Pérez-Llorca

Revista Jurídica

abr/

/2021

© Pérez-Llorca Abogados, S.L.P.
Paseo de la Castellana, 50.
28046. Madrid
Depósito legal: M-7551-2019

Revista Jurídica Pérez-Llorca

NÚM. 5 **ABRIL** 2021
MADRID

Revista Jurídica Pérez-Llorca

Consejo Editorial

Pedro Pérez-Llorca Zamora

Francisco José León Sanz

Encarna Cordero Lobato

Diego Marín-Barnuevo Fabo

Javier García Marrero

Javier Gutiérrez Gilsanz

Consejo de Redacción

Marisa Delgado Arrabal

Sara Bento San Román

Manuel Bernárdez López

María Cabello Ortega

Isabel Iglesias Feal

Ana Parés López de Lemos

Ignacio Salas de Sa Fialho

Pérez-Llorca
Revista Jurídica

índice/

Artículo 20

El papel de la Ciencia y de los científicos en tiempos de pandemia: una reflexión desde la Bioética y el Derecho **10**

Estudios

Los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2 en el actual marco regulatorio de la Unión Bancaria **16**

El nuevo régimen económico de energías renovables: aspectos esenciales de las nuevas subastas renovables **48**

La aplicación de los principios generales del Derecho frente al iuspositivismo: siete sentencias del Tribunal Supremo en materia tributaria **68**

Problemas y cuestiones

Sobre el *ius variandi* de la Administración pública: fundamentos y límites **100**

Derecho de separación: momento en el que se pierde la condición de socio. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021 **116**

La infracción del orden público en el control judicial de laudos arbitrales: desarrollo normativo y jurisprudencial **126**

Artículo 20

El artículo 20 de la Constitución Española de 1978 recoge y garantiza el derecho fundamental a la libertad de expresión. En esta sección de la Revista Jurídica Pérez-Llorca tienen cabida tribunas de figuras públicas de renombre abiertas a diferentes puntos de vista, con la premisa de ofrecer un espacio a opiniones diversas bajo este artículo 20.

El papel de la Ciencia y de los científicos en tiempos de pandemia: una reflexión desde la Bioética y el Derecho

> Es el cientifismo una enfermedad de que no están libres ni aun los hombres de verdadera ciencia
>
> ***Miguel de Unamuno, 1907***

1. La metáfora de Francis Bacon

Francis Bacon, en su novela *La Nueva Atlántida*, situaba su relato en la desconocida isla de Bensalem, a la que arribó un barco para avituallarse de provisiones. En la isla, los tripulantes tuvieron la oportunidad de conocer la existencia de la Casa de Salomón, dedicada al estudio de las obras y criaturas de Dios, constituyendo el alma misma de la sociedad. La Casa de Salomón tenía encomendado el anuncio de las predicciones verosímiles de enfermedades y plagas, aconsejando acerca de lo que debía hacerse para evitarlas. Esta metáfora le permite a Bacon exponer su opinión sobre la organización social, mostrando la utopía de un Estado ideal en el que la felicidad de sus ciudadanos descansa en la toma de las decisiones políticas por científicos.

Y traemos a colación el relato de Francis Bacon porque lo ahí narrado nos ha recordado a uno de los fenómenos que se han producido en esta pandemia: el protagonismo de la Ciencia y los científicos en la toma de decisiones.

Este fenómeno de la eclosión de la Ciencia, desplazando a la política, no ha sido el único fenómeno que ha podido observarse en esta crisis sanitaria. También ha tenido lugar otro que resulta de interés destacar: la transformación generalizada de los problemas en dilemas, siendo las soluciones entonces absolutamente extremas. Y hay una relación directa entre ambos, en la medida que la Ciencia se expresa habitualmente en términos dilemáticos de manera que solo hay una respuesta correcta, sin que las soluciones intermedias encuentren cabida en su método.

El ser humano tiende a reducir todos los posibles cursos de acción a dos, y además extremos, dejando en la penumbra todos los posibles cursos intermedios que son los más difíciles de ver. Para simplificar la toma de decisiones optamos por lo dicotómico, produciéndose lo que denomina sesgo del dilematismo y para ello la excusa de la solución científica es muy útil.

Un ejemplo de problema transformado en dilema durante la pandemia, es el de la casi absoluta exclusión del acompañamiento durante el proceso de morir de muchos pacientes. Muchos de nuestros conciudadanos han muerto solos y sin estar acompañados porque la solución ha sido extrema, dilemática. Se ha partido de una regla general que se ha aplicado de manera taxativa, obviando una mínima reflexión acerca de las posibilidades de haber facilitado un mínimo acompañamiento ¿Han sido idénticos todos los casos? ¿ha sido el peligro de transmisión del virus el mismo? No lo creemos. Y no pretendemos en modo alguno minusvalorar la importancia del virus ni, menos aún, la extraordinaria labor del personal sanitario en el acompañamiento y cuidado de dichos pacientes, sino poner dicho déficit en el "debe" de nuestros responsables políticos y gestores[1].

2. La falacia cientifista

La aparición de la Ciencia como protagonista estelar en la toma de decisiones se ha producido con carácter general en sede política. Las referencias a los expertos, a lo que defienden o proponen los científicos, han sido permanentes en las comparecencias de las autoridades públicas. Incluso, muchas de éstas han estado presididas, no por responsables políticos, sino por los propios expertos. Y Esteve Pardo[2] ya denunció hace años que el carácter expansivo de la actividad científica no puede ir en detrimento del carácter jurídico-político de la toma de decisiones por las autoridades públicas. Son funciones de distinto contenido las que se encomiendan a los poderes científico y político. El poder científico tiene funciones de información, dictamen y, en definitiva, valoración de riesgos, pero no de decisión. Si a la Ciencia no le compete la adopción de decisiones, ello no es solo por falta de legitimación sino, sobre todo, porque ella misma no pretende decidir. No podemos esperar decisiones de la Ciencia. La facultad y obligación de decidir del Derecho son al mismo tiempo su grandeza y su servidumbre.

---

1 Vid. Declaración del Comité de Bioética de España sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con Covid-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad, www.comitedebioetica.es

---

2 ESTEVE PARDO, J. "Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión", *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, enero-agosto 2003.

Y en palabras de Daniel Innerarity[3], una democracia es un sistema en el que no son los expertos quienes tienen la última palabra, sino la ciudadanía, lo que se traduce en el papel central de los políticos, que son quienes nos representan.

Desde la Bioética, Diego Gracia[4] nos dice que la falacia tecnocrática reduce los problemas éticos a meros problemas técnicos, trasladando, incluso, la gestión del propio poder a los expertos. Y éstos no solo tendrán la capacidad de gobernar su propio sector, sino, más allá, la sociedad en general. Esto es una herencia del positivismo, donde los fenómenos morales son meras cuestiones de hecho, quedando la ética disuelta por la Ciencia. Todo conflicto moral será un problema científico mal planteado y peor resuelto, siendo su máxima expresión la teoría de la elección racional. Y esto último conecta no solo con el dilematismo al que antes hicimos referencia, sino también, con el utilitarismo. Éste se construye como solución a los dilemas éticos dejando a un lado la dignidad ontológica del ser humano, que es percibida como una abstracción o una creación ideológica.

El utilitarismo es una mera expresión intuitiva que permite una respuesta moral casi inmediata, sin reflexión profunda de los valores en conflicto. Y su problema no deriva solo de los elementos que aporta para evaluar la toma de decisiones, sino de su radical insuficiencia, al desconocer la existencia de unos bienes con un valor inconmensurable, como son los derechos humanos. El utilitarismo incurre en una falacia naturalista. El hecho de que la mayor parte de la gente desee algo no significa que ello sea digno de ser deseado. Lo que se desea no tiene que considerarse necesariamente bueno, ya que también son posibles malos deseos.

La nueva democracia del conocimiento no supone el gobierno por sistemas expertos, sino mediante la integración de dichos sistemas en procedimientos de gobierno más amplios. La Ciencia no es el proceso de formulación de políticas, sino solo una parte de él. Y el problema no es solo que el Derecho como expresión formalizada de la decisión política ceda su espacio de decisión a la Ciencia,

---

3 INNERARITY, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.

---

4 GRACIA GUILLÉN, D., Bioética mínima, Triacastela, Madrid, 2019.

sino peor aún que trate de emular ésta, la deriva cientifista, porque ya la primera mitad del siglo XX nos dejó una importante herida en la dignidad humana a la que contribuyó, aunque sin intención, el positivismo.

Y tampoco podemos aspirar la supresión absoluta del riesgo en nuestras sociedades, no solo porque ello sea imposible, sino porque, además, es un objetivo que no debe ser perseguido. El riesgo es expresión de progreso. La clave estaría, no en la eliminación absoluta del riesgo, alternativa imposible e, incluso, indeseable, sino en la búsqueda de un equilibrio, del riesgo tolerable o, en similares términos, de la eliminación del riesgo inaceptable. Y la determinación de qué riesgos son aceptables nos exige preguntarnos qué tipo de sociedad queremos construir, y, a partir de ahí, hacer depender la política de gestión del riesgo de la justicia. No se trataría de determinar cuáles son los riesgos que podemos aceptar, sino reflexionar sobre quiénes recaen dichos riesgos y si ello es conforme con el principio de justicia, es decir, cuáles son los niveles aceptables de vida y moralidad.

En definitiva, la pandemia parece que finalmente nos muestra una vez el camino del humanismo, sin renunciar a los avances de la Ciencia, ni eliminar sus riesgos, sino incorporarlos como instrumentos esenciales para una mejora de nuestra vida, pero sin caer en el sueño de una invulnerabilidad. La alianza entre el ser humano, la ética y Ciencia no debe desvanecerse, sino, reforzarse, situando al ser humano en el centro.

Concluimos. Esta crisis, como apunta Innerarity[5], no es el fin del mundo, sino el fin de un mundo y lo que se acaba (o se acabó hace tiempo y terminamos de aceptar su fallecimiento) es el mundo de las certezas, el de los seres invulnerables y el de la autosuficiencia. Entramos en un espacio desconocido, común y frágil, es decir, un mundo que tiene que ser pensado sistemáticamente y con una mayor aceptación de nuestra ignorancia irreductible. En un espacio en el que el humanismo se nos ofrece como el camino seguro que nos permite asumir nuestra fragilidad, es decir, nuestra autenticidad con ánimos de fortaleza para afrontar el futuro.

5 INNERARITY, D., *Pandemocracia*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2020.

BIBLIOGRAFÍA Beck, U. La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 1998.

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio agregado de Derecho constitucional, UPComillas, ICADE
Presidente del Comité de Bioética de España

Estudios

Los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2 en el actual marco regulatorio de la Unión Bancaria

Carlos Pérez Dávila
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE BANCARIO, FINANCIERO Y MERCADO DE CAPITALES

Antonio Arenas y Adriana Ordoño
Asociados de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE BANCARIO, FINANCIERO Y MERCADO DE CAPITALES

Índice/

I. Introducción y contexto **18**

1. Los Acuerdos de Basilea 18
2. El reflejo de los Acuerdos de Basilea en la normativa europea 20
3. Los requisitos de capital 23
4. Los instrumentos de capital desde distintas perspectivas: una guía para el presente trabajo 24

II. Requisitos de los instrumentos de capital para su inclusión como capital de nivel 1 adicional y capital de nivel 2 **25**

1. El capital de nivel 1 adicional 25
2. El capital de nivel 2 29
3. Orden de prelación concursal 31

III. Requisitos de los instrumentos de capital como obligaciones de las previstas en la Ley de Sociedades de Capital **32**

1. Régimen de emisión de obligaciones simples 32
2. Especial mención a los AT1s convertibles como obligaciones convertibles 33

IV. Los instrumentos de capital desde la perspectiva del mercado de valores **40**

1. Oferta pública y emisiones en mercados regulados 40
2. Emisiones bajo programa de emisión 41
3. Emisiones *stand-alone* 41
4. La emisión de capital regulatorio en formato préstamo 42

V. Los instrumentos de capital en la normativa de resolución (BRRD) **42**

1. Introducción a la normativa de resolución 42
2. Los instrumentos de resolución y la facultad de amortización o conversión de instrumentos de capital pertinentes 43
3. Los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles: el requisito MREL 44
4. El MREL externo y el MREL interno 46

VI. Conclusión **47**

Resumen: La crisis financiera de 2007 evidenció las deficiencias del marco de solvencia de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, así como la necesidad de articular un marco de resolución que permitiese afrontar los procesos de inviabilidad de estas entidades de una forma temprana y ágil, sin coste para el contribuyente. La reforma de estos marcos normativos, iniciada ya hace años, ha culminado con la reciente aprobación de un ambicioso paquete legislativo a nivel europeo que adecúa la normativa de solvencia y resolución a los nuevos estándares internacionales. Este trabajo se centra en la regulación que en relación con los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2 se contiene en esta normativa, abordándose también otros aspectos propios de estos instrumentos contenidos en la normativa societaria y del mercado de valores.

Abstract: The 2007 financial crisis evidenced the shortcomings of the solvency framework of credit institutions and investment firms and the need for a resolution framework which would make it possible to deal with the non-viability of these entities in an agile and expedient manner, with no cost to the taxpayers. The reform of these frameworks (initiated a number of years ago) has recently concluded with the approval of an ambitious European legislative package which aligns the solvency and resolution frameworks to the international standards. This paper focuses on the regulation of additional tier 1 capital instruments and tier 2 capital instruments contained in such frameworks, while also considering other aspects of these instruments contained in the corporate and capital markets regulations.

Palabras clave: Basilea, CRD, CRR, BRRD, SRMR, solvencia, fondos propios, instrumentos de capital de nivel adicional (AT1), participaciones preferentes, obligaciones convertibles, instrumentos de capital de nivel 2 (T2), TLAC, MREL, instrumentos de resolución, recapitalización interna (*bail-in*).

Keywords: Basel, CRD, CRR, BRRD, SRMR, solvency, own funds, additional tier 1 capital instruments (AT1), preferred securities, convertible securities, tier 2 capital instruments (T2), TLAC, MREL, resolution instruments, bail-in.

Los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2 en el actual marco regulatorio de la Unión Bancaria

I. Introducción y contexto

1. Los Acuerdos de Basilea

El origen de la actual normativa europea en materia de capital de las entidades de crédito se encuentra en gran parte en los conocidos como "Acuerdos de Basilea", publicados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (el "**Comité de Basilea**").

El Comité de Basilea es uno de los varios comités internacionales auspiciados por el Banco de Pagos Internacionales y está integrado por 45 miembros, entre los que se encuentran bancos centrales y autoridades con responsabilidad en la supervisión bancaria de 28 jurisdicciones (el Banco de España es miembro desde 2001). Su principal objetivo es fortalecer la regulación, la supervisión y las prácticas de las entidades de crédito a nivel internacional con el fin de mejorar su solvencia, liquidez, gobernanza y gestión del riesgo, y, en última instancia, lograr una mayor estabilidad financiera mundial.

Si bien los orígenes del Comité de Basilea se remontan a finales de 1974 y, aunque viene publicando desde entonces diversos documentos sobre cooperación en materia de supervisión de entidades de crédito con presencia internacional, son los Acuerdos de Basilea antes aludidos las publicaciones fundamentales de este comité.

El primero de estos acuerdos es el Acuerdo de Basilea de julio de 1988 ("**Basilea I**"), cuyo origen estuvo marcado por la preocupación del Comité por el deterioro de la ratio de capital de las entidades de crédito en el contexto de la crisis de la deuda de los países latinoamericanos de la década de los ochenta. Basilea I, sentó la premisa básica sobre la que pivota la actual normativa en la materia: la necesidad de que las entidades de crédito tengan un capital mínimo en función de los riesgos que asumen, siendo el riesgo de crédito el riesgo en el que el acuerdo original de Basilea I puso el foco principal. Este capital, conocido como "capital regulatorio", debe ser suficiente para hacer frente a los riesgos que asume una entidad de crédito. Basilea I fijó el capital mínimo de las entidades de crédito en el 8% del total de los activos ponderados por riesgo de la entidad ("**RWA**", por su acrónimo en inglés), cifra que debía alcanzarse a finales de 1992.

Si bien este primer acuerdo jugó un papel muy destacado en el fortalecimiento y estandarización de los requerimientos de solvencia de las entidades de crédito a nivel mundial, el mismo fue objeto de revisión en varias ocasiones, incluyendo una importante modificación en 1996 principalmente referida a consideraciones

en materia de riesgo de mercado. En junio de 2004 fue sustituido por un nuevo acuerdo conocido como "Basilea II", que a su vez fue refundido en 2006 para integrar consideraciones relativas a la cartera de negociación, y que pivotaba en torno a tres pilares fundamentales: (i) el desarrollo y mejora de los requisitos de capital de Basilea I (necesarios en parte por la innovación financiera acontecida durante aquellos años); (ii) la supervisión de su cumplimiento; y (iii) las obligaciones de divulgación, a efectos de incentivar la disciplina de mercado.

La crisis financiera de 2007 evidenció las deficiencias de Basilea II (las entidades de crédito afrontaron la crisis con exceso de apalancamiento e insuficiente cobertura de liquidez), por lo que fue objeto de un profundo proceso de revisión que se inició en 2010 con la aprobación un nuevo marco de regulación prudencial conocido como "Basilea III". Este a su vez fue objeto de reforma en 2017, reforma tan sustancial en algunos aspectos que hay quien se refiere a ella como "Basilea IV". Uno de los principales objetivos de las revisiones fue reducir la excesiva variabilidad de los activos ponderados por riesgo. El concepto de activos ponderados por riesgo implica la atribución de una asignación de capital inferior a los activos más seguros, mientras que los activos de más riesgo reciben una ponderación de riesgo mayor.

Entre otras novedades, Basilea III (y su reforma de 2017):

(i) introduce requisitos más estrictos en materia de capital, concediendo más importancia al capital de nivel 1 ordinario (CET1), que permite absorber pérdidas mientras la entidad es viable;

(ii) mejora la cuantificación del riesgo, revisando los componentes del marco de capital ponderado por riesgo que resultaron estar mal calibrados, incluidas las normas globales para el riesgo de mercado, riesgo de crédito de contraparte y titulización;

(iii) restringe el uso de los métodos basados en modelos internos, al introducir límites sobre algunos de los parámetros utilizados para calcular los requerimientos de capital en el método basado en calificaciones internas (IRB) para el riesgo de crédito, y al eliminar el uso de métodos basados en modelos internos para determinados riesgos;

(iv) establece requisitos de capital adicionales en forma de colchones de capital, tales como el colchón de conservación del capital y el colchón de capital contra-cíclico;

(v) regula una ratio de apalancamiento (el "**Coeficiente de Apalancamiento**") que exige una cantidad mínima de capital en relación con la totalidad de los activos y exposiciones de la entidad, independientemente de su ponderación de riesgo, y que está llamada a limitar la acumulación de apalancamiento en el sector bancario. El Coeficiente de Apalancamiento se define como la "medida del capital",

incluyendo el de nivel 1 ordinario y los instrumentos de capital de nivel 1 adicional, dividida entre la "medida de la exposición" y se expresa en forma de porcentaje. Los bancos deberán cumplir un requerimiento mínimo del Coeficiente de Apalancamiento del 3%;

(vi) señala una ratio de cobertura de liquidez mínima (LCR) que ha de permitir a la entidad disponer de liquidez suficiente para atender salidas de caja netas en un periodo de estrés de 30 días, y una ratio de financiación estable (NSFR) destinada a evitar desajustes de vencimientos en el balance de la entidad;

(vii) en relación con los modelos internos, impone un límite mínimo o suelo obligatorio (*output floor*) al objeto de garantizar que los requerimientos de capital de las entidades no se sitúen por debajo de un determinado porcentaje de los requerimientos de capital calculados utilizando métodos estándar; e

(viii) introduce requisitos adicionales para las entidades de importancia sistémica mundial.

Si bien tanto Basilea I como Basilea II reconocían la existencia de distintos tipos de capital regulatorio (no únicamente el capital social, sino también otro tipo de instrumentos, como los híbridos, de distintos niveles), la crisis financiera evidenció las carencias de alguno de estos últimos, por ejemplo, los conocidos como "*lower Tier 2*", por lo que Basilea III fijó criterios más exhaustivos para la computabilidad de tales instrumentos adicionales de capital.

2. El reflejo de los Acuerdos de Basilea en la normativa europea

Los Acuerdos de Basilea anteriormente referidos no tienen carácter vinculante; son meras recomendaciones que los países signatarios acuerdan incorporar a sus ordenamientos.

A nivel europeo, Basilea II fue incorporado al acervo comunitario mediante sendas Directivas: (i) la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; y (ii) la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

Por su parte, las primeras reformas integrantes del actual acuerdo de Basilea III fueron incorporadas a través del Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 ("**CRR**") y la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de

las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE ("**CRD IV**")[1].

La elección de dos instrumentos legislativos diferentes, una Directiva y un Reglamento, obedeció al propósito de alcanzar la máxima armonización posible de la normativa bancaria comunitaria (el conocido como "*single rulebook*"). Se consideró que únicamente aquellos elementos menos prescriptivos o más estrechamente vinculados a la normativa nacional de cada Estado miembro, tales como acceso a la actividad, mecanismos de gobierno y marco de supervisión, podían ser objeto de Directiva (que, al ser objeto de transposición, permite una mayor flexibilidad a dichos Estados), mientras que las normas prudenciales detalladas y prescriptivas en materia de capital debían ser necesariamente objeto de un Reglamento (de aplicación directa en todos los Estados miembros).

Estas dos normas (CRR y CRD IV) fueron aprobadas en el contexto de una reforma sustancial del marco regulador de los servicios financieros en Europa más amplia, dirigida a aumentar la estabilidad y resiliencia de las entidades y que comprendía también la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo ("**BRRD**"), y el Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010 ("**SRMR**"), medidas todas ellas adoptadas en respuesta a la crisis financiera y reflejo de normas acordadas a escala internacional.

