trámite de información pública por los concejales. Si bien, en aras de actuar con la máxima prudencia, garantía y seguridad jurídica en el desarrollo del procedimiento administrativo, abogamos porque los órganos de gobierno y administración valoren adoptar una interpretación lo más beneficiosa a los derechos de los concejales, admitiéndose las alegaciones presentadas en plazo, y pudiendo con ello ser las mismas analizadas desde el punto de vista técnico o jurídico.

Si, por otra parte, dichas alegaciones se incardinaran dentro del ámbito de decisión u oportunidad política, las mismas serían aceptadas o rechazadas con base en el criterio o línea aplicable por parte del equipo de gobierno a la hora de confeccionar el texto.

Creemos que, aplicando esta decisión, podría evitarse la interposición de un recurso contencioso-administrativo. Siendo, por otra parte, incierto lo que pudiera decidir el tribunal o juzgado para el caso de que fuera interpuesto el recurso frente a una vulneración del derecho fundamental de los concejales a participar en los asuntos públicos (art. 23 Constitución española).

4. Si la votación plenaria que aprobó la ordenanza contuviera, como punto del orden del día, una cuestión que afectara a la intimidad de una persona y, por lo tanto, fuera secreta mediante el depósito de una papeleta de cada concejal en la urna, ¿tendrían todos ellos legitimación para impugnar el acuerdo plenario?

Efectivamente, el artículo 102 del ROF dispone que:

1. El sistema normal de la votación será la votación ordinaria.
2. La votación nominal requerirá la solicitud de un grupo municipal aprobada por el pleno por una mayoría simple en votación ordinaria.
3. La votación secreta solo podrá utilizarse para la elección o destitución de las personas.

En principio, el artículo 63 exige que se vote en contra para poder impugnar el acuerdo, por tanto, los que se abstuvieron y no depositaron papeleta alguna no tendrán legitimación para impugnar.

La STC 173/2004 de 18 de octubre (NormaCEF NSJ015874), que confirma otras del Tribunal Supremo, reconoce que los concejales no solo pueden impugnar los acuerdos adoptados por los órganos de que formen parte (siempre que hayan votado en contra de tales acuerdos), sino, además, cualquier acuerdo de la Junta de Gobierno o resoluciones del alcalde, aunque no hayan participado (ni se hayan podido oponer) en tales decisiones. Amplía, pues, la legitimación especial que reconoce a los concejales el artículo 63 de la LRBRL.

En relación con la STC 173/2004 de 18 de octubre (NormaCEF NSJ015874), que ha realizado una «interpretación» del texto de la ley, añadiendo lo que ella misma califica como una «legitimación *ex lege*», y, dicho sea de paso, rompiendo el ritmo que hasta este momento había marcado la jurisprudencia en sentencias como la STS de 22 de octubre de 1992, el Tribunal Constitucional está sometido solo a la Constitución y a su ley orgánica (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), lo que no implica que increpando un argumento lógico (no normativo) pueda llevar a cabo una interpretación más allá del tenor literal de la ley. En todo caso, no debemos olvidar el mandato del artículo 9.1 de la propia Constitución, que no hace excepciones.

El artículo 63 de LRBRL se expresa con absoluta claridad al disponer que «podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico: [...] b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos» (en el mismo sentido que el artículo 209 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales).

La ley 7/1999 de Administración local de Aragón se muestra igual de clara al referirse a «los miembros de las corporaciones locales que hubieran votado en contra de tales acuerdos», en el artículo 148.2.

Recordamos, siguiendo el artículo 1 del Código Civil que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». A lo que el artículo 3 añade: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Pocas veces la ley se muestra tan clara y tan integradora la legislación básica con la de desarrollo: ¿por qué glosar, entonces? El Tribunal Constitucional sostiene que, además de la legitimación del artículo 19.1 a) de la vigente LJCA, hay una legitimación *ex lege*, que deriva del mandato representativo recibido de los electores, por los miembros de las corporaciones locales, que le permiten impugnar las actuaciones que contradigan el ordenamiento jurídico. Y continúa argumentando que no tendría sentido admitir la legitimación del miembro de la corporación local, únicamente cuando hubiera concurrido en sentido diferente a la formación de la voluntad del órgano colegiado, ya que este miembro, por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, no forma parte del órgano en cuestión. Y todo ello sustentado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24.1 de la Constitución.

Así pues, parece «más ajustada a derecho» la argumentación del voto particular que rechaza la existencia de un *prius* del artículo del ROF, ya que este *prius* de la legitimación del concejal para la impugnación no tiene base legal. Opina el magistrado que el interés genérico del miembro de la corporación local, por más que pueda estar subyacente a la norma, puede ser un *prius* lógico, pero nunca normativo, ya que el interés concreto al defender su criterio cristaliza al votar en contra del acuerdo impugnado. Y como, normalmente, la ley tiene una final pretensión integradora del ordenamiento jurídico, resulta que cuando se produce una votación de las denominadas «secretas» o incluso «ordinarias» no es posible deducir del acta de la sesión el sentido individual del voto de cada corporativo: esto solo es posible en las votaciones nominales, en las que se efectúa un llamamiento a los concejales por orden alfabético de apellidos, y en último lugar, el presidente, para que cada uno responda «sí», «no» o «me abstengo». En el acta de la sesión se reflejará el sentido en el que han emitido su voto cada uno, con nombres y apellidos. Porque, llegados a este punto nos podemos preguntar: ¿un concejal que votó en contra de un acuerdo, pero sin que quedara constancia de ello en el acta, no puede impugnar ese acuerdo, pero sí que puede si se adoptó en Junta de Gobierno Local de la que no es miembro? Mucha lógica no parece que tenga.

Es cierto que, al redactar el acta, el secretario puede dejar constancia del sentido del voto en las votaciones ordinarias, bien de forma individual o por grupos municipales, pero

¿y si no lo hace así?. Y también admitimos, con una gran parte de la doctrina, que también puede el miembro de la corporación hacer constar de forma expresa su oposición al acuerdo, de lo que quedará constancia en el acta y le dará entrada para la impugnación, pero ¿y si no lo hace así?; confiemos entonces en que el Tribunal Constitucional no dé valor probatorio a lo que pueda quedar en la memoria del secretario redactor del acta.

5. ¿Puede renunciar el alcalde al voto de calidad? En este caso, ¿se entendería aprobado o no el acuerdo relativo a la intimidad de un vecino de la localidad?

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local ha previsto expresamente el voto de calidad para los casos de votaciones con resultado de empate. En tales supuestos, dispone que se efectuará una nueva votación; y, si persistiere el empate, decidirá el voto de calidad del presidente (art. 46.2.d, último párrafo). A su vez, el artículo 24 a) del texto refundido de régimen local, aprobado por el Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril (BOE del 22) reconoce al alcalde la atribución de decidir los empates con voto de calidad. Y el artículo 100.2 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (BOE de 22 de diciembre), reproduce lo dispuesto en la LRBRL: «En el caso de votaciones con resultado de empate se efectuará una nueva votación, y si persistiera el empate, decidirá el voto de calidad del presidente».

No obstante, en el régimen especial de las llamadas «grandes poblaciones» el alcalde puede delegar la presidencia del pleno (art. 122.2 LRBRL), pero no el voto de calidad dirimente que legalmente le corresponde (art. 124.5 LRBRL). Ahora bien, si por ausencia o enfermedad o cualquier otra causa legal, ha sido sustituido desempeñando el teniente de alcalde accidentalmente el cargo, el voto de calidad queda vinculado a este.

El voto de calidad para dirimir los empates es de imposible renuncia y requisito necesario en las decisiones de todo órgano colegiado. Ha de suponerse que, si el número de votantes es par, pueda producirse una paridad de criterios que, de no arbitrar un procedimiento convencional para salvar el empate, podría llegar a paralizar la vida administrativa o una parte de ella.

Por ello, entendemos que la facultad de dirimir empates corresponde tanto al presidente como al teniente de alcalde o vicepresidente que, en la sesión, haga sus veces en la presidencia.

El voto de calidad, como genuino procedimiento de dirimir empates, no juega más que en las votaciones en las que se requiere la mayoría simple para la válida adopción de los acuerdos, no computándose doble nunca en los casos de *quorum* especial, donde el empate no puede ni legal ni matemáticamente producirse, puesto que las corporaciones tienen un número impar de miembros.

Pero ello no quiere decir que el presidente disponga de dos votos, sino que su único voto es susceptible de producir un doble efecto. Como señala la STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 14 de noviembre de 2008, el voto de calidad no supone que se disponga de dos votos, sino que se trata de un voto capaz de producir un doble efecto, del que no cabe renunciar en caso de empate. El presidente, en las sesiones, es el último en emitir su voto. Si verificado el recuento de votos (en la segunda votación), después de que el presidente emita el suyo, persiste el empate, se resuelve a favor de la postura defendida por el presidente, cuyo voto juega en este único caso un efecto cualitativo o dirimente, si persiste el empate una vez repetida la votación.

En definitiva, el presidente no dispone de dos votos, sino de uno solo, que tiene dos posibles efectos: el ordinario, sumable a la mayoría o a la minoría, según el criterio por el que se haya inclinado en la votación, y el extraordinario, dirimente de los empates.

El voto de calidad del presidente producirá toda su eficacia en los casos en que haya votado en sentido afirmativo o negativo, y no en el supuesto de que se haya abstenido de votar; ya que la abstención no podrá originar ni el efecto propio de todo voto, ni el de calidad, como presidente, ya que el voto no se ha llegado a producir. En tal caso, el asunto no queda aprobado. En consecuencia, es potestativo para el alcalde dirimir los empates.