Todo el anterior paquete normativo (CRR, CRD IV, BRRD y SRMR), fue objeto de una propuesta de reforma a finales de 2016 con el objetivo de completar el anterior programa de reformas, dotándolo de la debida coherencia, así como la de adaptar las reglas de la Unión Bancaria a las últimas recomendaciones publicadas en el contexto de Basilea III y a las acordadas en el Consejo de Estabilidad Financiera (el "**FSB**" por sus iniciales en inglés), en relación con el estándar internacional del TLAC ("Total Loss Absorbing Capacity") publicado el 9 de noviembre de 2015. La norma TLAC, que al igual que los Acuerdos de Basilea, debe ser incorporada a normativa vinculante, exige a los bancos de importancia sistémica mundial (BISM), denominados entidades de importancia sistémica mundial ("**EISM**") en la legislación de la Unión, dotarse de un importe suficiente de pasivos de alta capacidad de absorción de pérdidas.

1 CRD IV ha sido a su vez transpuesta en España con la aprobación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y su Reglamento de desarrollo (el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero) así como la Circular 2/2014, de 31 de enero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre el ejercicio de diversas opciones regulatorias contenidas en CRR y la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia.

Estas reformas fueron definitivamente publicadas a principios de junio de 2019, viendo así la luz un nuevo marco regulatorio bancario que ha introducido modificaciones en:

(i) los requisitos de capital, mediante la modificación de CRD IV y CRR operadas a través de, respectivamente, la Directiva (UE) 2019/878 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por la que se modifica la Directiva 2013/36/UE en lo que respecta a los entes exentos, las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera, las remuneraciones, las medidas y las facultades de supervisión y las medidas de conservación del capital ("**CRD V**") y el Reglamento (UE) 2019/876 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.° 575/2013 en lo que se refiere a la ratio de apalancamiento, la ratio de financiación estable neta, los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles, el riesgo de crédito de contraparte, el riesgo de mercado, las exposiciones a entidades de contrapartida central, las exposiciones a organismos de inversión colectiva, las grandes exposiciones y los requisitos de presentación y divulgación de información, y el Reglamento (UE) n.° 648/2012 ("**CRR 2**");

(ii) las normas relativas a la reestructuración y la resolución bancarias, mediante la modificación de BRRD operada a través de la Directiva (UE) 2019/879 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por la que se modifica la Directiva 2014/59/UE en relación con la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, así como la Directiva 98/26/CE ("**BRRD 2**")[2]; y

(iii) las normas relativas al Mecanismo Único de Resolución de la UE, mediante la modificación del SRMR operada a través del Reglamento (UE) 2019/877 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.° 806/2014 en lo que se refiere a la capacidad de absorción de pérdidas y de recapitalización para las entidades de crédito y las empresas de inversión ("**SRMR 2**"), que incluye cambios de aplicación para la zona euro alineados con los correlativos de BRRD 2.

En lo sucesivo, nos referiremos al paquete legislativo integrado por CRDIV, CRR, BRRD y SRMR, tal y como estas normas han sido modificadas por, respectivamente, CRD V, CRR 2, BRRD 2 y SRMR 2, como el "**Nuevo Marco Regulatorio Bancario**".

2 El nivel mínimo armonizado de la norma TLAC para las EISM se ha introducido a través de la modificación de CRR, mientras que la obligación suplementaria para cada EISM y el requisito específico por entidad para las entidades que no son EISM se ha introducido a través de modificaciones específicas de BRRD y de SRMR.

3. Los requisitos de capital

El capital regulatorio está integrado por los siguientes niveles de capital:

- El capital de nivel 1, integrado por la suma del capital de nivel 1 ordinario (conocido por el acrónimo de su concepto en inglés "**CET1**") y del capital de nivel 1 adicional ("**AT1**"). El capital de nivel 1 se considera capital destinado a garantizar la continuidad de las actividades del banco en condiciones de solvencia.

- El capital de nivel 2 ("**T2**"), se considera capital destinado a absorber pérdidas en caso de liquidación y permite que una entidad reembolse a los depositantes y acreedores preferentes en tal situación.

Basilea III y el Nuevo Marco Regulatorio Bancario prevén que las entidades deben cumplir los siguientes requerimientos de capital (conocidos como "**Pilar 1**"):

- El capital de nivel 1 ordinario (CET1) deberá ascender al menos al 4,5% de los activos ponderados por riesgo en todo momento.

- El capital de nivel 1 (CET1 + AT1) deberá ascender al menos al 6,0% de los activos ponderados por riesgo en todo momento.

- El capital total (capital de nivel 1 + capital de nivel 2) deberá ascender al menos al 8,0% de los activos ponderados por riesgo en todo momento.

Si bien excede del ámbito del presente trabajo, conviene señalar también que Basilea III y el Nuevo Marco Regulatorio Bancario establecen una serie de colchones de capital adicionales.

En este sentido, las entidades deben mantener un colchón de conservación del capital (consistente en capital CET1 igual al 2,5% del importe total de la exposición al riesgo de la entidad) y un colchón de capital anticíclico específico para cada entidad y cuya finalidad es garantizar que acumulan una base de capital suficiente en épocas de prosperidad que les permita absorber las pérdidas en caso de crisis.

Además, los Estados miembros tienen derecho a exigir a las entidades que mantengan un colchón de capital CET1 contra riesgos sistémicos al efecto de prevenir y paliar los riesgos macroprudenciales no cíclicos a largo plazo.

Por último, se establece un colchón para las EISM, destinado a compensar el riesgo más elevado que representan para el sistema financiero mundial, así como un colchón para otros tipos de entidades de importancia sistémica.

Además del Pilar 1, la autoridad competente fija cada año en función del resultado del proceso de evaluación y revisión supervisora ("**SREP**" por sus siglas en inglés), un requerimiento de capital adicional específico para cada entidad ("**Pilar 2R**"), así como una guía u orientación aplicable a todas las categorías de capital ("**Pilar 2G**"). Según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 104 bis de CRD V, una parte del Pilar 2R puede ser satisfecho con instrumentos de capital de nivel 1 adicional (hasta el 18,75%) y con instrumentos de capital de nivel 2 (hasta el 25%).

Allí donde la norma permite satisfacer los requisitos de capital con instrumentos distintos del capital de nivel 1 ordinario, el recurso a otro tipo de instrumentos de capital es más eficiente en términos de coste, lo que implica una optimización del coste financiero de la estructura de capital de la entidad, y de ahí que los AT1s y los T2s vengan siendo objeto de emisión recurrente por parte de las entidades de crédito españolas.

4. Los instrumentos de capital desde distintas perspectivas: una guía para el presente trabajo

Los instrumentos de capital objeto de este estudio muestran una proyección múltiple: en primer lugar, y como venimos explicando en esta introducción, su vocación principal es la de computar como instrumentos de capital regulatorio elegibles a los efectos de CRD y CRR. Este aspecto es objeto de análisis en el apartado 2 de este trabajo (Requisitos de los instrumentos de capital para su inclusión como capital de nivel 1 adicional y capital de nivel 2). En segundo lugar, estos instrumentos se configuran jurídicamente como obligaciones, y alguno de ellos potencialmente convertibles en acciones. Desde esta perspectiva, conviene analizar también los aspectos propios de su "producción", cuya regulación se contiene fundamentalmente en la normativa societaria. A este análisis dedicamos el apartado 3 del presente trabajo (Requisitos de los instrumentos de capital como obligaciones de las previstas en la Ley de Sociedades de Capital).

En tercer lugar, la "distribución" de estos instrumentos es objeto de regulación en la disciplina sobre los mercados de valores. La sección 4 del presente trabajo (Los instrumentos de capital desde la perspectiva del mercado de valores), aborda someramente los aspectos principales de esta disciplina en relación con estos instrumentos.

Finalmente, además de su cómputo como capital regulatorio, estos instrumentos son también susceptibles de integrar lo que se conoce como fondos propios y pasivos elegibles a los efectos de la normativa de resolución bancaria, fundamentalmente contenida en BRRD y su normativa de transposición y desarrollo. Al estudio de esta cuestión dedicamos el apartado 5 de este trabajo (Los instrumentos de capital en la normativa de resolución (BRRD)).

II. Requisitos de los instrumentos de capital para su inclusión como capital de nivel 1 adicional y capital de nivel 2

1. El capital de nivel 1 adicional

1.1 Requisitos de computabilidad

El capital de nivel 1 adicional está fundamentalmente integrado por instrumentos que cumplen los requisitos para computar como capital de nivel 1 adicional de acuerdo con la sección 1 del capítulo 3 de CRR (los conocidos como AT1s).

En España, la regulación de las participaciones preferentes, un instrumento de capital híbrido, ha sido objeto de reforma para acomodar los requisitos que para su computabilidad como recursos propios ha venido recogiendo la normativa europea (heredera a su vez de las sucesivas reformas internacionales en la materia). De esta manera, se ha adecuado este instrumento a los requerimientos internacionales que permiten que este tipo de instrumentos sean idóneos para cumplir con los requisitos de solvencia de las entidades.

Los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes a efectos de la normativa de solvencia se recogen en la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, donde se establece que las participaciones preferentes se considerarán capital de nivel 1 adicional a los efectos previstos en CRR, siempre que se cumplan con las condiciones establecidas en dicho Reglamento. Además, para que queden sometidas al régimen fiscal especial que establece la citada disposición, habrán de cumplirse una serie de condiciones adicionales, tales como, no otorgar derechos políticos ni de suscripción preferente, cotizar en mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación u otros mercados organizados, en caso de oferta pública, contar con un tramo de al menos el 50 por ciento dirigido a clientes profesionales y tener un determinado valor nominal unitario mínimo.

Los AT1s son instrumentos híbridos que participan de características comunes de los instrumentos de deuda y de los instrumentos de capital. Se caracterizan por ser, como el capital, instrumentos perpetuos, es decir, sin fecha de vencimiento, pero como la deuda, pagan distribuciones al inversor (un interés fijo o variable), si bien solo con cargo a partidas distribuibles y con plena discrecionalidad del emisor para cancelar su pago (sin que ello implique incumplimiento alguno). Además, en caso de que la ratio CET1 del emisor baje del 5,125%, habrán de ser necesariamente amortizados, de forma permanente o temporal, o convertidos en capital.

Para que sean considerados instrumentos de capital de nivel 1 adicional, los AT1s han de reunir una serie de condiciones o características que se recogen en el artículo 52 de CRR, desarrolladas en artículos sucesivos de CRR, y que son resumidamente la siguientes:

(i) que hayan sido emitidos directamente por la entidad y estén completamente desembolsados;

(ii) que no sean propiedad del emisor ni sus filiales o de una empresa que posea más del 20% del emisor;

(iii) que la adquisición de los instrumentos no haya sido financiada directa o indirectamente por el propio emisor;

(iv) que su prelación sea inferior a la de los T2s y no estén garantizados ni sujetos a ningún otro acuerdo que mejore su prelación en caso de insolvencia o liquidación del emisor;

(v) que tengan carácter perpetuo y no haya incentivos para que sean reembolsados;

(vi) que si existen opciones de reembolso anticipado o recompra, el ejercicio de esas opciones dependa única y exclusivamente del emisor (i.e., no haya *put* del inversor), sin que el emisor pueda de ninguna manera indicar que tal reembolso o recompra se producirá (salvo por razones de insolvencia o liquidación) y, en todo caso, que solo puedan ser reembolsados o recomprados previa autorización de la autoridad competente, y en ningún caso en los 5 primeros años desde la fecha de emisión, salvo que se dé una de las excepciones recogidas en el artículo 78 de CRR (i.e., "*capital event*" o "*tax event*"), y siempre previa autorización de la autoridad competente;

(vii) que las distribuciones (a) se abonen con cargo a partidas distribuibles en un importe que no varíe en función de la calidad crediticia del emisor o su matriz y que (b) puedan ser discrecionalmente canceladas por el emisor por periodo indefinido y sin efectos acumulativos y el emisor pueda utilizar esos pagos cancelados sin restricción alguna para cumplir sus obligaciones, sin que ello se considere incumplimiento o impago;

(viii) que en caso de que se dé la circunstancia desencadenante (i.e., que la ratio CET1 del emisor baje del 5,125%), sean necesariamente amortizados, de forma permanente o temporal, o convertidos en capital. La opción de conversión contingente en capital es la que motiva que estos instrumentos se conozcan en la jerga internacional como "CoCos";

(ix) que cuando el emisor esté establecido en la UE, o en un tercer país, pero pertenezca a un grupo de resolución cuya entidad de resolución esté en la UE[3], el instrumento sea susceptible de la aplicación de las facultades de resolución previstas en BRRD. A tal efecto, la legislación o las disposiciones contractuales del instrumento deberán establecer la facultad de amortización y conversión a que se refiere el artículo 59 de BRRD, esto es, que el instrumento habrá de amortizarse de manera permanente o convertirse en instrumentos de capital de nivel 1 ordinario. Además de lo anterior, el instrumento sólo se puede regir por la ley de un tercer estado si en virtud de esa ley el ejercicio de la citada facultad está asegurado. Este requisito ha sido introducido por CRR2 al efecto de coordinar esta regulación con las novedades en materia de resolución y requisitos mínimos de fondos propios y pasivos admisibles (*Minimum Required Eligible Liabilities* o "**MREL**" por sus siglas en inglés), introducidas por BRRD2 a las que nos referimos en la última sección de este trabajo; y

(x) en esa misma línea, CRR2 ha introducido también (a) la exigencia de que estos instrumentos no contengan previsión alguna que pueda impedir la recapitalización[4] del emisor, así como (b) la exigencia de que no estén sujetos a acuerdos de compensación recíproca o de compensación por saldos netos que pueda afectar a su capacidad de absorción de pérdidas.

Algunos de estos requisitos han sido analizados y desarrollados por la Autoridad Bancaria Europea a través de normas técnicas de regulación sobre fondos propios que desembocaron en la aprobación del Reglamento Delegado (UE) 241/2014 de la Comisión de 7 de enero de 2014 por el que se completa CRR y que resulta de aplicación directa en los Estados miembros.

Entre otros aspectos, estas normas técnicas de regulación fijan un marco para determinar los supuestos de posible financiación indirecta de los instrumentos de capital a los efectos del apartado (iii) anterior y los supuestos en los que se genera una expectativa de reembolso probable de un instrumento a los efectos del apartado (v) anterior. Estas normas técnicas de regulación se encuentran actualmente en fase de actualización para su adaptación a los cambios introducidos por CRR2.

3 Si no pertenece a un grupo de resolución cuya entidad de resolución está en la UE, idéntica previsión habrá de establecerse para el caso de que las autoridades del tercer país competente decidan la aplicación de estas mismas medidas de amortización o conversión.

4 Por ejemplo, incluir disposiciones que exijan a la entidad compensar a los titulares existentes de instrumentos de capital cuando se emita un nuevo instrumento de capital.

Para la correcta configuración legal de estos instrumentos y su computabilidad, resulta también relevante la lectura de los informes que en relación con estos instrumentos publica periódicamente la Autoridad Bancaria Europea y en los que se identifican las mejores prácticas en lo que respecta a su configuración.

1.2 El supuesto desencadenante

Entre todas las características de un AT1, una de las fundamentales es la que prevé su amortización o conversión en capital cuando haya tenido lugar una circunstancia desencadenante (*trigger event*). El artículo 54 de CRR establece que se dará una circunstancia desencadenante cuando la ratio de capital de nivel 1 ordinario de la entidad descienda por debajo del 5,125%, o un nivel superior si así lo decidiese el emisor y figurase especificado en las disposiciones que regulen el instrumento (los conocidos como *high trigger CoCos*). Cuando la entidad haya constatado dicha caída, el órgano de dirección, o cualquier otro órgano pertinente de la entidad, determinará sin demora que se ha producido una circunstancia desencadenante, lo que generará una obligación irrevocable de amortizar o convertir el instrumento.

Por un lado, si las disposiciones que regulen el AT1 establecen la conversión de los mismos en instrumentos de capital nivel 1 ordinario, también habrán de recoger el tipo de conversión junto con un límite en cuanto al importe de conversión y un intervalo dentro del cual los instrumentos se convertirán a instrumentos de capital de nivel 1 ordinario. El número de acciones que deberán ser emitidas como consecuencia de la conversión se calculará en base al precio de conversión y el importe nominal vivo de la emisión. Para emisiones de entidades cotizadas, resulta práctica de mercado que se fije un precio de conversión mínimo (*floor price*), con lo que se evita una dilución excesiva de los accionistas de la entidad en caso de que el precio de cotización de la acción caiga por debajo de un cierto nivel.

En cambio, si las disposiciones que regulan el AT1 establecen que el principal de los mismos se amortice si se produce una circunstancia desencadenante, la amortización habrá de reducir: (i) el crédito del titular del instrumento en caso de insolvencia o liquidación de la entidad; (ii) el importe que deba abonarse en caso de reclamación o reembolso del instrumento; y (iii) las distribuciones derivadas del mismo.

La amortización o conversión del AT1 podrá ser total o parcial, tan solo por el importe necesario para restaurar completamente la ratio de capital de nivel 1 ordinario de la entidad en el 5,125%. Asimismo, la amortización también podrá ser temporal. En caso de que se produzca una circunstancia desencadenante y de forma previa a la conversión o amortización, el emisor habrá de: (i) informar inmediatamente a la autoridad competente; (ii) informar a los titulares de los instrumentos; y (iii) amortizar el importe de principal de los instrumentos o convertirlos en instrumentos de capital de nivel 1 ordinario sin demora, y a más tardar en el plazo de un mes.

1.3 El *Issuer Call*

En este tipo de productos, al igual que en los instrumentos de capital de nivel 2 que analizamos seguidamente, es habitual que las entidades emisoras se reserven la posibilidad de ejecutar una amortización anticipada cada año a partir del quinto año desde la fecha emisión (el conocido como *issuer call*). Igualmente, resulta frecuente que se incluya la posibilidad de amortización anticipada, previa autorización de la autoridad competente, con anterioridad al quinto aniversario en caso de que: (i) se produzca una modificación de la clasificación reglamentaria de dichos instrumentos que tenga como resultado probable su exclusión de los fondos propios o su reclasificación como una forma de fondos propios de calidad inferior; o (ii) se produzca una modificación del tratamiento fiscal aplicable a dichos instrumentos que la entidad demuestre, a satisfacción de la autoridad competente, que es importante y que no era razonablemente previsible en el momento de su emisión.

En la práctica, es habitual que las entidades hagan uso del *issuer call* y amorticen anticipadamente los AT1s. Esto se debe a que a partir del quinto año los términos y condiciones de estos instrumentos prevén que el tipo de interés fijo pase a variable y a las entidades les resulta más rentable amortizar el producto y emitir un nuevo AT1 con un tipo de interés más competitivo.

1.4 La emisión de AT1s en España

En el mercado español la emisión de AT1s ha sido especialmente activa, con emisores como Banco Santander, S.A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o CaixaBank, S.A. liderando este tipo de operaciones. El tipo de emisión que ha predominado es el de participaciones preferentes contingentemente convertibles en acciones.

No obstante, en el mercado europeo ha predominado la emisión de participaciones preferentes con opción de amortización (*write down*) en lugar de conversión en acciones. En España este tipo de emisiones con opción de amortización generaron ciertas dudas respecto de su régimen fiscal, si bien nuestro mercado no ha sido ajeno a este formato, habiéndose realizado operaciones de este tipo por entidades como Ibercaja Banco, S.A. y Abanca Corporación Bancaria, S.A.

2. El capital de nivel 2

2.1 Requisitos de computabilidad

El capital de nivel 2 está integrado, entre otros, por instrumentos subordinados que cumplen con los requisitos para computar como capital de nivel 2 de acuerdo con la sección 1 del capítulo 4 de CRR (los conocidos como "**Tier 2**" o **T2s**).

Los instrumentos de capital de nivel 2 o T2s deben reunir las condiciones establecidas en los artículos 63 y siguientes de CRR.

Algunas de estas condiciones son muy similares a las exigidas para los AT1s (en concreto, las identificadas en los apartados (i), (ii), (iii), (vi), (ix) y (x) (b) de la sección 1.1 anterior), esto es, que sean instrumentos emitidos por la entidad, plenamente desembolsados y que no sean propiedad de la misma u otras empresas en las que tenga determinada participación, cuya adquisición no haya sido financiada por el emisor, que no existan incentivos para su amortización anticipada ni se indique que tal amortización tendrá lugar (y ésta solo podrá tener lugar a instancias del emisor y sujeto a las mismas restricciones que los AT1s). Al igual que en relación con los AT1s, el nivel de los pagos de intereses tampoco se puede modificar en función de la calidad crediticia de la entidad o de su empresa matriz.

Otras de estas condiciones son, en cambio, específicas de este instrumento, como son las que resumidamente se señalan a continuación:

(i) al contrario que los AT1s, no son perpetuos, pero CRR exige que tengan un vencimiento inicial de al menos 5 años[5] y no pueden preverse incentivos para que la entidad amortice o reembolse, según proceda, su importe de principal antes de su vencimiento;

(ii) en materia de prelación, ésta ha de ser inferior a cualesquiera otros créditos sobre instrumentos de pasivos admisibles (concepto éste al que nos referiremos someramente en la última sección de este trabajo). Al igual que respecto de los AT1s, no pueden estar garantizados ni sujetos a ningún otro acuerdo que mejore su prelación en caso de insolvencia o liquidación del emisor; y

(iii) no puede facultarse al titular para acelerar los pagos futuros previstos de intereses o del principal, salvo en caso de insolvencia o liquidación de la entidad.

2.2 La absorción de pérdidas en resolución

A diferencia de los AT1s, que están diseñados para que puedan absorber pérdidas en caso de que las entidades en funcionamiento afronten dificultades, el T2 es un instrumento concebido para supuestos en los que las medidas de actuación temprana fracasen o se consideren insuficientes y la entidad se considere inviable y proceda su resolución (cuestión que abordamos someramente en el último apartado de este trabajo). En este supuesto, los instrumentos T2 tienen la finalidad de asegurar la viabilidad de la estrategia de resolución y la capacidad de absorción de pérdidas de la entidad.