En conclusión, el voto del alcalde en caso de empate es uno y dirimente e irrenunciable. La única forma de evitar que el efecto dirimente se produzca es que, en la repetición de la votación, no vote ni afirmativa ni negativamente, sino que se abstenga; o, dicho en término gráfico, que vote la abstención. Pero, en este caso, se producirá mayoría a favor de la parte contraria a la que votó el alcalde en la primera votación. Le reiteramos que el voto de calidad es irrenunciable si el alcalde vota afirmativa o negativamente.

6. ¿Se entendería aprobado el acuerdo plenario de aceptación de la delegación de la comunidad autónoma por el voto de calidad del alcalde?

El voto de calidad, como genuino procedimiento de dirimir empates, no juega más que en las votaciones en las que se requiere la mayoría simple para la válida adopción de los acuerdos, no computándose doble nunca en los casos de *quorum* especial, donde el empate no puede ni legal ni matemáticamente producirse, puesto que las corporaciones tienen un número impar de miembros.

El artículo 27.3 f) de la LRBRL permite la delegación de competencias por parte del Estado en favor de las entidades locales respecto a la «realización de actividades complementarias en los centros docentes».

Por su parte, el artículo 47.2 f) del mismo texto legal exige la mayoría absoluta para «transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas, así como la

aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente».

Luego, de acuerdo con el artículo 179 de la Ley Orgánica 5/1985, de 5 de junio, del régimen general electoral, esa población contaría con 17 concejales (siempre debe ser impar el total de miembros).

La mayoría absoluta se computa respecto a la totalidad de los miembros de la corporación y se entiende conseguida cuando votan a favor la mitad más uno de ellos; en este caso, precisaría del voto favorable de, al menos, nueve miembros.

Por tanto, nunca se puede aprobar un acuerdo, existiendo empate en primera y segunda votación, a través del voto de calidad del alcalde.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 23.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 10, 25, 49, 55, 56, 65, 66, 139 y 140.
- Ley 50/1997 (del Gobierno), art. 26.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19 y 46.
- Ley 33/2003 (LPAP), art. 5.
- Ley 37/2015 (de carreteras), arts. 1 y 2.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 24 y 133.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TRLHL), arts. 17 y 18.
- Real Decreto 2568/1986 (Rgto. de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), art. 209.
- Real Decreto 1081/2017 (régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación Normativa), art. 1.
- Real Decreto 128/2018 (Régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional), art. 3.
- SSTC 132/2001, de 8 de junio; 173/2004, de 18 de octubre, y 341/2005, de 21 de diciembre.
- SSTS, Sala 3.^a, de 15 de junio de 1993, rec. núm. 8212/1990; 20 de diciembre de 1999; rec. núm. 28/2004; 10 de mayo de 2012; 4 de mayo de 2017, rec. contencioso-administrativo 156/2016; 21 de mayo de 2008; rec. núm. 4791/2021, y 23 de enero de 2023.

- STSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2022, rec. núm. 214/2020, res. núm. 83/2022.
- STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de 1 de julio de 2014.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, de 15 de febrero de 2013.
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 2016, rec. núm. 28/2014.



CURSOS DE **FORMACIÓN A MEDIDA PARA EMPRESAS**

▶ **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

Bolsa de Trabajo y Emprendedores



Desde nuestros orígenes, hemos tenido como lema “**formación para el empleo**”, y por ello consideramos este servicio como un pilar fundamental para nuestras acciones formativas, pues todas van dirigidas a buscar empleo a nuestros alumnos, a mejorar el que ya poseen o a conseguir su consolidación.

Anualmente, se gestionan más de 4.500 ofertas de empleo de distintos perfiles: directivos, técnicos, júnior, becarios, etc. También te ayudamos a hacer tu currículum más atractivo, a preparar tu entrevista o a emprender tu propio proyecto. Es un servicio gratuito tanto para los estudiantes como para las empresas.

Son muchas las ventajas de la Bolsa de Trabajo de las que nuestros alumnos se benefician, entre ellas:



+4.500 convenios con empresas



Jornadas y eventos para mejorar la empleabilidad



Orientaciones laborales individuales



Simulaciones de dinámicas de grupo y entrevistas personales

Algunas de las empresas con las que colaboramos:

BBVA

Sanitas

AVIS

Alcampo

HAVAS MEDIA GROUP

AENOR

aena

ACCOR HOTELS

SACYR

Canon

El Corte Inglés

Deloitte

CUATRECASAS

CEPSA

endesa

FREMAP

IBERIA



La Caixa

Nestlé

Santander

NH HOTELES

Microsoft

randstad

PROSEGUR

PARADORES

L'ORÉAL

SIEMENS

YVES ROCHER

SONY

EY

BDO

ManpowerGroup

ATRESMEDIA

BROSETA

KPMG