5 Durante los últimos 5 años de vida del instrumento, su cómputo se va reduciendo proporcionalmente (art. 64 CRR).

2.3 La emisión de T2s en España

En la práctica de mercado, el plazo de vencimiento de los T2s suele oscilar entre los 5 y los 15 años. Si el plazo de amortización es superior a 5 años, las entidades emisoras suelen reservarse la opción de poder ejercitar, previa autorización de la autoridad competente, una amortización anticipada en una fecha que suele coincidir con el quinto aniversario de la emisión.

Las características del producto permiten a los emisores diseñarlos con una amplia serie de opciones, por lo que resulta habitual ver emisiones de T2s con tipos de interés fijo, variables o mixtos, y plazos variables, incluyéndose opciones de amortización anticipada.

En caso de que el T2 deje de reunir las condiciones descritas anteriormente, el instrumento dejará de considerarse un instrumento de capital de nivel 2, por lo que, al igual que en los AT1s, resulta habitual que los T2 incluyan opciones de amortización anticipada adicionales, inclusive dentro los primeros cinco años de vida del mismo, siempre que se cuente con la previa autorización de la autoridad competente y se den ciertas condiciones, a saber, entre otros: (i) que se produzca una modificación de la clasificación reglamentaria de dichos instrumentos que tenga como resultado probable su exclusión de los fondos propios o su reclasificación como una forma de fondos propios de calidad inferior; y/o (ii) que se produzca una modificación del tratamiento fiscal aplicable a dichos instrumentos que la entidad demuestre a satisfacción de la autoridad competente que es importante y que no era razonablemente previsible en el momento de su emisión.

3. Orden de prelación concursal

Si bien CRR fija las características que tienen que tener estos instrumentos de capital para computar como capital regulatorio a efectos de la normativa de solvencia (a la que BRRD2 se refiere en gran parte a efectos de los requisitos de MREL), es la legislación nacional de cada Estado miembro la que ha de articular el marco jurídico que lo haga posible en lo que respecta a su prelación concursal.

En España, el orden de prelación de los instrumentos de capital regulatorio se establece en el apartado 3 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015, que traspone a nuestro ordenamiento BRRD (y que se encuentra en fase de adaptación a BRRD2, como veremos en la última sección de este trabajo). Esta norma, que es una de las que nuestra legislación concursal expresamente contempla como especialmente aplicable al concurso de entidades de crédito y de empresas de servicios de inversión, establece que los créditos subordinados por pacto contractual recogidos en el artículo 281.1.2º de la Ley Concursal tendrán la siguiente prelación:

(i) el importe de principal de la deuda subordinada que no sea capital adicional de nivel 1 o capital nivel 2;

(ii) el importe de principal de los instrumentos de capital de nivel 2; y

(iii) el importe de principal de los instrumentos de capital adicional de nivel 1.

Los AT1 quedan por tanto situados en un nivel de prelación concursal inferior al de los T2s y estos a su vez por debajo del resto de deuda subordinada.

III. Requisitos de los instrumentos de capital como obligaciones de las previstas en la Ley de Sociedades de Capital

1. Régimen de emisión de obligaciones simples

Procede, siquiera someramente, repasar los aspectos fundamentales de la regulación que a propósito de la emisión de estos instrumentos contiene el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("**LSC**").

Dado que el presente trabajo aborda la emisión de estos instrumentos por parte de entidades de crédito, que deben necesariamente revestir la forma de sociedades anónimas, no nos detendremos en analizar las peculiaridades que, en relación con esta cuestión, se suscitan en relación con las emisiones por parte de sociedades de responsabilidad limitada.

Del régimen societario relativo a la emisión de obligaciones simples (contenido en los artículos 401 al 413 de la LSC) conviene destacar tres aspectos fundamentales (habiendo quedado otros aspectos históricos de nuestro ordenamiento superados por la reforma operada en 2015):

(i) la atribución de competencia para acordar la emisión y la admisión a negociación de obligaciones al órgano de administración, salvo disposición contraria de los Estatutos;

(ii) la necesidad de que la emisión conste en escritura pública otorgada por representante de la sociedad y, cuando proceda, por el comisario en representación de los futuros obligacionistas, con un contenido mínimo prescrito por la LSC y por el Reglamento del Registro Mercantil (escritura cuya inscripción en el Registro Mercantil parecería no resultar ya prescriptiva desde la citada reforma, si bien la cuestión no es pacífica);

(iii) la necesidad de constituir un sindicato de obligacionistas y designar un comisario en ofertas públicas cuando los términos y condiciones de la emisión estén regidos por derecho español o por el de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea ni perteneciente a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos y tengan lugar en territorio español o su admisión a negociación se produzca en un mercado secundario oficial español o en un sistema multilateral de negociación establecido en España, según lo previsto en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ("**LMV**"); y

(iv) la posibilidad de que se representen por medio de títulos (nominativos o al portador) o por medio de anotaciones en cuenta, opción esta última imperativa cuando los valores vayan a cotizar en un mercado secundario oficial español o en un sistema multilateral de negociación español, por mandato de la LMV.

2. Especial mención a los AT1s convertibles como obligaciones convertibles

Los AT1s convertibles deben analizarse también desde la óptica de la regulación española de las obligaciones convertibles, cuya disciplina les resulta íntegramente de aplicación y ello a pesar de que la función económica de los AT1s no es equivalente a la de las restantes obligaciones convertibles (pues los AT1 no están llamados a convertirse en capital, salvo en circunstancias muy excepcionales).

Su condición de valores susceptibles de conversión en capital social informa la regulación de las obligaciones convertibles y rodea su aprobación de una serie de cautelas adicionales, como son la necesidad de acuerdo de junta, de informe de administradores y de informe de experto independiente.

2.1 El acuerdo de emisión

Al igual que la LSC reserva a la junta general la facultad de emitir acciones, la facultad de emitir obligaciones convertibles (incluyendo CoCos) corresponde a ésta, consecuencia lógica de su eventual conversión en acciones.

La LSC dispone que la junta general deberá determinar las bases y las modalidades de la conversión, así como acordar el aumento de capital en la cuantía necesaria para atender la conversión. Esta última previsión tiene una función garantista cuya finalidad es proteger al suscriptor de una posible inacción futura de la sociedad emisora que frustrara la conversión.

Nuevamente derivado del hecho de su susceptibilidad para convertirse en capital social, la LSC prohíbe que las obligaciones convertibles:

(i) se emitan por una cifra inferior a su valor nominal.

Esta prohibición es correlato lógico de la prohibición de emitir acciones por debajo de su valor nominal y, sin embargo, no ha estado exenta de crítica por parte de nuestra doctrina más autorizada, al considerarse una prohibición excesivamente rigorista e incluso innecesaria a la luz de la prohibición a la que nos referimos seguidamente; y

(ii) se conviertan en acciones cuando el valor nominal de las obligaciones convertibles sea inferior al de las acciones.

Esta segunda prohibición es un claro mecanismo de protección de la integridad del capital, por cuanto que exige que el valor nominal agregado de las acciones ofrecidas en la conversión no sea superior al desembolso efectivo realizado por los suscriptores de las obligaciones convertibles.

Por otra parte, conviene también señalar la posibilidad de que la junta delegue en los administradores la facultad de emitir obligaciones convertibles, con los límites que impone el artículo 297 de la LSC. En este sentido, lo habitual en la práctica es que se delegue la facultad de emitir obligaciones convertibles en una o varias veces hasta una cifra determinada (que deberá respetar el límite de la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización) y en el plazo máximo de cinco años a contar del acuerdo de la junta.

2.2 El informe de los administradores

La LSC exige que los administradores redacten un informe que detalle las bases y modalidades de la conversión. Además, si se pretende excluir el derecho de suscripción preferente de los accionistas, los administradores también deben justificar detalladamente la propuesta de exclusión.

En relación con las bases y modalidades de la conversión, el informe de administradores suele reflejar en este punto las particularidades propias de estos instrumentos.

Así, de un lado contemplan la conversión automática de estos instrumentos cuando la ratio de capital de nivel 1 ordinario del emisor o su grupo consolidado sea inferior al 5,125% (el "**Supuesto de Conversión**").

Por otro lado, contemplan una relación de conversión de las obligaciones convertibles en acciones de carácter variable y que viene determinada por el cociente entre el valor nominal de las obligaciones convertibles y un precio de conversión que suele venir referido al valor de mercado de las acciones del emisor en el momento de la conversión (a su vez definido por referencia al valor medio de los precios medios ponderados por volumen de la acción del emisor durante una serie de días de cotización previos al día en el que se produzca el Supuesto de Conversión).

Dado que el precio de conversión determinado de conformidad con la fórmula anterior es variable, es práctica habitual fijar un precio de conversión mínimo (o *floor price*), que habitualmente se determina por referencia a un porcentaje del cierre de cotización de la acción en una fecha concreta anterior a la fecha emisión, y que a su vez viene limitado por otro valor mínimo.

Estos valores mínimos permiten a la junta general determinar en el momento en el que adopta el acuerdo de emisión el número máximo de acciones que podrían llegar a emitirse en el momento de la conversión. Esto es relevante dado que cuanto más baje la cotización, más baja el precio de conversión y más acciones deben emitirse. En este sentido, el precio mínimo opera como un límite al número de acciones que habrán de emitirse, siempre y cuando no se den supuestos que activen las cláusulas "anti-dilución", sorteándose con ello, siquiera en gran parte, las dificultades propias de las relaciones de conversión de tipo variable que siempre han parecido casar peor con la regulación de las emisiones convertibles española, inspirada en ordenamientos extranjeros basados en relaciones de conversión fijas.

Es también muy habitual que se prevean ajustes al precio de conversión conocidos como mecanismos anti-dilución. Estos mecanismos tratan de proteger a los titulares de los AT1s durante el periodo de pendencia de la conversión de la potencial dilución que sufrirían frente a los accionistas del emisor en caso de que se dieran ciertos supuestos relacionados con el capital social del mismo. Estos mecanismos traen causa de la previsión contenida en el segundo inciso del apartado segundo del artículo 418 de la LSC, conocida como cláusula anti-dilución forzosa, en virtud del cual "si se produce un aumento de capital con cargo a reservas o se reduce el capital por pérdidas, deberá modificarse la relación de cambio de las obligaciones por acciones, en proporción a la cuantía del aumento o de la reducción de forma que afecte de igual manera a los accionistas y a los obligacionistas".

La ratio de esta norma es clara, proteger al obligacionista frente a operaciones de la sociedad que pueden desmerecer el contenido de su derecho o, como demuestra el segundo inciso de la misma, asegurar una igualdad de trato entre accionistas y obligacionistas. Así, un aumento de capital con cargo a reservas afectaría negativamente al obligacionista, en tanto que las acciones en las que

potencialmente convertiría sus obligaciones representarían un porcentaje inferior del capital social inicialmente contemplado, y una reducción de capital por pérdidas le beneficiaría, si, en ambos casos, no se produjera una suerte de corrección del precio de conversión.

El elenco anterior de supuestos previstos legalmente (incluyendo a estos efectos el supuesto particular del artículo 418.3 de la LSC, para el que, ante la dificultad de valorar el impacto del mismo en el precio de conversión, se prevé la conversión anticipada) no es exhaustivo y es fácil imaginar muchas otras operaciones con potencial para incidir negativamente en la expectativa del obligacionista convertible.

En este sentido, la práctica ha venido a consagrar las siguientes operaciones, todas ellas objeto de atención en los términos y condiciones de los AT1s como mecanismos "anti-dilución":

(i) la consolidación, reclasificación, re-denominación, desdoblamiento o división que afecte al número de acciones del emisor;

(ii) aumentos de capital con cargo a beneficios o reservas, excepto en determinados supuestos en los cuales la entrega de acciones está ligada al pago de dividendos del emisor;

(iii) abonos de dividendos extraordinarios o en especie;

(iv) aumentos de capital con derechos de suscripción preferente y emisiones de cualesquiera otros valores que den derecho a suscribir o adquirir acciones del emisor, en caso de que el precio de suscripción o adquisición por acción sea inferior al 95 por ciento del precio de mercado correspondiente;

(v) emisiones de cualesquiera otros valores distintos los referidos en el apartado (iv) anterior o de valores que incorporen el derecho a suscribir esos otros valores distintos de los mencionados en el apartado (iv) anterior, reconociendo a los accionistas del emisor un derecho de suscripción preferente;

(vi) aumentos de capital mediante aportaciones dinerarias o sin contraprestación y emisiones de opciones, warrants o cualesquiera otros derechos de suscribir o adquirir acciones del emisor mediante aportaciones dinerarias o sin contraprestación, en caso de que el precio de suscripción o adquisición por acción sea inferior al 95 por ciento del precio de mercado correspondiente;

(vii) emisiones de cualesquiera valores que den derecho a la suscripción o adquisición de acciones mediante aportaciones dinerarias o sin contraprestación, en caso de que el precio de suscripción o adquisición sea inferior al 95 por ciento del precio de mercado correspondiente;

(viii) modificación de los términos de los derechos de suscripción o adquisición de acciones del emisor contenidos en cualesquiera emisiones de valores cuando como consecuencia de dicha modificación el precio de suscripción o adquisición por acción sea inferior al 95 por ciento del precio de mercado correspondiente; y

(ix) ofertas de cualesquiera valores en las cuales se reconozca un derecho de adquisición a los accionistas y que no estén contempladas en los supuestos anteriores.

El denominador común de la inmensa mayoría de estos supuestos, salvo por alguno de ellos, que pueden operar en ambos sentidos, es que el obligacionista tendrá derecho a adquirir un número de acciones mayor al inicialmente previsto por aplicación de una fórmula de ajuste del precio de conversión.

Por otra parte, dado que la emisión de obligaciones convertibles exige la adopción del acuerdo de ampliación de capital correspondiente, al efecto de atender la conversión, deben observarse igualmente las formalidades de la LSC en relación con los aumentos de capital, lo que exige que, cuando la emisión y aumento correlativo sean aprobados por los administradores por delegación de la junta general, éstos habrán de justificar en un informe la modificación de los estatutos sociales a que pueda dar lugar el aumento de capital citado (artículo 286 de la LSC).

El informe de administradores también incluye una explicación sobre el ángulo regulatorio de estos instrumentos, destacándose algunos aspectos:

- La relevancia de los instrumentos AT1 como instrumentos subordinados aptos para cumplir con los requisitos de capital del emisor por su aptitud para absorber pérdidas mediante su conversión en acciones ante determinados supuestos (básicamente que la ratio de capital de nivel 1 ordinario sea inferior al 5,125%), siempre que cumplan los requisitos de computabilidad a los que se alude en la sección II.1 anterior.

- El interés de incrementar los fondos propios de la entidad para reducir el riesgo de una posible aplicación de restricciones al pago de distribuciones.

- La utilidad de los instrumentos AT1 para fortalecer el Coeficiente de Apalancamiento exigible desde junio de este año, ya que contribuyen a aumentar el numerador del cociente.

- Dado que los instrumentos AT1 son también admisibles a efectos de la normativa sobre MREL (tal y como explicamos brevemente en la última sección de este trabajo), al reforzarse el MREL se reduce también el riesgo de restricciones al pago de distribuciones discrecionales debidas a un déficit de MREL.

2.3 El Informe del auditor

El informe de los administradores deberá ser acompañado por otro de un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil previa solicitud.

Este informe debe contener un juicio sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores, sobre la idoneidad de la relación de conversión y, en su caso, de sus fórmulas de ajuste, para compensar una eventual dilución de los accionistas, así como, cuando proceda, un juicio sobre la razonabilidad de la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente.

En las sociedades cotizadas, este informe no es preceptivo si la emisión no alcanza el 20% del capital.

El alcance de este informe ha sido objeto de regulación mediante sucesivas resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (el **"ICAC**") y se regula en la Resolución de 16 de junio de 2004 del ICAC, por la que se publica la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre exclusión del derecho de suscripción preferente en el supuesto del artículo 159 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Esta resolución dota al mismo de un contenido formal y en parte pre-establecido. Esto se ha traducido en una relativa uniformidad de su contenido en la práctica.

2.4 El derecho de suscripción preferente y su supresión

Al igual que ocurre con la emisión de nuevas acciones, los accionistas de la sociedad tienen derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles en proporción al valor nominal de las acciones que posean, evitándose con ello la dilución que sufrirían al tiempo de la conversión, si bien el carácter contingente de la conversión implica una diferencia funcional entre una y otra situación.

El derecho de suscripción preferente se deberá ejercitar en el plazo que determinen los administradores, que no podrá ser inferior a un mes, o de catorce días en el caso de sociedades cotizadas. Sin embargo, por diversos motivos sobre

los que seguidamente nos detendremos brevemente, en las emisiones de AT1s convertibles se acuerda la supresión total de este derecho.

La LSC rodea de ciertas cautelas la supresión del derecho de suscripción preferente y exige:

(i) justificación de la propuesta por parte de los administradores, de forma que acredite que existe proporcionalidad entre las ventajas que para el emisor supone su exclusión y los perjuicios que dicha exclusión podría suponer a los accionistas;

(ii) que en el informe del auditor, cuando este resulte preceptivo, se contenga un juicio técnico sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores y sobre la idoneidad de la relación de conversión, y, en su caso, de sus fórmulas de ajuste, para compensar una eventual dilución de la participación económica de los accionistas; y

(iii) que en la convocatoria de la junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia.

En el caso de sociedades cotizadas, la LSC rodea a la exclusión del derecho de suscripción preferente de cautelas adicionales.

En relación con la primera de estas cuestiones, el informe de los administradores suele justificar la propuesta de supresión sobre la base de una serie de consideraciones vinculadas con la propia naturaleza del instrumento.

Así, en primer lugar, hay que señalar que los instrumentos AT1 son instrumentos complejos, ya que su computabilidad como tales exige que participen de determinadas características (instrumentos perpetuos, con remuneración discrecional y no cumulativa, contingentemente convertibles, etc.) que los hacen inidóneos para inversores minoristas (tipología inversora presente en la mayoría de los bancos españoles). Excluir el derecho de suscripción preferente permite dirigir este tipo de instrumentos al mercado adecuado, esto es, clientes profesionales y contrapartes elegibles.

En relación con lo anterior, la exclusión del derecho de suscripción preferente permite acometer la operación con más rapidez y con ello aprovechar las oportunidades favorables del mercado reduciéndose la exposición a la volatilidad del mismo.

Además de estos motivos, se suelen traer a colación otros, tales como, (i) la protección que para el accionista supone la relación variable de conversión vinculada a la cotización de la acción, con un precio mínimo (lo que asegura que la emisión de nuevas acciones se hará a valor de mercado o, lo que es incluso mejor para el accionista, a un valor superior), y (ii) la baja probabilidad de conversión.

IV. Los instrumentos de capital desde la perspectiva del mercado de valores

1. Oferta pública y emisiones en mercados regulados

La emisión y distribución de AT1s y T2s en formato de obligaciones, sean convertibles o simples, debe respetar la normativa del mercado de valores.

En este sentido, si estos instrumentos se van a ofertar al público en la Unión Europea y/o se va a solicitar su admisión a cotización en mercados regulados de la misma, el emisor deberá publicar un folleto conforme a los requisitos establecidos en el Reglamento 2017/1129 (el "**Reglamento de Folletos**") y el Reglamento Delegado 2019/980 en lo que respecta al formato, el contenido, el examen y la aprobación del folleto. El folleto debe incluir la información necesaria para que el inversor pueda hacer una evaluación informada del emisor y los valores.

El concepto de mercado regulado se define en el artículo 4, apartado 1, punto 21, de la Directiva 2014/65/UE. Por su parte, el Reglamento de Folletos define una oferta pública como una "comunicación a personas, de cualquier forma y por cualquier medio, que presenta información suficiente sobre los términos de la oferta y los valores que se ofertan de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de dichos valores". Sin embargo, se establecen diversas excepciones que se recogen en los artículos 1(4) y 3(2) del referido Reglamento, que establecen que la obligación de publicar un folleto no será de aplicación a ninguno de los siguientes tipos de ofertas:

(i) una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados;

(ii) una oferta de valores dirigida a menos de 150 personas físicas o jurídicas por un Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados;

(iii) una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada;

(iv) una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea, al menos, 100.000 euros; y

(v) una oferta de valores por un importe total en la Unión Europea inferior a 5.000.000 euros, lo que se calculará en un período de 12 meses.

Quedan por tanto exentas de la obligación de publicar un folleto y cumplir con las exigencias del Reglamento de Folletos aquellas emisiones que coticen en mercados no regulados y no se consideren oferta pública.

2. Emisiones bajo programa de emisión

Las entidades de crédito suelen preparar programas de emisión (sirva como ejemplo paradigmático el programa *Euro Medium Term Notes* o EMTN, por su acrónimo en inglés) para sus emisiones de obligaciones senior, subordinadas y de otros pasivos admisibles (como la deuda senior no preferente o *senior non-preferred*) e instrumentos de capital de nivel 2, sin perjuicio de que sería posible que estos instrumentos se emitieran sin el amparo de un folleto de base, en forma de emisión singular.

La práctica habitual de mercado es que los T2s coticen en mercados regulados. Por ello, los programas se preparan como folletos de base de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de Folletos y su normativa de desarrollo y son presentados a la autoridad competente para su aprobación. Una vez aprobados son publicados y puestos a disposición del público.

La validez del folleto de base es de doce meses desde su aprobación, por lo que es necesario que se actualice anualmente. Además, se debe completar el contenido del folleto con la publicación de suplementos en los que se comunique al mercado, sin demoras injustificadas, cualquier nuevo factor significativo, error material o inexactitud grave relativo a la información incluida en el folleto que pueda ser relevante. Resulta frecuente que las entidades de crédito mantengan actualizados sus programas de emisión de forma ininterrumpida. Esto permite a los emisores tener un acceso relativamente rápido a los mercados de capitales y poder emitir obligaciones en un corto plazo de tiempo, con lo que pueden aprovechar las ventanas de liquidez que ofrece el mercado y conseguir mejores condiciones de financiación. Esto ocurre porque para proceder con la emisión, el emisor únicamente habrá de completar las condiciones finales con los detalles de los valores y registrarlas con el mercado regulado donde vayan a cotizar los valores.

3. Emisiones *stand-alone*

Los AT1s, por el contrario, no se emiten bajo programa, sino en emisiones singulares, habida cuenta de su complejidad.

Si la intención es que los AT1s coticen en un mercado regulado, como es el caso de AIAF, se debe preparar un folleto que cumpla con los requisitos del Reglamento de Folletos.

Por el contrario, si cotizan en mercados no regulados, estas exigencias no resultan de aplicación. Los mercados no regulados tienen requisitos de información propios que varían en función del mercado. Así, el *Global Exchange Market* de *Euronext Dublin*, donde han cotizado AT1s algunas entidades de crédito españolas, exige obligaciones de información muy similares a las que establece el

Reglamento de Folletos. En cambio, en otros mercados no regulados como el *Global Market* (*Freiverkehr*) de Frankfurt, la información requerida no es tan exhaustiva y resulta suficiente con presentar los términos y condiciones de los valores y cierta información financiera, sin que resulte necesario publicar otra información relacionada con la emisión.

4. La emisión de capital regulatorio en formato préstamo

Si bien CRR 2 ha eliminado de su clausulado las referencias expresas a la posibilidad de que los instrumentos de capital de nivel 2 revistan formato préstamo, tal vez para simplificar la redacción del artículo 63 y alinearlo con la del 52, no parece haber obstáculo alguno en CRR 2 para que los instrumentos de capital se documenten en formato préstamo, de hecho esta posibilidad queda claramente recogida en el expositivo 24 de CRR 2.

Si bien por razones evidentes no se ha optado en la práctica por la emisión de AT1s en formato préstamo, no es infrecuente en cambio que la emisión de instrumentos de capital de nivel 2 revista dicho formato cuando su propósito es el de computar a los efectos del requisito de MREL interno (de aplicación a entidades del grupo de resolución que no son ellas mismas entidad de resolución y que explicamos en la sección final del presente trabajo). De nuevo las razones parecen evidentes, siendo el formato indiferente a estos de la normativa, parece lógico optar por el formato de emisión más sencillo posible.

V. Los instrumentos de capital en la normativa de resolución (BRRD)

1. Introducción a la normativa de resolución

El paquete normativo CRD/CRR al que venimos aludiendo en este trabajo tiene como propósito fundamental reforzar los requisitos prudenciales y de supervisión de las entidades.

Por su parte, la normativa de resolución (contenida en BRRD y su normativa de transposición en España[6]) complementa el marco anterior estableciendo mecanismos para abordar una posible crisis de forma temprana y, si la crisis persiste, para resolver la entidad de forma ordenada sin perjudicar al sistema financiero en su conjunto y, por extensión, a la economía real.

Ambos marcos normativos son pues complementarios: mientras el primero refuerza la solvencia de las entidades para evitar su resolución, el segundo mitiga el impacto de la misma si ésta acontece o amenaza con hacerlo.

6 Fundamentalmente contenida en (i) la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (la "**Ley 11/2015**") que, al tiempo de la publicación de este trabajo, se encuentra en trámite de reforma para implementar (en parte) las modificaciones introducidas por BRRD 2 y (ii) el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por el que se modifica el Real Decreto 2606/1996, de 20 de diciembre, sobre fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito.

El marco actual de resolución hunde sus raíces en las lecciones de la crisis financiera de 2007. Como consecuencia de la misma, y más allá de la profunda revisión llevada a cabo en la normativa de solvencia a la que hemos venido aludiendo en este trabajo, las autoridades de los Estados desarrollados tomaron también conciencia de la importancia de contar con mecanismos regulatorios que permitiesen afrontar procesos de inviabilidad de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión de una forma temprana y ágil, con el objetivo de causar el menor perjuicio posible al sector financiero en su conjunto. En este sentido, una de las enseñanzas de la crisis financiera fue que los procedimientos de insolvencia no son siempre apropiados para este tipo de entidades, pues no garantizan la celeridad suficiente ni la continuidad de las funciones esenciales de las entidades.

Así, con el fin último de preservar el interés público, evitar el impacto en el contribuyente como consecuencia de rescates efectuados con fondos públicos y, en última instancia, la salvaguarda de los depositantes, se creó el mecanismo de resolución. Este régimen de resolución es de aplicación a entidades inviables o respecto de las que exista la probabilidad de que lo vayan a ser, y respecto de las que, por razones de interés general o estabilidad financiera, no proceda su liquidación concursal ordinaria.

La normativa de resolución se articula en torno a función supervisora y una función resolutoria. Mientras que la función supervisora persigue facilitar la continuidad de las funciones esenciales de la entidad por medio de una intervención temprana en la misma, la función de resolución se centra en la liquidación ordenada de la entidad (o las partes de la misma que sean inviables) con el menor impacto posible en la estabilidad financiera global.

2. Los instrumentos de resolución y la facultad de amortización o conversión de instrumentos de capital pertinentes

La resolución de una entidad debe iniciarse cuando la autoridad correspondiente determine que una entidad es inviable o exista la probabilidad de que lo vaya a ser.

En caso de que proceda la resolución, la normativa establece una serie de instrumentos de resolución, como son: (i) la venta de negocio; (ii) la entidad puente; (iii) la segregación de activos; y (iv) el instrumento de recapitalización interna. Con carácter general, las autoridades de resolución pueden aplicarlos individualmente, salvo el de segregación de activos, o en cualquier combinación.

De entre todos estos instrumentos, merece especial atención el instrumento de recapitalización interna o *bail-in*. En contraposición con el esquema *bail-out*, (que basa la resolución de este tipo de entidades en el uso de fondos públicos) este instrumento articula un régimen en virtud del cual serán los propios accionistas y acreedores de la entidad los que absorban sus pérdidas. De este modo, la entidad en cuestión podrá recapitalizarse y volver a cumplir las condiciones

para continuar sus actividades, o convertir en capital o reducir el principal de los créditos o instrumentos de deuda transmitidos a otras entidades al aplicar otros instrumentos de resolución (como son la segregación de activos o la venta de negocio).

La normativa de resolución establece que cuando una entidad se ajuste a las condiciones de resolución y la autoridad de resolución decida aplicar a aquella un instrumento de resolución, antes de aplicar el citado instrumento deberá ejercer la facultad de amortización o de conversión respecto de los instrumentos de capital pertinentes (esto es, los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y los instrumentos de capital de nivel 2 objeto del presente trabajo) y los pasivos admisibles (*eligible liabilities*), esto es, aquellos pasivos no expresamente excluidos de la recapitalización interna, como son los depósitos garantizados o las deudas contraídas con empleados.

Esta amortización o conversión deberá realizarse de conformidad con la prioridad concursal correspondiente, de forma que se respete uno de los principios de la normativa de resolución (conocido como *no creditor worse-off principle*), en virtud del cual ningún accionista ni acreedor deberá soportar pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal (el principio "**NCWO**", por su acrónimo en inglés).

Estos instrumentos deben pues reducirse en su totalidad o ser convertidos en instrumentos de capital de nivel 1 ordinario, con la prioridad citada, antes de que se adopte cualquier otra medida de resolución.

3. Los requisitos de fondos propios y pasivos admisibles: el requisito MREL

A fin de garantizar que las entidades contasen con instrumentos elegibles suficientes para absorber pérdidas y hacer frente a potenciales requerimientos de recapitalización interna, BRRD estableció en 2014 unos requisitos mínimos de fondos propios y pasivos admisibles de aplicación a todas las entidades establecidas en la UE, el requisito MREL, a cuyo efecto son elegibles los instrumentos de capital objeto del presente trabajo. El requisito MREL se calculan de forma complementaria a las ratios de solvencia exigibles al amparo de la normativa CRD/CRR y, a partir de BRRD2, por referencia a la misma.

Con posterioridad se produjo la aprobación del estándar TLAC. En este sentido, aún con similar espíritu, la regulación de MREL contenida en BRRD era sensiblemente distinta al estándar TLAC. El estándar TLAC afecta exclusivamente a las entidades de importancia sistémica mundial, independiente de su localización, y establece un requerimiento mínimo común para todas ellas: al menos un 18% de los activos ponderados por riesgo deberán estar cubiertos, con carácter general, por instrumentos subordinados (capital, deuda subordinada y deuda senior no preferente). La regulación de MREL contenida en BRRD, por el contrario, era exigible a todas las entidades ubicadas en la UE, no contemplaba un mínimo general

(sino que su cálculo se fijaba ad hoc por las autoridades de resolución para cada entidad) y no contemplaba inicialmente un requisito de subordinación (esto es, que una parte del MREL se satisfaga con instrumentos subordinados a los excluidos de *bail-in*).

Tan solo dos años después de la aprobación de BRRD, la Comisión Europea consideró conveniente la revisión del requisito de MREL para alinearlo con el estándar TLAC, y subsanar también las deficiencias en el régimen de recuperación y resolución detectadas desde la originaria BRRD.

BRRD2 alinea el requisito de MREL europeo al estándar TLAC, si bien ha ido un paso más allá, al fijar niveles mínimos de MREL y subordinación a entidades distintas de las EISM.

Si bien las normas correspondientes son complejas, los requisitos de MREL en BRRD2 pueden resumirse en función de los distintos tipos posibles de entidades de resolución, como sigue:

(i) un mínimo de MREL de Pilar 1 aplicable a las EISM (de conformidad con el estándar TLAC), pero también aplicable a otras entidades relevantes, como las integradas en un grupo de resolución con activos de más de 100 billones de euros u otras con relevancia sistémica (junto con las EISMs, las "**Entidades Relevantes**"), calculado por referencia tanto a sus activos ponderados por riesgo como a su nivel de apalancamiento y sujeto a un requisito de subordinación (es decir, la obligación de que una parte del MREL de Pilar 1 equivalente, con carácter general, al 8% de sus pasivos y fondos propios totales (TLOF) se satisfaga con instrumentos subordinados);

(ii) un requisito específico adicional de pilar 2 de MREL para las Entidades Relevantes, que a su vez también contempla una posibilidad de subordinación, con límites; y

(iii) el mantenimiento del régimen de pilar 2 (esto es, un MREL ad hoc por entidad, sin fijos pre-establecidos de Pilar 1) para las restantes entidades (respecto de las que no existe una obligación de subordinación, sin perjuicio de que pueda ser exigida por las autoridades de resolución para las entidades de resolución)[7].

En relación con plazos de aplicación, BRRD2 ha establecido un calendario escalonado que prevé como fecha límite, con carácter general, el 1 de enero de 2024 para que las entidades den cumplimiento a los requisitos actualizados de MREL. No obstante, será a partir de enero de 2022 cuando deban comenzar a alcanzarse ratios intermedios de MREL de conformidad con el nuevo criterio de cálculo.

7 Hay también requisitos específicos para filiales materiales de la UE de EISM de fuera de la UE.

4. El MREL externo y el MREL interno

La normativa de resolución distingue entre entidades de resolución y entidades que no son entidades de resolución. A la vista de la proliferación en el mercado de grupos transfronterizos se contemplan dos estrategias de resolución, la estrategia de activación única (*single point of entry* o "**SPE"**), y la estrategia de activación múltiple (*multiple point of entry* o "**MPE**").

En virtud de la primera, únicamente una entidad del grupo (con carácter general, la matriz) es objeto de resolución, mientras que las otras entidades del grupo (habitualmente las filiales operativas) trasladan sus pérdidas a dicha entidad. De conformidad con la segunda, hay más de una entidad objeto de resolución dentro de un mismo grupo, siendo cada una de estas sociedades una "entidad de resolución" en sí misma.

Como regla general, las sociedades identificadas como entidades de resolución (que son aquellas que pueden ser objeto de aplicación de uno de los instrumentos de resolución previstos), deben estar sujetas al requisito de MREL solo a nivel del grupo de resolución consolidado. Esto se conoce como "MREL externo", en virtud del cual estas entidades están obligadas a emitir elementos e instrumentos admisibles destinados a acreedores externos, que serán los afectados en la aplicación de la recapitalización interna.

BRRD2 ha introducido el denominado "MREL interno", que afecta a las entidades que no tengan el carácter de entidad de resolución ("**NREs**"). Este tipo de entidades deben cumplir con los requisitos de MREL a nivel individual, si bien pueden quedar exceptuadas de este requisito o cumplirlo con garantías de la matriz, cuando tanto la NRE como su matriz estén ambas en el mismo Estado miembro y pertenezcan al mismo grupo de resolución. Las necesidades de recapitalización y de absorción de pérdidas de estas entidades serán cubiertas por sus respectivas entidades de resolución, sin necesidad pues de poner a las NREs en resolución.

Los instrumentos de capital de nivel 1 ordinario y de nivel 2 serán admisibles también a efectos del requisito de MREL interno cuando se emitan a favor de entidades del mismo grupo de resolución y sean adquiridos por ellas o cuando se emitan a favor de entidades no incluidas en el mismo grupo de resolución y sean adquiridos por ellas, siempre que el ejercicio de la facultad de amortización o conversión no afecte al control de la filial por parte de la entidad de resolución[8].

Con el propósito general de alinear la subordinación de créditos concursales con la jerarquía de absorción de pérdidas en caso de resolución en aplicación del principio NCWO, el anteproyecto de ley de transposición (parcial) de BRRD2 en España (aún pendiente de aprobación, a pesar de que la fecha límite expiró el 28 de diciembre de 2020) modifica la Disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/2015. Entre otras modificaciones, y en relación con lo que interesa a los efectos del presente trabajo, conviene hacer notar que se modifica la citada disposición adicional para que los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y los

8 Además, los pasivos admisibles a efectos del MREL interno deben ser *junior* a los demás pasivos de la entidad.

instrumentos de capital de nivel 2 sean posteriores en el orden de prelación a los restantes créditos subordinados incluidos en el artículo 218 del texto refundido de la Ley Concursal. Entendemos que con esta aclaración se evita que la subordinación *ope legis* que opera cuando este tipo de instrumentos son suscritos por la matriz, por su condición de persona relacionada, los convierta en *pari passu* entre sí y con los restantes créditos de personas relacionadas (y con ello, el riesgo de que se considere que no se cumple el requisito de que los instrumentos de capital de nivel 1 adicional sean junior a los instrumentos de capital de nivel 2 y el de que estos a su vez sean junior a los "pasivos admisibles").

VI. Conclusión

Como hemos analizado en este trabajo, los instrumentos de capital de nivel 1 adicional (AT1s) y de nivel 2 (T2s) que cumplan ciertos requisitos computan a los efectos de las exigencias de capital que impone tanto la normativa de solvencia como la de resolución de entidades de crédito. Debido a que, en principio, el coste de estos instrumentos debería ser algo menor al del capital social (y además, al tiempo de su emisión no se produce dilución de los accionistas del emisor), este tipo de instrumentos de capital viene desempeñando desde 2013 un papel significativo en la recapitalización de las entidades de crédito en España.

Sin embargo, el progresivo desarrollo normativo que ha experimentado el sector bancario en relación con la normativa de solvencia y resolución hace que converja en estos instrumentos un significativo volumen de normativa dispar y compleja, haciendo de ellos unos instrumentos complejos y altamente regulados, cuya emisión y suscripción exige un profundo conocimiento de la misma por todas las partes implicadas.

Si bien continuaremos asistiendo a un importante volumen de emisión de estos instrumentos en los próximos años, también veremos cómo su configuración continúa siendo objeto de escrutinio al efecto de identificar posibles áreas de mejora. En este sentido, ya hay voces que cuestionan aspectos tales como la verdadera capacidad de los AT1s para absorber pérdidas con carácter previo a la resolución por estar fijada la conversión o amortización en una ratio de CET1 que consideran insuficiente. Por otra parte, los AT1s que prevén amortización (y no conversión) o conversión con efecto dilutivo mínimo también pueden incentivar una asunción de riesgo excesiva. Por estos y otros motivos, no cabe duda alguna de que, a pesar de la innegable utilidad de estos instrumentos, la reciente modificación de su regulación operada por CRR2 no será la última.

El nuevo régimen económico de energías renovables: aspectos esenciales de las nuevas subastas renovables

Ana Cremades Leguina
Socia de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

I. Introducción **50**

II. Necesidad de nuevas subastas **51**

III. Principales aspectos del nuevo marco retributivo de energías renovables **53**

1. Análisis del apartado 7bis del artículo 14 de la LSE 53
2. Análisis del nuevo régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica 57

IV. Conclusión **67**

Índice/

Resumen: En este artículo analizamos las principales características del nuevo régimen económico de energías renovables que será objeto de adjudicación mediante las subastas que se convoquen por el Gobierno para el fomento de las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. En particular, analizaremos tanto la reforma legislativa que ha permitido la inclusión de este nuevo régimen retributivo como su desarrollo reglamentario, haciendo especial referencia a los objetivos perseguidos por el mismo.

Abstract: In this article, we analyse the main features of the new economic system for renewable energies that will be awarded through auctions to be held by the Government to promote the development of electricity generation facilities powered by renewable energy. In particular, we analyse both the legislative reforms that have allowed the introduction of this new system of tariffs and its regulatory development, focusing on the objectives sought by the new system.

Palabras clave: Subastas, instalaciones renovables, régimen retributivo específico, PNIEC, régimen económico de energías renovables.

Keywords: Auctions, renewable facilities, specific system of tariffs, PNIEC (National Integrated Energy and Climate Plan), economic system for renewable energies.

El nuevo régimen económico de energías renovables: aspectos esenciales de las nuevas subastas renovables

I. Introducción

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y otros ámbitos para la reactivación económica ("**RDL 23/2020**"), introdujo la reforma legislativa necesaria para permitir el otorgamiento, a través de subastas, de un nuevo régimen retributivo a las instalaciones de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

Así, en línea con lo establecido en el Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética (y anticipando la entrada en vigor de su contenido), se incluyó un nuevo artículo 7 bis dentro del artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico ("**LSE**"), por el que se habilitaba al Gobierno para desarrollar reglamentariamente un nuevo marco retributivo para la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable[1].

Este nuevo marco retributivo está basado en el reconocimiento a largo plazo de un precio fijo por la energía, es adicional o alternativo al ahora existente[2] y, como señala el citado precepto, persigue el objetivo de favorecer la previsibilidad y estabilidad en los ingresos y financiación de las nuevas instalaciones renovables que se construyan.

Como decíamos, la introducción de un nuevo apartado 7 bis dentro del artículo 14 de la LSE, destinado a la regulación de la retribución de actividades, constituye la habilitación legal necesaria para que el Gobierno pueda desarrollar reglamentariamente este marco retributivo basado en el reconocimiento a largo plazo de un precio fijo por la energía generada. De esta manera, las características esenciales del nuevo marco retributivo se contienen en el precepto legal, sin perjuicio de que será el marco reglamentario a desarrollar por el Gobierno el que concrete y detalle el nuevo mecanismo.

Pues bien, este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por el Real Decreto 960/2020, de 3 de noviembre, por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica ("**RD 960/2020**"), complementándose con la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre, por la que se regula el primer mecanismo de subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables y se establece el calendario indicativo para el periodo 2020-2025 ("**OM 1161/2020**").

El presente artículo tiene por objeto analizar, sobre la base de las normas citadas, los principales aspectos de este nuevo marco retributivo para la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, que será objeto de adjudicación a través de las subastas renovables que se convoquen por el Gobierno[3].

1 Debe notarse que el Proyecto de Ley de Cambio Climático fue aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de mayo de 2020, remitiéndolo al Parlamento para su tramitación y aprobación, encontrándose en la fecha de publicación del presente artículo en fase de tramitación parlamentaria. En dicho Proyecto de Ley se prevé la introducción de un nuevo apartado 7bis al artículo 14 de la LSE en términos muy similares a la redacción introducida por el RDL 23/2020. Las únicas diferencias que cabe apreciar entre a redacción propuesta en el Proyecto de Ley y la finalmente introducida por el RDL 23/2020 son dos: (i) se permite que se puedan hacer convocatorias diferenciadas para las comunidades de energías renovables; y (ii) se permite que pueda prescindirse del procedimiento de concurrencia en la asignación de régimen retributivo a instalaciones de pequeña magnitud y proyectos de demostración. Debe igualmente destacarse que en la versión final del Proyecto de Ley ha desaparecido la previsión contenida en redacciones anteriores por la que se establecía la obligación de realizar cada año convocatorias de régimen retributivo para al menos 3.000 MW de instalaciones renovables.

2 El denominado Régimen Retributivo Específico para fomentar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos regulado en el apartado 7 del artículo 14 LSE y desarrollado por el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos ("**RD 413/2014**").

II. Necesidad de nuevas subastas

Antes de entrar en el análisis del nuevo mecanismo retributivo propuesto por el Gobierno, resulta útil contextualizar la situación de mercado existente en el momento de su aprobación.

En concreto, una de las principales cuestiones que, antes de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 se planteaba en relación con la generación eléctrica a partir de energías renovables, era la relativa a las perspectivas en relación con futuras subastas.

Esta cuestión se planteó aún con más fuerza tras la situación creada por la pandemia y, es especial, por el escenario de importante bajada de la demanda eléctrica y, en consecuencia, de los precios del mercado a la que asistimos durante la vigencia del estado de alarma.

La volatilidad de los precios del mercado eléctrico unida a la amenaza de la denominada "canibalización" de los precios por la incorporación masiva de generación eléctrica renovable, puede llevar a que se reduzcan o al menos se dificulten las inversiones en desarrollos renovables que vayan a percibir por su energía únicamente el precio de mercado (proyectos merchant), lo que lleva al planteamiento del debate sobre la necesidad de convocatoria de subastas para alcanzar los objetivos señalados por el Gobierno en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima ("**PNIEC**").

En este sentido, debe recordarse que, en materia de generación renovable, el objetivo señalado por el PNIEC para el año 2030 supone una aspiración de un 74% de energía renovable en la generación eléctrica y un 42% de renovables sobre el uso final de la energía (frente al 20% actual), todo ello dentro del objetivo final de alcanzar un sector eléctrico 100% renovable en el año 2050.

Ello supone, según las cifras del PNIEC, que durante el periodo 2021-2030 se prevea la instalación de una capacidad adicional de generación eléctrica renovable de 59 GW, lo que implica la instalación de cerca de 5.000 MW/año de nueva capacidad.

La traducción en cifras de lo anterior supone que, para alcanzar el objetivo a 2030, se prevea una necesidad de inversión de 91.765 millones de euros de origen esencialmente privado.

Y es este elevado importe de inversión privada lo que determina el planteamiento de la cuestión relativa a la necesidad de que por el Gobierno adopte instrumentos que favorezcan esta atracción de capital privado, siendo uno de ellos la convocatoria de subastas, como mecanismo para reducir la exposición de la generación eléctrica renovable a las fluctuaciones del mercado, facilitando de esta manera el acceso a la financiación para los proyectos en desarrollo.

3 Debe notarse que en el BOE de 12 de diciembre de 2020 se publica la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se convoca la primera subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre.

Está cuestión ha sido abordada en el PNIEC a través de sus diferentes medidas. Entre dichas medidas, se señala de manera específica la convocatoria de subastas para la asignación de un régimen retributivo específico para lo que denomina tecnologías maduras, sobre la base de mecanismos de concurrencia competitiva, indicando que dichos mecanismos serán "como los procedimientos de subastas iniciados en España a partir de 2015, con las adaptaciones que sean necesarias para mejorar su eficiencia y eficacia".

Para las tecnologías que no han alcanzado el suficiente grado de madurez tecnológica (energías del mar o eólica marina en aguas profundas), prevé lo que denomina "programas específicos para tecnologías en desarrollo" y también contempla programas específicos de subastas para territorios extrapeninsulares, en especial, para aquellas tecnologías que puedan aportar garantía de potencia.

Asimismo, se establece un calendario plurianual para la convocatoria de subastas para la asignación de un régimen retributivo específico a los proyectos de renovación tecnológica (tanto remaquinación como repotenciación) de instalaciones renovables que hayan agotado su vida útil.

No obstante, como es sabido, el PNIEC tiene un carácter meramente programático y no será vinculante en tanto las medidas del mismo no sean objeto del oportuno desarrollo legal o reglamentario.

Así, el primer instrumento para la plasmación de estas medidas aparece en el artículo 2 del RDL 23/2020 que, bajo la rúbrica "desarrollo ordenado de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables", introduce un nuevo apartado 7 bis al artículo 14 de la LSE y supone la habilitación legal al Gobierno para el desarrollo de un nuevo marco retributivo para instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

La utilización del real decreto-ley como instrumento normativo para introducir esta reforma exige que se justifique, ex artículo 86 de la Constitución Española, la extraordinaria y urgente necesidad de la misma, y así trata de hacerse en la parte expositiva de la norma.

Para ello, la parte expositiva de la norma, parte de definir el nuevo mecanismo de concurrencia competitiva para proyectos de energía renovable, como un instrumento "que permitirá dotar a estas tecnologías de un marco retributivo predectible y estable", añadiendo que las futuras subastas cumplirán con un triple objetivo ya que "que permitirán avanzar hacia la descarbonización de la economía, impulsando las inversiones y reduciendo el coste de la energía eléctrica".

En este contexto, se alude a la urgencia de alcanzar los compromisos europeos e internacionales asumidos por España relacionados con el desarrollo de proyectos renovables, y que se traducen en los objetivos plasmados en el PNIEC. Así, se señala que "en el periodo 2020-2022 el parque renovable deberá aumentar aproximadamente 12.000 MW y para el periodo 2020-2025 en el entorno de 29.000 MW,

de los que aproximadamente 25.000 MW se corresponden con tecnología eólica y fotovoltaica". Sobre la base de lo anterior, se concluye que "a la vista de los objetivos definidos en el PNIEC 2021-2030 y teniendo en cuenta el largo periodo de maduración de los proyectos de tecnologías renovables, así como la reducción de costes experimentada por estas tecnologías, se evidencia la urgente necesidad de establecer nuevos mecanismos de impulso que permitan dotar a las instalaciones renovables de un marco retributivo predecible y estable, de forma que se favorezca su desarrollo".

De una manera más explícita, en el expositivo IX de la norma se aborda la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad de todas y cada una de las medidas contenidas en el RDL 23/2020, y entre ellas, las medidas relativas al desarrollo de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, en dónde, según la norma, la urgencia "responde a la carencia de un marco normativo que proporcione seguridad y certeza a las inversiones necesarias en este sector, haciendo previsible la financiación indispensable en este tipo de proyectos, permitiendo así alcanzar los compromisos adquiridos en esta materia".

En línea con lo anterior, continúa señalando la norma que, "es urgente el establecimiento de un marco económico previsible y seguro, que haga posible el desarrollo acelerado de proyectos de generación eléctrica renovable, que además permita trasladar a los consumidores de forma anticipada los ahorros en los costes de producción de energía eléctrica y aporte certidumbre a toda la cadena de valor de la industria asociada, evitando periodos de carencia que dificultan y amenazan la permanencia en el territorio de las empresas y sectores implicados".

Por último, se alude al plazo necesario para la puesta en marcha de una instalación de generación renovable (que para las instalaciones adjudicatarias de subastas del año 2017 fue de 30 meses) así como a la limitación ligada al desabastecimiento del mercado en toda la cadena de valor de la promoción renovable, lo que, según la norma "impide la construcción de importantes volúmenes de nueva potencia renovable en un reducido espacio temporal, no siendo posible de este modo postergar la entrada gradual de nueva potencia en el sistema", ya que dicho retraso "conllevaría no solo no alcanzar los objetivos fijados para el año 2022, sino tampoco los de los años sucesivos".

III. Principales aspectos del nuevo marco retributivo de energías renovables

1. Análisis del apartado 7bis del artículo 14 de la LSE

Analizada la justificación del nuevo mecanismo, tanto desde el punto de vista de los objetivos a conseguir como desde el punto de vista de la extraordinaria y urgente necesidad, procede ahora analizar los aspectos esenciales del mismo.

Para ello, debemos partir de lo dispuesto en el apartado 7 bis del artículo 14 de la LSE, que establece los mimbres esenciales del nuevo régimen retributivo, sobre la base de los cuales debe construirse el desarrollo reglamentario del Gobierno.

Así, atendiendo al tenor literal del citado precepto, cabe destacar como aspectos esenciales del régimen los siguientes:

(i) Se trata de un régimen adicional o alternativo al actualmente existente, que no queda derogado. De esta manera, el régimen retributivo específico regulado en el apartado 7 del artículo 14 LSE ("**RRE**") continúa en vigor siendo técnicamente posible la convocatoria de subastas al amparo del mismo. No obstante, no parece que esta sea la intención del Gobierno atendiendo a lo dispuesto en la parte expositiva del RDL 23/2020, en la que específicamente se indica que la necesidad de habilitar nuevos sistemas de apoyo para las tecnologías renovables, radica en el hecho de que el régimen retributivo existente "no permite trasladar a los consumidores la reducción de los costes de generación"[4] [5].

(ii) El objetivo del nuevo marco retributivo es favorecer la previsibilidad y estabilidad en los ingresos y financiación de las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable que se construyan.

La referencia expresa que se contiene en el tenor literal del artículo a "nuevas instalaciones que se construyan", permite a nuestro juicio

---

4 En concreto, dentro del apartado II de la parte expositiva del RDL 23/2020 se señala lo siguiente: "El artículo 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece que, excepcionalmente, el Gobierno podrá establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables mediante una retribución adicional a los ingresos por la venta de la energía en el mercado. **Este régimen retributivo se apoya en la premisa de que el coste de generación de las instalaciones renovables es superior a los ingresos que obtienen por la venta de la energía que generan**. Sin embargo, **el desarrollo tecnológico ha permitido que ciertas tecnologías generen energía eléctrica con costes inferiores al precio de mercado. En estos casos, el régimen retributivo específico existente no permite trasladar a los consumidores la reducción de los costes de generación**.
Por lo anterior, es necesaria una norma con rango legal, que habilite expresamente al Gobierno a establecer nuevos sistemas de apoyo para las tecnologías renovables, coherente con la evolución tecnológica y económica de estas tecnologías y que traslade directamente los ahorros al consumidor de electricidad." [Énfasis añadido.]

---

5 En esta misma línea, se alude a la experiencia internacional para justificar la necesidad de un mecanismo distinto del actualmente vigente. Así se indica que: "Por otra parte, en los últimos tiempos se han implementado en países de nuestro entorno mecanismos de concurrencia competitiva similares a los planteados en este real decreto-ley, con resultados satisfactorios, que reflejan un precio por unidad de energía generada notablemente inferior a los precios registrados en el mercado eléctrico. La traslación de estos ahorros económicos al consumidor en general y a la industria en particular, resulta urgente a efectos de no poner obstáculos en la competitividad de la economía española."

concluir que la intención del legislador es que este mecanismo esté vinculado a la existencia de una nueva inversión, sin que el mismo pueda ser aplicable a instalaciones ya existentes. Sin perjuicio de lo anterior, parecería razonable entender que en aquellos casos en los que en las instalaciones existentes se acometa una nueva inversión, como puede ser en el caso de repotenciación o hibridación[6], se permita acceder al nuevo mecanismo de retribución para facilitar la financiación de la nueva inversión. Así lo han entendido tanto el RD 960/2020 como la OM 1161/2020 tal y como posteriormente analizaremos.

(iii) Está circunscrito a instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, por lo que a diferencia de lo que sucede con el RRE, no se incluyen dentro de su ámbito de aplicación las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia y residuos.

(iv) Está basado en el reconocimiento a largo plazo de un precio fijo por la energía.

Se trata de un mecanismo de retribución similar a los contratos bilaterales de compraventa de energía ("**PPA**", por sus siglas en inglés *power purchase agreement*) y que se diferencia sustancialmente del actual RRE que, tal y como establece el apartado 7 del artículo 14 de la LSE, se configura como un régimen retributivo adicional a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, que está compuesto por (i) un término por unidad de potencia instalada (retribución a la inversión o "**RI**") que cubre, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado; y (ii) un término a la operación (retribución a la operación o "**RO**") que cubre, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo.

El RRE exige, además, que la retribución percibida (i) no sobrepase el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado; y que (ii) permita obtener una rentabilidad razonable referida a la instalación tipo en cada caso aplicable.

(v) Su otorgamiento se realiza mediante procedimientos de concurrencia competitiva, en los que (i) el producto a subastar será la energía eléctrica, la potencia instalada o una combinación de ambas; y (ii) la variable sobre la que se ofertará será el precio de retribución de dicha energía.

6 Debe tenerse en cuenta que otras de las principales medidas adoptadas por el RDL 23/2020 es permitir la hibridación de las instalaciones de generación existente. De esta manera, se permite que puedan optimizarse los permisos de acceso mediante la hibridación de instalaciones de generación ya existentes de cualquier tecnología con nuevos módulos de generación renovable. Esta hibridación de instalaciones existentes supone necesariamente una nueva inversión que es lógico que pueda acceder al nuevo mecanismo de retribución.

Aquí radica otra de las diferencias sustanciales entre el nuevo mecanismo retributivo y el RRE. Si bien es cierto que en ambos casos el otorgamiento de la retribución se efectúa mediante procedimientos de concurrencia competitiva (subastas), en el RRE el producto a subastar es la potencia instalada con derecho a la percepción del régimen retributivo, y la variable sobre la que se oferta es un porcentaje de reducción del valor estándar de la inversión inicial de la instalación tipo de referencia aplicable.

(vi) En los procedimientos de concurrencia competitiva, que deberán estar orientados a la eficiencia de costes, se permite diferenciar entre tecnologías de generación en función de sus características técnicas, niveles de gestionabilidad, criterios de localización, madurez tecnológica y aquellos otros que garanticen la transición hacia una economía descarbonizada, así como tener en cuenta las particularidades de las comunidades de energías renovables[7] para que estas puedan competir por el acceso al marco retributivo en nivel de igualdad con otros participantes, de acuerdo con la normativa de la Unión Europea.

Se introduce, por tanto, la posibilidad de convocar subastas que no sean tecnológicamente neutras, siempre que ello se ajuste a la normativa de la Unión Europea. Esta referencia a la normativa de la Unión Europea debe entenderse hecha a la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables ("**Directiva 2018/2001**").

En concreto, el artículo 4 de la citada Directiva 2018/2001, bajo la rúbrica "Sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables", señala en su apartado 5 que los Estados miembros podrán limitar los procedimientos de licitación a determinadas tecnologías cuando la apertura de los sistemas de apoyo a todos los productores de electricidad procedente de fuentes renovables diese lugar a resultados subóptimos, habida cuenta de: (i) el potencial a largo plazo de una tecnología específica; (ii) la necesidad de diversificación; (iii) los costes de integración de la red; (iv) las limitaciones y la estabilidad de la red; y (v) en el caso de la biomasa, la necesidad de prevenir distorsiones en los mercados de materias primas.

(vii) Por último, en línea con lo que señala el apartado 4 de la Directiva 2018/2001, se permite eximir de los procedimientos de concurrencia competitiva para el otorgamiento del mecanismo retributivo a las instalaciones de pequeña magnitud y proyectos de demostración. En estos casos, señala la norma que se podrá utilizar como referencia retributiva el resultado de dichos procedimientos, garantizándose la orientación a la eficiencia en costes.

7 La definición de comunidades de energía renovables, como figura que tiene como fin la participación de los ciudadanos y autoridades locales en los proyectos de energías renovables, se contiene en el artículo 6.1.j) LSE (introducido por el RDL 23/2020) en los siguientes términos: "Las comunidades de energías renovables, que son entidades jurídicas basadas en la participación abierta y voluntaria, autónomas y efectivamente controladas por socios o miembros que están situados en las proximidades de los proyectos de energías renovables que sean propiedad de dichas entidades jurídicas y que estas hayan desarrollado, cuyos socios o miembros sean personas físicas, pymes o autoridades locales, incluidos los municipios y cuya finalidad primordial sea proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde operan, en lugar de ganancias financieras."

Mediante esta figura, se pretende permitir una mayor participación de los ciudadanos y las autoridades locales en los proyectos de energías renovables. Mediante la inclusión en el apartado 7 bis del artículo 14 LSE de la referencia específica a las particularidades de las comunidades de energías renovables se incorpora la previsión del artículo 22.7 de la Directiva 2018/2001.

2. Análisis del nuevo régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica

Como se ha indicado, la previsión contenida en el apartado 7bis del artículo 14 LSE constituye una habilitación legal para el desarrollo reglamentario por el Gobierno de un nuevo marco retributivo para la generación de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, desarrollo reglamentario que se ha abordado fundamentalmente a través del RD 960/2020, sin perjuicio de aquellos aspectos que se detallan en la OM 1161/2020.

En el presente apartado se abordan los aspectos esenciales del Régimen Económico de Energías Renovables ("**REER**") sobre la base de ambas normas.

El objetivo del REER, tal y como se señala en el apartado 7 bis del artículo 14 de la LSE, es favorecer la previsibilidad y estabilidad en los ingresos y financiación de las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable[8]. Como se ha indicado anteriormente, el nuevo mecanismo retributivo está circunscrito a instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable (quedando excluidas las instalaciones de cogeneración de alta eficiencia y residuos). No obstante, en el RD 960/2020 se precisa que dichas instalaciones podrán estar constituidas por más de una tecnología, así como contar con sistemas de almacenamiento[9].

En esta línea, la parte expositiva del RD 960/2020 alude expresamente al objetivo de otorgar cobertura al riesgo de precio de mercado, pretendiendo resolver lo que denomina como "fallo de mercado" que impide la consecución de la descarbonización como fin de interés general.

Este fallo de mercado se identifica, en la Memoria de análisis e impacto normativo ("**Memoria**") que se acompaña a la norma, con el conocido efecto de "canibalización de precios". De esta manera, explica la Memoria que este fallo consiste en que los proyectos de generación eléctrica renovable actualmente en curso o planificados pueden canibalizar a medio plazo el mercado español de energía renovable, deprimiendo los precios e impidiendo en este medio plazo la instalación de más potencia renovable, ante la incertidumbre sobre los ingresos de proyectos sin apoyo público de ningún tipo.

Partiendo de ello, se explica que uno de los objetivos de las subastas es evitar este riesgo de "canibalización de precios" que se da en un sistema altamente dominado por generación renovable, con costes de operación reducidos en comparación a los costes de inversión, por lo que se concluye que "es por tanto necesario que las ofertas presentadas en las subastas sean capaces de internalizar los costes reales de promoción, construcción y operación de los proyectos, para que la actividad, y la continuidad del sector sea sostenible".

En esta misma línea, la parte expositiva del RD 960/2020, apunta que "la cobertura del riesgo de precios no se podría desarrollar exclusivamente en el propio

8 Mediante el RD 960/2020 se pretende llevar a cabo una transposición parcial de la Directiva 2018/2001 en lo relativo a (i) sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables, artículo 4 de dicha Directiva; y (ii) a la publicación de un calendario a largo plazo, apartado 3 del artículo 6 de la misma Directiva.

9 Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la OM 1161/2020 precisa que, las instalaciones susceptibles de percibir el REER no pueden disponer de sistema de almacenamiento, salvo que el mismo sea empleado para el almacenamiento exclusivo de la energía producida por la instalación. Esto es, el sistema de almacenamiento del que dispongan las instalaciones susceptibles de percibir el REER debe ser empleado para el almacenamiento exclusivo de la energía producida por la instalación, sin actuar como una unidad de compra de energía en el mercado.

mercado mediante la contratación a plazo de la energía con una contraparte, como una comercializadora o un cliente final, en mercados organizados a plazo, mercados *Over The Counter* (OTC) o mediante contratación bilateral (*Power Purchase Agreements* o PPAs) ya que los mercados de contratación a plazo de la electricidad en España no tienen en la actualidad ni la liquidez ni la profundidad necesaria para ofrecer una contraparte al contingente de generación renovable que resulta necesaria para cumplir los objetivos del PNIEC, por lo que seguiría siendo necesaria una intervención pública que complemente a los mecanismos de cobertura del riesgo de la financiación de las renovables".

De esta manera, se justifica la necesidad del nuevo marco retributivo, a los efectos de evaluar su compatibilidad con la normativa europea[10 11].

Entrando ya en el análisis de los elementos esenciales que configuran el REER, debe destacarse que, tal y como lo define el RD 960/2020, se trata de un mecanismo que permite la percepción de ingresos mediante la venta de energía en el mercado, con la particularidad de que, para un volumen determinado de energía y en un plazo definido, el precio de venta de la energía se calculará a partir del resultado de la subasta.

Partiendo de lo anterior, los elementos esenciales sobre los que se articula el REER son la "energía de subasta", la "energía máxima de subasta", la "energía mínima de subasta" y el "plazo máximo de entrega". Estos conceptos se definen en el RD 960/2020, si bien su cuantificación se efectúa en la OM 1161/2020.

Así, se entiende por "energía de subasta" la energía vendida por las instalaciones acogidas al REER mediante su participación en los mercados diarios, intradiarios,

10 Señala la parte expositiva del RD 960/2020 que en la configuración de este régimen económico se ha tenido en cuenta su necesaria compatibilidad con la normativa comunitaria contenida en la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE; y el Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad.

Partiendo de ello, se explicita que "los tres elementos principales a considerar en la evaluación de la compatibilidad con la normativa europea de las subastas de energía renovable son la necesidad, su proporcionalidad y la exposición a mercado".

11 En relación con la necesidad de desarrollar un nuevo marco retributivo distinto del ahora existente, la parte expositiva del RD 960/2020 alude a la insuficiencia del marco actual para solventar este "*fallo de mercado*" indicando que:

"**La actual regulación de los esquemas de apoyo a las renovables en España, basados en subastas de capacidad en las que se pujaba por una retribución a la inversión, es mejorable, dada la situación actual del desarrollo de estas tecnologías, de forma que arroje señales económicas eficientes y tenga en consideración los costes medios de producción de las mismas.**
Con carácter general, cabe afirmar que cuando nueva potencia renovable con bajos costes de explotación se integra en el mercado, se puede producir una bajada del precio de la energía eléctrica percibida por el consumidor. Este hecho se produce cuando en determinados periodos de negociación del mercado diario e intradiario la última oferta casada correspondiente a una tecnología de altos costes de explotación, es sustituida por una oferta presentada por una tecnología de bajos costes de explotación. Sin embargo, en todos aquellos periodos de negociación en los que la última oferta casada corresponde a tecnologías de altos costes de explotación, la integración de renovables bajo el esquema retributivo establecido mediante el régimen retributivo especifico no produce una bajada en el precio percibido por el consumidor, sino un beneficio para las instalaciones de bajos costes de explotación.
La incorporación de nueva potencia renovable acogida al marco retributivo que regula este real decreto no solo permite la reducción indirecta del precio de la energía comentada anteriormente, sino que además produce una reducción directa del precio de la energía incluso en los periodos de negociación en los que la última oferta casada correspondiente a una tecnología de altos costes de explotación, gracias a que el menor precio de la energía, resultado de los procedimientos de concurrencia competitiva de asignación de dicho marco retributivo, se integra en el mercado, generando un excedente económico. **Las circunstancias anteriores hacen necesaria una intervención pública que resuelva el fallo de mercado descrito y establezca un nuevo marco retributivo que permita trasladar a los consumidores de manera directa la reducción de los costes de producción que han experimentado las tecnologías renovables en los últimos años.**" [Énfasis añadido].

servicios de ajuste y de balance, dentro del plazo máximo de entrega, que no exceda de la energía máxima de subasta y que se retribuye según el precio de adjudicación que haya resultado de la subasta (corregido, en su caso, a partir de los incentivos simétricos de participación en mercado mediante el porcentaje de ajuste de mercado)[12].

En cuanto a la "energía mínima de subasta", se define como el volumen mínimo de energía de subasta que ha de ser alcanzado por cada instalación acogida al REER antes de la finalización de la fecha del plazo máximo de entrega y, la "energía máxima de subasta" como el volumen máximo de energía de subasta que puede acogerse al REER.

El "plazo máximo de entrega" es el plazo temporal máximo e improrrogable dentro del cual las instalaciones acogidas al REER tienen que cumplir con la obligación de vender la energía mínima de subasta, plazo que, según precisa la norma "estará limitado al periodo de tiempo necesario para transmitir la señal de certidumbre en materia de ingresos de las instalaciones, de forma que se facilite la financiación de nuevos proyectos". Si bien este plazo será fijado por la resolución de convocatoria de cada subasta, el RD 960/2020 establece como límites que dicho plazo estará comprendido entre los 10 y 15 años, pudiendo ser ampliado excepcionalmente hasta los 20 años en aquellos casos en los que esté justificado por tratarse de tecnologías con una alta inversión inicial o riesgo tecnológico.

En cuanto, a su otorgamiento, de conformidad con lo establecido en el apartado 7 bis del artículo 14 de la LSE, se efectuará mediante subastas.

El acceso al REER a través de subasta garantiza, según se expone en la parte expositiva del RD 960/2020, la proporcionalidad de la medida, así como su concesión de una forma abierta, transparente, competitiva, rentable y no discriminatoria, conforme a lo estipulado en el apartado 4 del artículo 4 de la Directiva 2018/2001, y ello en la medida en que se publicarán criterios transparentes y no discriminatorios para cumplir los requisitos de la subasta[13] y se fijarán fechas y normas claras para la correcta finalización del proyecto, conforme a lo estipulado en el apartado 6 del artículo 4 de la Directiva.

En este punto, resulta reseñable que el RD 969/2020 prevé expresamente el establecimiento de un calendario de celebración de subastas que comprenderá un periodo mínimo de cinco años y que incluirá plazos indicativos, la frecuencia de las subastas, la capacidad esperada y las tecnologías previstas, en su caso. Dicho calendario se actualizará, al menos, anualmente y estará orientado a la consecución de los objetivos de producción renovable establecidos en el PNIEC.

Este calendario, ha sido desarrollado por la OM 1161/2020, en la que se establece el calendario indicativo para la asignación del REER, indicando los volúmenes mínimos de potencia acumulada para cada tecnología en el periodo 2020-2025, para los cuales se podrán establecer criterios distintivos en función de sus características. Se prevé que para dar cumplimiento al mismo se celebrarán subastas al

12 Como precisa la Memoria, de este modo, las instalaciones contarán con un periodo de tiempo máximo en el que vender un determinado volumen de energía al sistema. Para las subastas de energía, este volumen de energía será una cantidad fija, mientras que para las subastas de potencia se establecerá una banda de energía, con una energía mínima y máxima en función del número de horas mínimas y máximas equivalentes de funcionamiento anual que se establezcan para cada tecnología en la orden reguladora de la subasta.

13 A estos efectos se prevé que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") sea la entidad supervisora de la subasta, a efectos de confirmar que el proceso ha sido objetivo, transparente y no discriminatorio, y que la subasta se ha desarrollado de forma competitiva, no habiéndose apreciado el uso de prácticas que puedan suponer restricciones a la competencia u otras faltas en el desarrollo de la misma.

menos anualmente, salvo para las tecnologías de biomasa y termosolar, para las que se prevén subastas cada dos años, acumulando los objetivos anuales[14].

Mediante la inclusión de esta previsión se da cumplimiento a lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 2018/2001, que bajo la rúbrica "Estabilidad del apoyo financiero" señala en su apartado 3 que "(l)os Estados miembros publicarán un calendario a largo plazo donde se anticipe la asignación de apoyo prevista, que abarque, como referencia, al menos los cinco años siguientes, o, en caso de limitaciones de planificación presupuestaria, tres años, e incluya plazos indicativos, la frecuencia de las licitaciones cuando corresponda, la capacidad esperada y el presupuesto o el apoyo unitario máximo que se prevé que se asignará y las tecnologías subvencionables previstas, en su caso. Dicho calendario se actualizará anualmente o cuando sea necesario reflejar evoluciones recientes del mercado o la asignación de ayuda prevista".

Las subastas deberán ser convocadas por Resolución de la Secretaría de Estado de Energía en las que (i) el producto a subastar será la potencia instalada, la energía eléctrica o una combinación de ambas; y (ii) la variable de oferta será el precio por unidad de energía eléctrica (expresada en €/MWh)[15].

En relación con la variable de oferta o puja, el RD 969/2020 señala que en la Resolución de convocatoria de la subasta se deberá fijar un precio máximo o "precio de reserva", que podrá tener carácter confidencial, y que determina que se descarten todas las ofertas cuyo valor sea superior al precio de reserva. Mediante este precio de reserva, cuyo valor es en principio confidencial, se persigue garantizar la eficiencia del mecanismo propuesto de manera que los promotores tengan un incentivo a no pujar por encima de sus costes, debido a que pueden correr el riesgo de quedar fuera de la adjudicación por superar ese valor.

En este mismo sentido se pronuncia el informe de la CNMC emitido durante la tramitación y con carácter previo a la aprobación del RD 960/2020, "Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el régimen económico de energías renovables para instalaciones de producción de energía eléctrica", aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria en su sesión de 30 de julio de 2020[16] ("**Informe de la CNMC**").

En concreto, destaca el Informe de la CNMC que "bajo el mecanismo de subasta propuesto (estático *pay-as-bid*), puesto que cada adjudicatario percibe su puja, los participantes en la subasta tienen el incentivo a pujar por encima de sus costes reales al objeto de obtener una mayor ganancia si resultan adjudicatarios. Existen, no obstante, mecanismos de protección de la subasta para limitar dicho incentivo, como el precio de reserva o precio máximo recogido en la propuesta, por encima del cual quedarán rechazadas las ofertas. Por ello, se valora positivamente la inclusión de dicha medida de protección de la subasta en la propuesta de RD".

Continúa señalando el Informe de la CNMC que, en relación a dicho precio de reserva, se considera fundamental que el mismo tenga carácter confidencial y sea

14 Se prevé expresamente que en el año 2020 se convocarán subastas para la asignación de REER para un mínimo de 3.000 MW, de los que, según el calendario indicativo, al menos 1.000 MW deben ser para tecnología eólica y 1.000 MW para tecnología fotovoltaica. En esta línea, la Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se convoca la primera subasta para el otorgamiento del régimen económico de energías renovables al amparo de lo dispuesto en la Orden TED/1161/2020, de 4 de diciembre ("**Resolución de Convocatoria de la Primera Subasta**"), establece un cupo de producto a subastar de 3.000 MW de potencia instalada, con dos reservas mínimas de producto, 1.000 MW destinados a tecnología fotovoltaica y 1.000 MW destinados a tecnología eólica terrestre.

15 En la OM 1161/2020 se precisa que, para el primer mecanismo de subasta, el producto a subastar será la potencia instalada.

16 IPN/CNMC/014/20.

definido a través de una metodología robusta, también de carácter confidencial, preestablecida *ad-hoc*, y que tenga en cuenta parámetros objetivos del mercado[17].

Asimismo, podrá fijarse un precio mínimo o "precio de riesgo", que también podrá tener carácter confidencial, y que determina que las ofertas con valor inferior al precio de riesgo se descarten.

En este punto, señala el Informe de la CNMC que cabe plantearse la idoneidad o necesidad de su implementación en un escenario de regla de precio *pay-as-bid* y con posibilidad de celebración de subastas diferenciadas. En concreto, señala el Informe que "en el supuesto de celebrarse subastas diferenciadas, los promotores de proyectos más innovadores o tecnológicamente menos maduros, con mayores necesidades de apoyo a la inversión, tendrían menor incentivo a realizar pujas estratégicamente bajas para tratar de asegurarse su adjudicación, que el que tendrían en el caso de subastas neutras, en las que se verían obligados a competir con tecnologías más maduras y con costes inferiores, lo que podría terminar afectando a la efectividad de las subastas". Por ello se concluye que, a juicio de la CNMC, sólo se entendería la necesidad de implementar esta regla de precio mínimo en el supuesto de subastas neutras.

En la Resolución de convocatoria de la subasta, se fijará asimismo el cupo de producto a subastar, pudiéndose emplear para ello cláusulas confidenciales, y se podrá definir la relación mínima exigible entre el volumen de producto subastado y el volumen de producto ofertado a efectos de la validez de la subasta, así como el límite porcentual máximo del volumen de producto adjudicado a una misma empresa o grupo empresarial sobre el volumen total del producto subastado en la misma, así como el criterio de desempate entre distintas ofertas cuya adjudicación conjunta superase el cupo de la subasta

En cuanto a la adjudicación del producto a subastar se efectuará mediante un mecanismo de pago según oferta o *pay as bid*, según el cual el precio de adjudicación coincidirá con la oferta económica formulada por la instalación que resulte adjudicataria.

Para garantizar el cumplimiento de lo preceptuado en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 2018/2001, este precio de adjudicación no podrá ser objeto de actualización, con el objeto de garantizar que el nivel de apoyo prestado a los proyectos de energías renovables, así como las condiciones a las que está sujeto, no se revisan de tal forma que tengan un efecto negativo en los derechos conferidos[18].

La opción por un sistema *pay as bid* constituye una de las principales diferencias con el sistema de subastas actual, en el que se emplea un sistema marginalista.

De conformidad con lo señalado en la Memoria, la utilización de un sistema de subastas de pago según oferta o *pay as bid* se vincula con el objetivo de tratar de subvenir al efecto de "canibalización de los precios" que se da en un sistema

17 Añade el Informe de la CNMC en este punto que "cabe destacar que el diseño de esta metodología será más complejo en el caso de que se celebren subastas neutras tecnológicamente, toda vez que en su desarrollo deberán tenerse en cuenta parámetros de coste asociados a tecnologías distintas, con diferentes grados de madurez tecnológica, económica, o de innovación, por tanto, con necesidades de apoyo a la inversión distintas para garantizar el desarrollo de los proyectos."

18 Artículo 6.1 de la Directiva 2018/2001: "Sin perjuicio de las modificaciones necesarias para el cumplimiento de los artículos 107 y 108 del TFUE, los Estados miembros garantizarán que el nivel de apoyo prestado a los proyectos de energías renovables, así como las condiciones a las que esté sujeto, no se revisen de tal forma que tengan un efecto negativo en los derechos conferidos en este contexto, ni se perjudique la viabilidad económica de los proyectos que ya se benefician de apoyo."

altamente dominado por generación renovable, con costes de operación reducidos en comparación con los costes de inversión. Por ello, señala la Memoria, resulta necesario establecer un mecanismo que permita que las ofertas presentadas en las subastas sean capaces de internalizar los costes reales de promoción, construcción y operación de los proyectos, para que la actividad, y la continuidad del sector sea sostenible[19].

Las instalaciones que resulten adjudicatarias del REER, entre otras obligaciones que luego analizaremos, deben ofertar su energía en el mercado diario e intradiario con su mejor previsión de producción, y de acuerdo con las reglas de funcionamiento de los mercados diarios e intradiarios de producción de energía eléctrica. Como principal derecho, están habilitadas a percibir el precio de adjudicación de la subasta por la energía producida con el límite del volumen máximo adjudicado (energía máxima de subasta) y dentro del plazo máximo de entrega.

Ahora bien, se prevé la posibilidad de que en la orden ministerial por la que se regule el mecanismo de subasta se incluya un mecanismo de ajuste de precio, a través de lo que la norma denomina "incentivos simétricos de participación en mercado". Esto supone que el precio recibido por las instalaciones acogidas al REER, en cada periodo de negociación y por cada unidad de energía de subasta negociada en el mercado diario e intradiario, será calculado a partir del precio de adjudicación correspondiente al resultado de la subasta corregido mediante unos porcentajes[20] de ajuste de mercado fijados en la orden ministerial que regule el mecanismo de subasta[21]. Este porcentaje de ajuste de mercado incrementa el precio percibido por las instalaciones sujetas al REER cuando el precio de mercado es mayor al de adjudicación y lo reduce cuando es inferior.

Asimismo, se regula en el RD 960/2020, el denominado "precio de exención de cobro" que determina que, en aquellos periodos de negociación en los que el precio del mercado diario o intradiario resulte igual o inferior al precio de exención

19 En concreto, señala la Memoria que, a nivel europeo, la mayoría de subastas realizadas en los últimos años emplean este mismo sistema *pay as bid*, pudiendo citar a modo de ejemplo las celebradas en Dinamarca, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, Polonia, Grecia o Francia.

Asimismo, indica que a nivel global, IRENA, en su informe "Renewable Energy Auctions: Status and trends beyond price, 2019", identifica que el sistema más común sigue siendo el *pay as bid*: "The most common method of determining the payment to the winning bidder continues to be the pay-as-bid method based on a sealed-bid offer. This scheme entails less risk to both the developers and off-takers, as the remuneration is set before the contract is signed."

20 De conformidad con lo dispuesto en el RD 969/2020, el valor del porcentaje de ajuste de mercado se expresará en tanto por uno y estará comprendido entre 0 y 0,5, siendo fijado en la orden por la que se regula el mecanismo de subasta. Si en ella no se especificara valor alguno, se considerará que el porcentaje de ajuste de mercado es cero. En relación con lo anterior, la OM 1161/2020 establece un porcentaje de ajuste del 5% (0,05) (i) para las centrales hidroeléctricas de los subgrupos b.4 y b.5; y (ii) la tecnología fotovoltaica (b.1.1), eólica (b.2) y resto de tecnologías renovables (b.3), siempre que se trate de instalaciones sin capacidad de gestión. Asimismo, se establece un porcentaje de ajuste del 25% (0,25) para (i) la tecnología solar termoeléctrica (b.1.2), (ii) la tecnología de biomasa, biogás o biolíquidos (b.6, b.7, b.8) y (iii) la tecnología fotovoltaica (b.1.1), eólica (b.2) y resto de tecnologías renovables (b.3), siempre que se trate de instalaciones con capacidad de gestión. A estos efectos, se considerará que las instalaciones de los subgrupos b.1.1, b.2. y b.3. tienen capacidad de gestión cuando dispongan de un sistema de almacenamiento que permita almacenar una cantidad de energía igual o superior a la resultante de multiplicar la potencia de la instalación por 2 horas.

21 Como señala la Memoria, este porcentaje de ajuste de mercado permite incentivar la participación en las horas más caras de mercado, reduciendo el precio registrado en las mismas e igualmente fomenta las instalaciones capaces de desplazar su producción.

de cobro, el precio percibido por las instalaciones acogidas el REER por la energía negociada en dichos periodos de negociación será igual al precio de mercado no contabilizándose dicha energía como energía de subasta[22].

Con carácter general, el precio de exención de cobro se fija por el RD 960/2020 en 0 €/MWh desincentivando así la existencia de precios negativos o nulos, no obstante se habilita la posibilidad de que la orden ministerial por la que se regule el mecanismo de subasta pueda establecer un precio de exención de cobro superior, si bien dicho precio no podrá ser modificado durante el tiempo en que las instalaciones estén acogidas al REER[23] [24].

Mediante la inclusión de estos mecanismos, incentivos simétricos de participación en mercado y precio de exención de cobro, se pretende garantizar la exposición a mercado de los beneficiarios de REER exigida por la normativa europea[25].

Así, la parte expositiva del RD 960/2020 justifica la exposición a mercado del esquema propuesto en la medida en que se obliga a los beneficiarios de la subasta a vender su energía en el mercado eléctrico y garantizando que operen con las mismas obligaciones de balance que el resto de generadores.

22 En relación con el precio de exención de cobro se indica en el Informe de la CNMC, lo siguiente:

"La ventaja que tiene una retribución otorgada por MW de capacidad instalada es que, a diferencia de lo que ocurre con la retribución por energía producida, consigue que el sujeto se vea plenamente expuesto al mercado e intente obtener los mejores resultados en el mismo. Asimismo, la retribución basada en potencia instalada hace que el propio sujeto no tenga interés en funcionar una vez que no se vean cubiertos sus costes variables lo que, evita, de manera natural, la existencia de problemas de evacuación ante episodios de elevada penetración de renovables. Por el contrario, en el caso de una retribución basada en energía, el sujeto pierde su vinculación con el mercado en cuanto a que su retribución viene prefijada, y resulta independiente de su comportamiento en el mercado. Por ello, para estos mecanismos resulta necesario fijar un valor de exención de cobro, tal y como prevé la propuesta, y así evitar que los productores tengan incentivos para producir electricidad a precios negativos."

23 Según se indica en la Memoria, este precio de exención de cobro evita que la energía generada por las instalaciones en momentos de muy bajos precios de mercado sea contabilizada como energía de subasta, pudiendo así ser contabilizada como tal, la energía generada en momentos de mayores precios de mercado, incrementándose de este modo la retribución de las instalaciones y dando en consecuencia mayor viabilidad y certidumbre a los proyectos.

24 Según se indica en el Informe de la CNMC "la consideración de un precio de exención de cobro próximo, pero superior a cero, establecido para un contingente de generación suficiente como para influir en determinadas horas sobre el precio del mercado, introducirá un nuevo valor de referencia hacia el que convergerán muchos oferentes y, en determinadas horas, podría convertirse en un precio instrumental de oferta que reemplazara al cero8, con el consiguiente sobrecoste para la demanda. Conforme a lo anterior, se recomienda mantener el precio de exención de cobro en cero €/MWh, al menos hasta haber acumulado alguna experiencia en el desarrollo de las subastas ligadas al REER."

25 En particular cabe hacer referencia a la Directiva 2018/2001 así como a las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014- 2020. En concreto, el artículo 4 de la Directiva 2018/2001, establece en sus apartados 2 y 3 lo siguiente:

"2. Los sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes de energía renovables deberán incentivar la integración de la electricidad procedente de fuentes renovables en el mercado de la electricidad en una forma adaptada al mercado y basada en el mercado, que evite distorsiones innecesarias de los mercados de la electricidad y que tenga en cuenta los posibles costes de integración del sistema y la estabilidad de la red.

3.Los sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables estarán diseñados para optimizar la integración de dicha electricidad en el mercado eléctrico y **garantizar que los productores de energías renovables responden a las señales de precios del mercado y optimizan sus ingresos de mercado**. A tal fin, por lo que respecta a los sistemas de apoyo directo a los precios, la ayuda se concederá en forma de una prima de mercado que podría ser, entre otras posibilidades, variable o fija. Los Estados miembros podrán eximir del cumplimiento del presente apartado a las instalaciones de pequeña magnitud y a los proyectos de demostración, sin perjuicio del Derecho de la Unión aplicable en materia de mercado interior de la electricidad." [Énfasis añadido.]

Adicionalmente, esta exposición a mercado se garantiza teniendo en cuenta que los ingresos que perciben las instalaciones por la venta de la energía, dependen del precio obtenido en la subasta y también del precio horario del mercado eléctrico cuando éste se encuentra por debajo de cierto valor, así como cuando participa en servicios de ajuste o una vez vendida la energía máxima objeto de la subasta.

Se alude también, para justificar esta exposición a mercado, a la posibilidad habilitada por el RD 960/2020 cuando así lo establezca la convocatoria, por ejemplo, en el caso de subastas para tecnologías gestionables o con almacenamiento, a convocar subastas con una fórmula que contemple una exposición adicional al precio de mercado que incentive el desplazamiento de la generación hacia las horas de mayor escasez.

Esta regulación de la exposición a mercado ha sido objeto de cuestionamiento en el Informe de la CNMC. En concreto, el citado informe considera que este nuevo REER no es el instrumento idóneo para el fomento de instalaciones de almacenamiento, el cual debería provenir de las propias señales derivadas del mercado, ante la existencia de un exceso de recurso renovable concentrado en determinados momentos.

Por otra parte, se recomienda concretar, si no en el marco de la propuesta que es objeto de análisis en el Informe, al menos en la orden que la desarrolle y regule el procedimiento de subasta, que la aplicación de porcentajes de ajuste de mercado iguales a cero quedará limitada a las convocatorias orientadas a instalaciones de menor madurez tecnológica o pequeño tamaño, que difícilmente resultarían económicamente viables si percibieran precios próximos a los del mercado diario o intradiario.

Considera la CNMC que, fuera de dicha excepción, el porcentaje de ajuste de mercado debiera ser siempre superior a cero para garantizar la perseguida exposición al riesgo de precio, añadiendo que cabría de hecho plantear un valor mínimo igual a 0,2 para todas aquellas convocatorias dirigidas a instalaciones que se consideren suficientemente competitivas con respecto a la expectativa a largo plazo del precio marginal del sistema.

Al margen de lo anterior, continúa señalando la parte expositiva del RD 960/2020 que una de las motivaciones para las que se establece cierta exposición a mercado es que los mecanismos de apoyo no incentiven la existencia de precios negativos o nulos. Para ello, el esquema propuesto, a través del precio de exención de cobro, excluye del REER las horas en las que el precio de mercado no sea positivo[26].

Por último, se prevé la posibilidad de que las instalaciones adjudicatarias puedan renunciar al REER lo que conllevará una penalización en el caso de que no se haya entregado la energía mínima de subasta.

26 En este sentido señala la parte expositiva del RD 960/2020, que, aunque actualmente en España no se permiten precios negativos y las horas con precio de mercado cero todavía son un fenómeno muy poco frecuente, al contrario de lo que sucede en Centroeuropa, es probable que, en el horizonte del periodo de aplicación de este mecanismo, este fenómeno se vaya haciendo más frecuente.

Como principales obligaciones de las instalaciones adjudicatarias del REER, además de la anteriormente mencionada obligación de ofertar energía en el mercado diario e intradiario, deberán proceder a la ejecución e inscripción de la instalación en el Registro electrónico del REER dentro de los plazos que se hayan establecido, y entregar la energía mínima se subasta dentro del plazo máximo de entrega y, en su caso, de los hitos intermedios.

Destaca asimismo la prohibición de formalizar contratos bilaterales físicos que se impone a las instalaciones adjudicatarias del REER. Según se indica en la parte expositiva de la norma "esta restricción busca maximizar el traslado al conjunto de consumidores de la reducción en los costes de generación de las tecnologías renovables, evitando que las instalaciones acogidas al régimen económico de energías renovables opten por la formalización de contratos bilaterales en aquellos momentos en que dicha opción les resulte más rentable que la venta de la energía en los mercados diarios o intradiarios."

No obstante, debe notarse que este aspecto fue cuestionado por parte el Informe de la CNMC en el que considera que esta restricción no parece estar justificada, dado que no tiene afección en la liquidación de las subastas, lo que le lleva a recomendar flexibilizar la redacción propuesta, de manera que las instalaciones acogidas al REER puedan declarar contratos bilaterales. Asimismo, se considera que el cómputo de la energía de subasta debería contemplar no solo la energía vendida en los mercados diarios e intradiarios, sino en todos los mercados, incluidos los contratos bilaterales físicos[27].

Por último, en relación con la financiación del REER, la misma se efectuará con cargo al mercado mayorista de electricidad, siendo esta una de las principales diferencias entre el nuevo mecanismo retributivo y el actual RRE, pues este último

---

27 En concreto, señala el citado informe lo siguiente: "De hecho, en el caso en el que se articule la alternativa con porcentaje de ajuste de mercado no nulo, parece razonable que los generadores renovables firmen contratos a plazo por la parte no cubierta por el REER y cubran así parte de los riesgos a los que se encuentran expuestos. Así, se tiene que una instalación adjudicataria de una subasta en la que el porcentaje de ajuste de mercado quedara establecido en 0,25 vería una cuarta parte de sus ingresos por la venta al mercado diario e intradiario retribuidos conforme al precio del mercado diario, pero no se le permitiría declarar un contrato bilateral por esa cuarta parte de su producción con otro agente del mercado. De hecho, la inclusión de la demanda que firme contratos bilaterales en el procedimiento de liquidación de la energía de subasta9 penaliza la realización de este tipo de contratación.

Esta situación establece una suerte de preferencia por el mercado organizado al contado frente a otras alternativas de contratación igualmente válidas, como los contratos a plazo con liquidación física, actuando como un elemento desincentivador de dicha contratación y, por tanto, yendo en contra de la propia necesidad manifestada en la propuesta de contar con mercados a plazo más líquidos y con mayor profundidad. Asimismo, no resulta coherente con el fomento de la contratación a plazo que se articula a través del proyecto de Real Decreto por el que se regula el Estatuto de los Consumidores Electrointensivos, para los que se establece un objetivo de contratación a plazo de al menos el 10% de su consumo anual, y se facilita un mecanismo de cobertura para dichas operaciones si se realizan con generadores renovables, que se articula a través del Fondo Español de Reserva para Garantías de Entidades Electrointensivas.

Se introduce asimismo una rigidez que afecta tanto más a los sujetos de menor tamaño, con un menor número de unidades de programación (en el extremo, con solo una). Los operadores con una cartera de instalaciones amplia podrán elaborar una estrategia que maximice sus ingresos con una amplia diversificación de riesgos asignando distintas unidades de programación a distintos esquemas retributivos. Por el contrario, al operador que gestione una sola instalación adjudicataria de una subasta para la cual el porcentaje de ajuste".

se financia con cargo a los ingresos del sistema eléctrico procedentes de los peajes, y cuando sean definidos, procedentes de los cargos.

En síntesis, el sistema de financiación del REER supone que, en el caso de que el precio de casación de los mercados diarios e intradiarios sea superior al precio de adjudicación del REER, la instalación sólo percibe precio de adjudicación (corregido con incentivo de mercado). La diferencia o excedente económico se considera como un ingreso de mercado a distribuir entre las unidades de adquisición nacionales (comercializadores y consumidores directos de mercado), en proporción a la energía diaria programada en su programa horario final después del mercado continuo.

En el caso de que el precio de casación de los mercados diarios e intradiarios sea inferior al precio de adjudicación del REER, la instalación tiene derecho a percibir la diferencia hasta alcanzar precio de adjudicación. Esta diferencia o déficit económico es una obligación de pago para el mercado que se liquida a las unidades de adquisición nacionales, en proporción a la energía diaria programada en su programa horario final después del mercado continuo.

Este sistema de liquidación ha sido cuestionado por el Informe de la CNMC por el impacto que puede tener en relación con la predictibilidad de los costes de aprovisionamiento de energía del comercializador.

En este sentido, refleja el organismo regulador en su Informe que la predictibilidad de los costes de aprovisionamiento de energía de los comercializadores se verá reducida, dado que hasta que se realice la casación no conocerán el volumen de generación con derecho a REER y el signo de la liquidación resultante. Para mejorar dicha predictibilidad, la CNMC propone la realización de una previsión anual del recargo o ingreso derivado de la adjudicación de las subastas, para repartirlo entre toda la demanda y regularizar a posteriori las diferencias con respecto a la producción real.

IV. Conclusión

Los ambiciosos objetivos consagrados en el PNIEC en lo que a generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables se refiere, exigen la atracción de un elevado volumen de financiación privada.

Para favorecer dicha financiación, uno de los mecanismos previstos por el legislador español es el desarrollo de un nuevo marco retributivo que tiene como principal objetivo facilitar a los promotores de proyectos renovables el acceso a la financiación, aportando una mayor certidumbre sobre sus ingresos futuros. De esta manera se opta por regular un mecanismo retributivo que difiere de manera sustancial del actualmente vigente, y que se basa en el reconocimiento a largo plazo de un precio fijo por la energía generada, creando así lo que podríamos denominar como "PPA por subasta", en el que la parte compradora es el mercado mayorista de electricidad, esto es, las unidades de adquisición nacionales (empresas comercializadoras y consumidores directos de mercado) y la parte vendedora, las instalaciones de generación de energía eléctrica que resulten adjudicatarias en la subasta.

La aplicación de los principios generales del Derecho frente al iuspositivismo: siete sentencias del Tribunal Supremo en materia tributaria

Clara Jiménez
Socia de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE FISCAL

I. Introducción **71**

II. Sentencias del Tribunal Supremo **74**

1. **STS 1558/2020, de 19 de noviembre**. Efectos de la notificación realizada a las ORT a efectos del plazo de ejecución de las resoluciones económico-administrativas y consecuencias de su incumplimiento. 74
2. **STS 1341/2020, de 16 de octubre**. Efecto preclusivo de una comprobación limitada. 77
3 **STS 586/2020, de 28 de mayo**. Cuando un recurso está pendiente de resolución no puede apremiarse la deuda a la que el recurso se refiere. 79
4. **STS 1309/2020, de 15 de octubre**. Es exigencia del principio de buena administración que cuando se ha solicitado un aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo, hasta que el mismo no se produzca, no se puede iniciar el procedimiento de apremio. 82
5. **STS 904/2020, de 2 de julio**. Los mecanismos de recalificación, simulación y abuso en la aplicación de la norma no son intercambiables sin que el primero pueda dar cobertura a un caso como el enjuiciado. 86
6. **STS 1231/2020, de 1 de octubre**. Sobre las autorizaciones judiciales para la entrada y registro en el seno de una comprobación inspectora. 88
7. **STS 1371/2020, de 21 de octubre**. La limitación para el cambio de opciones tributarias no aplica en los supuestos en los que se ha producido un cambio sustantivo en el régimen tributario apli-cable por razón de una comprobación tributaria. 94

III. Conclusión **97**

Resumen: En los últimos cinco años (los que de vida tiene el recurso de casación) ningún criterio, opinión o valoración de una posible operación, ningún cambio estructural en una compañía con efectos fiscales y, desde luego, ninguna valoración de las posibilidades de éxito de recursos frente a la Administración está completa si no se atiende, no solo a la legislación vigente y a la jurisprudencia existente incluyendo obviamente la del TS, como siempre se ha hecho, sino también a los autos de admisión de casación. Ante cualquier cuestión planteada, los profesionales del Derecho hemos añadido la precaución de que, aún en los casos en los que teníamos nuestro criterio –formado a la vista de la norma, la doctrina y la jurisprudencia–, la existencia de un auto en una cuestión similar o conexa con la que se nos planteaba, matizaba aquel necesariamente.

Es una buena noticia porque esa es la finalidad nomofiláctica perseguida por el recurso de casación, pero ha originado una cierta tensión ya que la aplicación estricta de la literalidad de la norma por la Administración ha sido objeto de anulación, muchas veces en base a principios generales de nuestro ordenamiento, que el TS se ha encargado de resucitar, y que están cada día más presentes en todo ejercicio de aplicación del Derecho tributario.

Las siete sentencias comentadas son ejemplo de la mencionada tensión: son todas ellas anulatorias –por razones procedimentales– de actos administrativos, y están mayoritariamente basadas en principios generales de nuestro ordenamiento (seguridad jurídica, confianza legítima, buena administración…). Frente a algunas de ellas están tramitándose cambios normativos en este momento, que evidencian esa tensión mencionada por tres veces en este resumen. Cabe preguntarse si dada la posible falta de sintonía apreciada por el TS entre la literalidad de las normas y el resultado de aplicar los principios generales de nuestro ordenamiento, el legislador mejorará o empeorará la situación.

Palabras clave: Recurso de casación, iuspositivismo, principio de buena administración, principio de confianza legítima, principio de seguridad jurídica, principio de buena fe, interés casacional, interés recaudatorio, procedimiento administrativo, interés general, intereses públicos, notificación, ORT, Inspección, Gestión, Recaudación, preclusión, , procedimiento de apremio, aplazamiento, fraccionamiento, *dies a quo*, literalidad de la norma, obligación de resolver, suspensión, calificación, proporcionalidad, control judicial,simulación, conflicto en aplicación de la norma, entrada y registro, autorización judicial, derecho fundamental, inviolabilidad del domicilio, opción tributaria.

Abstract: In the last five years (the duration of the appeal) no criterion, opinion or assessment of a possible transaction, or structural change involving tax implications in a company, or any assessment of the possibilities of success of appeals against the Administration has been complete without taking into account not only the legislation in force and the existing case law, naturally including that of the SC, but also the orders allowing appeals. In the face of any question raised, legal professionals have added the caveat that, even in cases in which we had our own criteria –formed in view of the rule, doctrine and case law– the existence of an order concerning a similar or related question necessarily qualified that criterion.

This is good news because this is the aim of the appeal, but it has given rise to a certain tension as the strict application of the literal application of the rule by the Administration has been subject to annulment, often on the basis of general principles of our legal system, which the SC has been responsible for reviving, and which are increasingly present in any exercise of the application of tax law.

The seven judgments discussed are an example of the aforementioned tension: they are all annulments –for procedural reasons– of administrative acts, and are mostly based on general principles of our legal system (legal certainty, legitimate expectation, good governance). Some of them are currently undergoing regulatory changes, which demonstrate the tension mentioned three times in this summary. It is worth asking whether, given the possible lack of harmony appreciated by the SC between the wording of the rules and the result of applying the general principles of our legal system, the legislature will improve or worsen the situation.

Keywords: Appeal on a point of law, legal positivism, principle of good governance, principle of legitimate expectation, principle of legal certainty, principle of good faith, interest in an appeal on a point of law, tax recovery, administrative proceedings, general interest, public interests, notification, Court Relations Office, Inspection, Management, Collection, estoppel, enforcement proceedings, postponement, instalments, *dies a quo* the literal interpretation of a law, obligation to resolve, a stay on proceedings, legal classification, proportionality, judicial oversight, fraud, conflict of laws rule, entry and search, judicial authorisation, fundamental right, inviolability of the dwelling, tax option.

La aplicación de los principios generales del Derecho frente al iuspositivismo: siete sentencias del Tribunal Supremo en materia tributaria

I. Introducción

El recurso de casación en el ámbito contencioso y, en concreto, en la esfera tributaria, resultante de su configuración dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, se ha mostrado en sus cinco años de vida como un importante instrumento para la finalidad nomofiláctica perseguida por el mismo. El hecho de haber sustituido el límite cuantitativo de acceso por la apreciación de interés casacional en los supuestos planteados ha conseguido la atención de todo aquel que aplica el derecho tributario. Ningún criterio, opinión o valoración de una posible operación, ningún cambio estructural en una compañía con efectos fiscales y, desde luego, ninguna valoración de las posibilidades de éxito de recursos frente a la Administración está completa si no se atiende no solo a la legislación vigente y a la jurisprudencia existente, sino también a los autos de admisión de casación. Porque en los últimos años, muchos de nosotros, ante un supuesto planteado por un cliente, hemos tenido en consideración que, a pesar de nuestra concreta opinión –formada a la vista de la norma y de la jurisprudencia menor–, la existencia de un auto en una cuestión similar o conexa con aquel que se nos planteaba, matizaba necesariamente la misma.

Si además tenemos en cuenta que, como veremos en las sentencias ahora comentadas, muchas veces la solución más iuspositivista es superada por la aplicación de los principios generales que el Tribunal Supremo ("**TS**") hace valer en sus pronunciamientos, esa "matización" es aún más necesaria. Dicho en otras palabras, el TS ha hecho que muchas cuestiones que se consideraban "cerradas" por la literalidad de la norma, hayan sido objeto de una interpretación menos literal y sí muy fundamentada en los principios generales del ordenamiento. Esta actitud puede suscitar –y de hecho lo hace– muy distintas consideraciones, pero cuando menos permite que en la solución de los asuntos se haga con cierta "elevación" sobre la estricta literalidad de las normas cuya aplicación ciega y sorda a veces provoca que "los árboles no nos dejen ver el bosque".

Como consecuencia de los nuevos límites (la apreciación de interés casacional), frente a la situación anterior en la que la mayor parte de los asuntos que se dilucidaban eran relativos a los grandes impuestos de nuestro país (Impuesto sobre Sociedades ("**IS**") e Impuesto sobre el Valor Añadido ("**IVA**") fundamentalmente y, más esporádicamente, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("**IRPF**"), en los últimos dos años, gran parte de los pronunciamientos del TS giran en torno a cuestiones procedimentales y también, curiosamente, son muchos los pronunciamientos en asuntos locales y autonómicos, que normalmente con la

legislación anterior nunca hubieran llegado a nuestro más alto tribunal a través del antiguo recurso de casación ordinario. Recordemos la trascendencia de cuestiones tales como la plusvalía municipal y el Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados ("**AJD**") de las hipotecas que han sido asuntos con gran impacto en los últimos dos años.

En este artículo vamos a referirnos exclusivamente a pronunciamientos relativos a las cuestiones procedimentales. Y respecto de estos, analizaremos las sentencias del TS ("**SSTS**") de 2020 que, siendo relativas a dichas cuestiones, nos han llamado la atención por ser anulatorias de actuaciones administrativas que, en la mayor parte de los casos, son respetuosas con la literalidad de los artículos que aplican, pero que, con dicha aplicación estricta, vulneran principios generales claves en nuestro ordenamiento.

Una de estos principios es el de buena administración, que basado en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución Española ("**CE**"), así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha adquirido un protagonismo importante como mecanismo para corregir situaciones en las que, al margen del cumplimiento formal de trámites y requisitos, se evidencia el carácter anómalo del conjunto de lo actuado por la Administración. Estamos plenamente de acuerdo con la aplicabilidad directa de dicho principio que se configura como un acertado límite a determinadas actuaciones administrativas que, si bien, como decíamos, se pueden enmarcar en un cumplimiento estricto de la literalidad de la normativa tributaria aisladamente considerada, consiguen resultados "indeseables" analizadas en su conjunto. Algunas conclusiones que nos surgen al respecto son las siguientes:

- El principio de buena administración lleva en ocasiones a interpretaciones que son en gran parte contrarias a la "letra" de la ley (STS 586/2020) y a veces hasta al "espíritu de la norma" (STS 1309/2020), si se nos disculpa la petulancia de considerar que conocemos dicho espíritu.

- En muchos casos tal principio se convierte en un instrumento eficaz e imprescindible para reprochar (y en consecuencia anular) actuaciones administrativas que desde nuestro punto de vista son altamente contrarias al cumplimiento del deber de la Administración pública de servir con objetividad los intereses públicos (artículo 103 de la CE), que no necesariamente se refieren al incremento de la recaudación tributaria. Es el caso de la STS 1558/2020, en la que el resultado aberrante al que conducía la actuación administrativa es adecuadamente corregido por el TS.

- Y por último no podemos dejar de señalar que el mismo, que de manera directa o indirecta se está aplicando en muchos casos por el TS (y las SSTS comentadas son un ejemplo), ha conducido a un cierto desencuentro entre la Administración tributaria y el TS.

Junto al principio de buena administración, las SSTS que se van a analizar acuden a otros muchos que guardan una clara relación entre sí. Se trata de los principios de confianza legítima, servicio con objetividad de los intereses generales, sin que, de nuevo, quepa identificar este con el interés recaudatorio (que parece ser el que guía en algunas cuestiones la actuación administrativa), seguridad jurídica, buena fe, etc.

Dado que, como hemos señalado, nos vamos a referir a cuestiones procedimentales, hemos tenido que dejar de lado algunas SSTS muy interesantes en las que, al igual que ocurre en las que se va a comentar, la razón última de la anulación del acto administrativo del que en cada caso se trate, trae causa más de una atención a motivos metajurídicos, que a la literalidad de la normativa aplicable. Es el caso, por ejemplo, de la STS 1651/2020, que declara la no sujeción de los intereses de demora abonados a un contribuyente persona física y lo hace prescindiendo en gran medida de la legalidad aplicable, porque de hecho reconoce que la doctrina favorable a la tributación de los mismos "es lo que resulta del tenor de la normativa reguladora del impuesto", pero al margen de los supuestos de no sujeción y sin apoyo en los mismos aprecia una no sujeción.

Ciñéndonos a las SSTS que vamos a comentar, es importante poner de manifiesto los criterios de selección de las mismas: se trata de SSTS cuyos fallos, como ya hemos señalado, son todos contrarios a los actos administrativos en ellas enjuiciados, y que afectan tanto a procedimientos de gestión (STS 1558/2020, en materia de notificaciones a la Oficina de Relación con los Tribunales ("**ORT**"), y la STS 1341/2020, en materia del efecto preclusivo de las comprobaciones limitadas de los órganos de gestión), como de recaudación (STS 586/2020, relativa a la imposibilidad de dictar recargo de apremio si existe un recurso de reposición pendiente de contestación, o la STS 1309/2020, relativa a la imposibilidad de apremiar las solicitudes de aplazamiento presentadas en período ejecutivo) y de inspección (STS 904/2020, relativa a la extralimitación de la Inspección en la aplicación del artículo 13 –calificación– de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("**LGT**"), la STS 1231/2020, relativa a la entrada en domicilio y que es una de las SSTS del 2020 más controvertidas, y la STS 1371/2020, relativa al ejercicio de opciones (más bien al cambio de opción) durante una comprobación inspectora).

Creemos que el comentario individualizado de las SSTS servirá para concretar y aclarar más estas primeras líneas.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1. STS 1558/2020, de 19 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Dª. Esperanza Córdoba Castroverde. Efectos de la notificación realizada a las ORT a efectos del plazo de ejecución de las resoluciones económico-administrativas y consecuencias de su incumplimiento.

Esta STS aborda un tema respecto del que la litigiosidad existente es importante: el valor de las notificaciones a las ORT a efectos del cómputo de diversos plazos, y lo resuelve de manera parcialmente favorablemente a los intereses del contribuyente casando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia ("**TSJ**") de Canarias de 12 de diciembre de 2017, recurrida por el Abogado del Estado ("**AdE**"), y lo hace fundamentalmente con apoyo en la normativa vigente y en el principio de buena administración.

Los hechos enjuiciados eran los siguientes:

- El Tribunal Económico Administrativo Regional ("**TEAR**") de Canarias dictó resolución con fecha 31 de octubre de 2014.

- Su notificación tiene lugar a la ORT el 21 de noviembre de 2014 y a la Dependencia encargada de su ejecución el 9 de febrero de 2015.

- La notificación al contribuyente del acuerdo de ejecución de la mencionada resolución se produjo el 26 de febrero de 2015.

- Contra dicha notificación se interpuso incidente de ejecución cuya denegación dio lugar a la sentencia TSJ de Canarias ahora recurrida en la que dicho tribunal estimó el recurso del contribuyente.

La cuestión respecto de la que se aprecia interés casacional se enuncia así por el TS:

"Determinar (i) si el cómputo del plazo de un mes previsto en el artículo 66.2 del Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa, en lo que respecta a la ejecución derivada de un procedimiento de gestión, debe realizarse desde (*dies a quo*) el momento en que la resolución del oportuno tribunal económico-administrativo fue registrada en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o bien, por el contrario, tal plazo debe computarse únicamente desde que referida resolución tuvo entrada en el registro del órgano competente para su ejecución; y, en todo caso, (ii) si el incumplimiento del plazo de un mes previsto en el artículo 66.2 del Reglamento general en materia de revisión en vía administrativa -y, paralelamente, en la actualidad, en el artículo 239.3 de la Ley General Tributaria-, conforme a lo dispuesto en los artículos 62 y 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (de redacción casi idéntica a los actualmente vigentes artículos 47 y 48 de la

Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), determinaría no la nulidad del acto administrativo sino, únicamente, una mera irregularidad no invalidante, con los efectos jurídicos que contemple la normativa vigente, como sería la imposibilidad de exigir intereses de demora desde que la Administración incumpla el plazo de un mes prevista en el artículo 239.3 de la Ley General Tributaria".

El TSJ había considerado que, partiendo del mandato contenido en el artículo 66.2 del Reglamento General de Revisión en Vía Administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo ("**RGRVA**")[1], y del artículo 239.3 de la LGT (no aplicable por razones temporales) era "patente que se produjo el incumplimiento que ha denunciado la parte actora" respecto del plazo para notificar la ejecución, y por lo que se refiere al efecto de tal incumplimiento, dispone que "alguna consecuencia desfavorable habrá de tener para la Administración, so pena de convertir dicha norma en letra muerta. Y la consecuencia natural no puede ser sino la de considerar nulo el acto que en tal extemporaneidad incurrió".

El AdE basa su defensa respecto de la fijación del *dies a quo* en que la literalidad del artículo trascrito hace referencia a la entrada en "el registro del órgano competente para su ejecución" y que ese órgano no es la ORT, sino la Dependencia Regional de Inspección que dictó el acto recurrido. Añadiendo que la notificación a la ORT tiene otras finalidades según el apartado séptimo[2] de la Resolución de 30 de diciembre de 2002, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria ("**Resolución**"), reguladora de las ORT "que no es otra que la comprobación de la existencia de un posible recurso contra la resolución, de la suspensión de la deuda etc.".

Y por lo que a los efectos del incumplimiento del plazo se refiere (si el mismo se apreciara, como así ocurrió), el AdE señala que no es posible apreciar la nulidad aplicada por la sentencia recurrida, sino exclusivamente una irregularidad formal no invalidante. Se apoya para ello, fundamentalmente, en que el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común ("**Ley 30/92**"), aplicable *ratione temporis*, no contempla entre los supuestos de nulidad de pleno derecho la realización de una actuación administrativa fuera del plazo establecido, sin que tampoco se trate de un supuesto de anulabilidad, al no imponerlo la naturaleza del término o plazo (artículo 63.3 de la Ley 30/92).

El TS analiza separadamente la determinación del *dies a quo* y los efectos del incumplimiento (en su caso) del plazo para notificar la ejecución del acto de ejecución al que se refieren los artículos 239.3 de la LGT y 66 del RGRVA.

Respecto de la primera cuestión, el TS considera que la clave es determinar qué se entiende por "registro del órgano competente para su ejecución" y considera que dicha expresión debe interpretarse en sentido amplio, "esto es, englobando a la Administración tributaria en su conjunto, debiendo computarse el plazo de un

1 Los actos resultantes de la ejecución de la resolución de un recurso o reclamación económico administrativa deberán ser notificados en el plazo de un mes desde que dicha resolución tenga entrada en el registro del órgano competente para su ejecución.

2 No somos conscientes de que exista un apartado séptimo en la mencionada resolución y consideramos que el AdE se estaba refiriendo al apartado segundo, que señala la competencia de las ORT de las Delegaciones de Hacienda de controlar la ejecución administrativa de resoluciones y sentencias.

mes de referencia partir de que la resolución a ejecutar tiene entrada en el registro de la AEAT". Las razones que llevan al TS a tal conclusión son: (i) el principio de personalidad única de la Administración; (ii) que la interpretación pretendida por el AdE deja a voluntad de la Administración el cumplimiento del plazo; y (iii) que ello comportaría la contravención del principio de buena administración, del cual se derivan entre otros, "el derecho a la tutela judicial efectiva y, en lo que ahora interesa, a una resolución administrativa en plazo razonable, lo que conlleva que los derechos de los contribuyentes no puedan quedar al albur de un registro interno de la Administración tributaria (…) que es opaco al contribuyente y está sujeto a decisiones organizativas internas".

Y respecto de la segunda cuestión (los efectos del incumplimiento), el TS coincide con el tribunal de instancia al señalar que se trata de una irregularidad no invalidante cuyo único efecto es la no exigibilidad de intereses de demora desde la fecha de incumplimiento.

Expuesto hasta aquí las distintas posiciones y el pronunciamiento del TS, nuestras consideraciones al respecto son varias. En primer lugar, que al margen de la posible brevedad del plazo de un mes para la ejecución (dado que hay que atender a posibles recursos, etc.), la realidad es que el mismo existe y no puede ignorarse por la Administración mediante la interposición de órganos intermedios que justamente fueron creados para dotar de eficacia y agilidad a la Administración para el cumplimiento de los mismos. El TS podría haber sido más contundente en su conclusión (aunque no era necesario por la claridad de su exposición) y haber acudido a la literalidad del apartado segundo 2 de la Resolución, según el cual corresponde a estas en materia de ejecución el traslado de las resoluciones administrativas a las oficinas gestoras para su ejecución, así como el control de la ejecución en plazo. Considerar que con esa competencia es defendible el incumplimiento mismo del plazo, resulta difícil de defender. Si el plazo es breve, amplíese, pero no puede conseguirse mediante la solución pretendida por la Administración.

Por otra parte, esta STS abre la vía a otra cuestión muy similar a la fallada en la misma y cuya trascendencia es mucho mayor, porque de seguirse el criterio ahora expuesto por el TS, comportaría la nulidad de numerosas actuaciones administrativas. Se trata de la determinación del *dies a quo* en materia de interposición de reclamaciones económico-administrativas por los órganos competentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ("**AEAT**") y por la Dirección General de Tributos ("**DGT**"). Recordemos a estos efectos que el plazo para dicha interposición es de un mes desde la notificación al órgano competente para dicha interposición. El criterio de la Administración tributaria a este respecto es el mismo: que la notificación a la ORT no se configura como el *dies a quo*, siéndolo aquel en que bien el propio tribunal económico administrativo, bien la ORT, se lo notifica al Departamento afectado o a la DGT competentes para recurrir. Recientemente han sido admitidas varias casaciones relativas a este tema. Este supuesto encuentra aún más fundamentación para un pronunciamiento favorable del TS, si es que ello fuera posible, si atendemos al apartado segundo.3 c), según el cual, corresponde a las ORT "La recepción de comunicación por parte los Departamentos

de la Agencia Estatal de Administración y de la Dirección General de Tributos de los recursos de Alzada que interpongan sus respectivos Directores contra las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos para su traslado a las oficinas gestoras del expediente". Si, como el propio AdE reconoce expresamente en sus alegaciones a la STS comentada, una de las finalidades específicas de las ORT es la "comprobación de la existencia de un posible recurso" y, como se deriva del sentido de su existencia, a las ORT les corresponde la coordinación de las actuaciones de la AEAT con los tribunales, resulta evidente que la fecha de comunicación a la misma es válida tanto para el plazo del mes para la notificación de la ejecución de la resolución, como para la posible interposición del recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central ("**TEAC**") (si fuera el caso). Ahora bien, las consecuencias serán muy distintas, dado que el plazo de recurso es un plazo preclusivo, por lo que su superación supondrá la interposición del recurso de alzada fuera de plazo, defecto este claramente insubsanable.

Esta STS cuenta con un voto particular formulado por tres magistrados de la sección segunda de la sala de lo contencioso (los Excmos. Sres. D. Ángel Aguallo, D. Francisco José Navarro Sanchís y D. Jesús Cudero) que, conformes con la interpretación del *dies a quo* realizada por la Sala, discrepan del efecto del correspondiente incumplimiento, señalando que debería ser el de nulidad del acto extemporáneo.

2. STS 1341/2020, de 16 de octubre. Ponente: Excma. Sra. Dª. Esperanza Córdoba Castroverde. Efecto preclusivo de una comprobación limitada.

La STS 1341/2020 aborda una cuestión que, si bien no es tan novedosa como la anterior por existir jurisprudencia previa (SSTS 22/09/2014, 2/03/2015 y 15/06/2017), sí creemos oportuno comentarla por dos razones. La primera es que, a diferencia de la mencionada jurisprudencia que viene referida a que la segunda comprobación limitada se realiza por la Inspección y no por Gestión Tributaria, en este caso las dos comprobaciones limitadas se realizan por órganos de gestión, por lo que el argumento de liquidación definitiva versus provisional o el de capacidad del órgano actuante pierde todo su sentido y es el efecto preclusivo el que exclusivamente justifica el fallo; y en segundo lugar, porque a diferencia de los supuestos enjuiciados en las SSTS precedentes, la defensa del AdE se basa en la existencia de una actuación distinta y en que la realidad regularizada no coincide con el que fue citado, por lo que el objeto no coincide.

Los hechos a tomar en consideración son los siguientes:

- El 3 de agosto de 2010 se inicia una comprobación limitada: (i) que tenía por objeto "aclarar las discrepancias existentes entre lo declarado como ganancia o pérdida patrimonial y los datos de que dispone la Administración por este concepto" (referido a la venta de dos naves industriales); (ii) en la que se requería documentación[3] relativa a la misma; y (iii) que concluyó con una regularización por los conceptos de

3 Consta que se aportaron las escrituras públicas de adquisición y venta, gastos de compra y venta y "demás documentos considerados para determinar el importe de dicha ganancia".

deducción por adquisición de vivienda habitual, rendimientos de capital mobiliario y de actividades económicas.

- Con posterioridad se inicia una nueva comprobación limitada cuyo objeto era comprobar si el valor de transmisión declarado era inferior al de mercado, recayendo liquidación al respecto, que es la que ahora se recurre.

La cuestión respecto de la que se aprecia interés casacional es dilucidar "si, al amparo del artículo 140.1 de la LGT, los efectos preclusivos de una resolución que pone fin a un procedimiento de comprobación limitada se extienden exclusivamente sobre aquellos elementos tributarios sobre los que se haya pronunciado expresamente la Administración tributaria o si se extienden sobre cualquier otro elemento tributario, comprobado tras el requerimiento de la oportuna documentación justificativa, pero no regularizado de forma expresa".

Volvamos al segundo motivo por el que hemos considerado oportuno comentar esta STS, aun existiendo alguna jurisprudencia en la materia. Para ello "diseccionemos" el artículo 140.1 de la LGT:

"1. Dictada resolución en un procedimiento de comprobación limitada, la Administración tributaria no podrá efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado al que se refiere el párrafo a) del apartado 2 del artículo anterior salvo que en un procedimiento de comprobación limitada o inspección posterior se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en dicha resolución."

En nuestra opinión hay tres elementos para activar la prohibición del artículo 140 de la LGT, uno absoluto, que es el objeto de comprobación, y los otros dos que actúan como condiciones para que se pueda regularizar ese mismo objeto. Son los siguientes: (i) identidad de objeto ("no podrá efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado"); (ii) hechos o circunstancias nuevas (que no se descubran nuevos "hechos o circunstancias"); y (iii) actuaciones realizadas (hechos o circunstancias que deben descubrirse en "actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en dicha resolución").

La definición de objeto no está especialmente clara, pero creemos pacífico considerar que no se trata del concepto tributario entendiendo este como impuesto y ejercicio, sino de aquella parte del mismo que es "citada" para comprobar. Así, en el caso que nos ocupa, se trataría de la ganancia patrimonial derivada de la venta de las dos naves. El problema que se plantea en nuestro caso es que se cita un objeto (la ganancia patrimonial) que no se regulariza, regularizándose no obstante otros diferentes. La clave está en si, citado un objeto tributario y no regularizándose el mismo, puede considerarse que existe un pronunciamiento tácito de que

el mismo es conforme a derecho. Nuestra consideración y la del TS es que por supuesto es así.

La determinación de las "circunstancias o hechos nuevos" que exige el artículo 140 de la LGT para considerar válida una segunda regularización sobre el mismo objeto, es una redacción un tanto laxa que puede plantear problemas y que debiera haber sido más estricta. Así, una redacción similar a la del artículo 154 de la Ley General Tributaria de 1963 que, refiriéndose a los supuestos de revisión de actos administrativos por la propia Administración, exigía para que la misma fuera posible, que se aportasen "nuevas pruebas que acrediten elementos del hecho imponible íntegramente ignorados por la Administración al dictar el acto objeto de la revisión", evitaría problemas.

Y en cuanto al tercer elemento, "actuaciones distintas de las realizadas y especificadas" (en la primera comprobación limitada), que está estrechamente ligado con el anterior, puesto que son estas las que darán lugar a aquellas, es el que más dificultades nos plantea y en el que creemos que la STS comentada más aporta, aunque es cierto que algunas menciones no están claras. Así, en el caso al que la misma se refiere, parece que el contribuyente aportó una serie de documentación (vid anterior nota a pie de página 3) que no daba lugar a regularización alguna en la primera comprobación, pero parece que en la segunda comprobación lo que hay es una "comprobación de valor". Es decir, sí existe una actuación distinta de la realizada, en la que se descubre una circunstancia nueva: que el valor de mercado era distinto.

Pues bien, aun así, el TS considera que no procede entender cumplidos los requisitos que permitan revisitar la ganancia patrimonial porque tácitamente ya había sido comprobada y considerada conforme a derecho, y ello aunque sí que se realizara una nueva actuación administrativa (pues como tal ha de considerarse la comprobación de valores) que pusiera de manifiesto una circunstancia nueva. Puede apreciarse así la singularidad y trasfondo de la STS comentada respecto de la jurisprudencia anterior en la materia.

3. STS 586/2020, de 28 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís. Cuando un recurso está pendiente de resolución no puede apremiarse la deuda a la que el recurso se refiere. Crítica de la identificación del interés recaudatorio como interés público. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

Los hechos fueron los siguientes:

- La liquidación tributaria por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ("**ITPAJD**") fue practicada en fecha 26 de julio de 2012.

- Contra la misma el contribuyente interpuso recurso de reposición con fecha 17 de septiembre de 2012. En tal interposición no se solicitaba la

suspensión de la deuda recurrida. El plazo de resolución venció el 18 de octubre de 2012 sin que la misma se dictase, por lo que aplicó la figura del silencio negativo.

- El 19 de diciembre del mismo año se dictó providencia de apremio.

- Finalmente, el 18 de octubre de 2013, es decir, un año después del plazo legalmente establecido, se dictó resolución desestimatoria del recurso de reposición.

El auto de admisión de la casación reconoce la existencia de interés casacional para "determinar si se puede iniciar el procedimiento de apremio de una deuda tributaria, cuando haya transcurrido el plazo legalmente previsto para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación de la que trae causa, sin haber recaído resolución expresa, con sustento en que la liquidación tributaria impugnada no fue suspendida".

La sentencia del TSJ de Murcia había sido favorable al recurso presentado por el contribuyente contra el apremio, pero según el TS su motivación es "bastante pobre". A diferencia de ello, la STS contiene un completo tratamiento del asunto enjuiciado que desarrolla en torno a tres ideas: la relación entre interés público e interés recaudatorio, la crítica de determinadas prácticas viciadas de la Administración contrarias a principios constitucionales fundamentales como la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE) y el servicio de los intereses generales (artículo 103 de la CE) y la aplicación del principio de buena administración que, frente a una conducta que parte del incumplimiento por la Administración del plazo para resolver el recurso de reposición, aplica el principio según el cual nadie puede beneficiarse de sus propias torpezas.

Hay que aclarar desde el primer momento que estamos ante una STS con una profunda crítica a la actuación administrativa (a la que llega a atribuir el "mal hábito" de presumir la desestimación de los recursos planteados ante ella) que inspira al TS una profunda preocupación ("sus palabras (se refiere al AdE) nos resultan preocupantes en tanto reveladoras de una concepción de las potestades que no es aceptable") y le lleva a una conclusión que no resulta tanto de la literalidad de las normas aplicables, cuanto de la aplicación del principio de buena administración.

De hecho, si acudimos a la normativa aplicable, que no es otra que el artículo 38 de la Ley 39/2015[4], de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y los artículos 161 y 224 de la LGT, creemos que de su lectura estricta se deriva la conclusión contraria a la que llega el TS, por lo que la misma encuentra su fundamento en las tres ideas antes señaladas, que permiten al tribunal llegar a una conclusión contraria a la que se deriva de la interpretación literal de dichos artículos.

4 "Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley."

Así, empezando con la primera de las ideas mencionadas: la incorrección de identificar el interés recaudatorio con el interés público, tenemos que decir que se trata de una reflexión adecuada y de agradecer en un momento en el que creemos que tal identificación parece natural, como si los motivos recaudatorios fueran una excusa que puede dinamitar cualquier otro principio. Desgraciadamente esa consideración está en la mente no ya de nuestra administración, sino también de nuestro legislador[5]. Pues bien, el TS reacciona con toda firmeza y acierto contra esa identificación, y cuando el AdE defiende la procedencia de liquidar el recargo de apremio contra la deuda que si bien había sido recurrida no estaba suspendida, con base en el principio de ejecutividad, el TS matiza que tal principio "dimana de la presunción de legalidad de que por ley gozan los actos (administrativos) que como prerrogativa o privilegio que entrañan, debe necesariamente incardinarse en la satisfacción del interés público". Así, tal ejecutividad debe ceder si el acto no es acorde al interés público. Y cuando el AdE hace descansar la conveniencia de casar la sentencia de la Audiencia Nacional ("**AN**") "no solo conceptualmente, ya que vulnera los principios generales del Derecho administrativo tributario, sino también por su elevado alcance económico, debido al gran número de liquidaciones que gestiona anualmente la Agencia Tributaria de la Región de Murcia", razonamiento que no es posible compartir jurídicamente (y de eso estamos hablando cuando la Administración actúa con pleno sometimiento a la ley y al derecho), el TS muestra su preocupación por una concepción de las potestades que no es "aceptable" según el tribunal y que resulta "retorcida" en nuestra opinión. La Administración no puede de ninguna de las maneras defender sus actos sobre la base de su elevado alcance económico. Es algo así como decir que se pueden hacer mal las cosas porque es necesario recaudar dinero.

La Administración no puede actuar para evitar el déficit, no puede dejarse llevar (seguro que, con buena intención, pero de manera equivocada) por el afán recaudatorio. Es loable que intente recaudar lo más posible en justa aplicación del sistema tributario, pero su cometido es hacerlo poniendo por delante los principios que la CE y su normativa reguladora le imponen.

Respecto a las "prácticas viciadas" a las que expresamente se refiere, estamos igualmente de acuerdo en las reflexiones vertidas por el TS y por ello creemos que sus palabras son mejor que cualquier comentario.

Así, señala el TS que "En consecuencia, aceptar que pueda dictarse una providencia de apremio en un momento en que aún se mantiene intacto para la Administración el deber de resolver expresamente, el cual no cesa por el mero hecho de la pendencia de recursos contra los actos presuntos –y, por ende, eventualmente, con la posibilidad, no muy estadísticamente frecuente, de que el recurso de reposición fuera estimado, con anulación del acto impugnado en reposición, que es hipótesis que no parece tener a la vista la comunidad murciana recurrente– es dar carta de naturaleza a dos prácticas viciadas de la Administración" y las señala después: la consideración del silencio negativo como una opción administrativa legítima de la Administración y "la concepción de que el recurso de reposición no tiene virtualidad ni eficacia favorable para el interesado (…). En

5 "Sin abandonar el procedimiento de cooperación reforzada de cara al establecimiento de un impuesto armonizado, se considera oportuno establecer a nivel nacional el Impuesto sobre las Transacciones Financieras, con la finalidad de contribuir al objetivo de consolidación de las finanzas públicas, y reforzar el principio de equidad del sistema tributario, habida cuenta que las operaciones que ahora se someten a tributación con carácter general no se encuentran sujetas efectivamente a impuesto alguno en el ámbito de la imposición indirecta" (Exposición de Motivos de la Ley 5/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre las Transacciones Financieras). "El largo periodo de tiempo transcurrido desde que comenzaron los debates a nivel internacional sobre este asunto sin que haya sido posible adoptar soluciones prácticas al respecto, unido a razones de presión social, justicia tributaria y sostenibilidad del sistema tributario, hacen necesario adoptar, siguiendo el camino iniciado por otros países, una solución unilateral" (Exposición de Motivos de la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales). "Para ello resulta imprescindible conseguir un incremento de los ingresos correspondientes al Impuesto sobre Sociedades, esfuerzo recaudatorio que se considera pertinente recabar de las grandes empresas, habida cuenta de que éstas poseen la capacidad contributiva necesaria para coadyuvar al sostenimiento de las finanzas públicas" (Exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2016, de 30 de septiembre, por el que se introducen medidas tributarias dirigidas a la reducción del déficit público).

otras palabras hay una especie de (…) presunción nacida de los malos hábitos o costumbres administrativas -no de la ley- de que el recurso solo tiene la salida posible de la desestimación". Vuelve a ser evidente la dureza del TS en el análisis de la actuación enjuiciada.

Y, por último, procede referirnos al tantas veces mencionado principio de buena administración, cuya aplicación justifica el TS por las siguientes razones:

- En primer lugar, porque detecta que una de las razones que lleva a poder apremiar una deuda cuyo recurso de reposición no se ha fallado es la presunción que la Administración aplica de que el recurso de reposición se desestima muy habitualmente. Somos desconocedores de cómo ha llegado el TS a tal conclusión, pero los profesionales que ejercemos el derecho en el ámbito tributario podríamos corroborar tal conclusión.

- En segundo lugar, se critica la figura del silencio administrativo con las duras palabras que se han reproducido líneas atrás.

- Y por último, fundamenta el TS la aplicación de dicho principio en que nadie debería resultar beneficiado por su propio mal funcionamiento.

Por lo que a la trascendencia práctica de la STS comentada se refiere, nos parece que, dada la dureza de sus planteamientos y lo genérico de sus conclusiones, puede afectar a numerosas actuaciones en las que la Administración ha dictado apremios sobre deudas en similar situación. Como veremos, la "filosofía" contraria al inicio de la vía de apremio cuando existen pronunciamientos pendientes, encuentra también perfecto reflejo en la STS que a continuación comentamos.

4. STS 1309/2020, de 15 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas. Es exigencia del principio de buena administración que cuando se ha solicitado un aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo, hasta que el mismo no se produzca, no se puede iniciar el procedimiento de apremio.

Los hechos fueron los siguientes:

- El 16 de mayo de 2006 se notificaron tres liquidaciones al contribuyente.

- Dichas liquidaciones fueron recurridas en reposición y los recursos fueron expresamente desestimados por resoluciones notificadas el 23 de junio del mismo año.

- El 5 de julio se solicita suspensión de la liquidación aportando avales, archivándose tal solicitud el 14 del mismo mes y devolviéndose los avales.

- Contra dicho acuerdo se plantea reclamación económico-administrativa solicitándose la suspensión, que fue concedida y se mantuvo durante la tramitación económico-administrativa y la judicial, que terminó mediante sentencia desestimatoria de 17 de mayo de 2012.

- Una vez finalizado el plazo de pago voluntario, se solicitó aplazamiento.

- La Administración notificó tres providencias correspondientes a las tres deudas iniciales el 25 de julio de 2012, girando los correspondientes recargos, siendo estos los actos recurridos que el TEAR de Canarias, el TEAC y la AN han considerado conformes a derecho.

El interés casacional se aprecia por el TS respecto de la necesidad de "determinar si, tomando en consideración los principio de buena administración que deriva de los artículos 9.3 y 103 de la CE, así como el de buena fe contenido en el artículo 3.1 de la LRJSP, y conforme a los artículos 65.5 y 167.3 b) de la LGT, una Administración tributaria a la que el contribuyente haya solicitado aplazamiento o fraccionamiento en período ejecutivo de cobro de las deudas tributarias puede, sin contestar previamente tal solicitud, dictar providencia de apremio en relación con las cuantías adeudadas, con las consecuencias derivadas de tal decisión, como el tipo del recargo procedente".

Nuevamente estamos ante una STS cuyo fundamento claro es el principio de buena fe y que al igual que la anterior llega a una conclusión que no se deriva de la literalidad de la norma, sino que la contradice en nuestra opinión. Si se leen los artículos 65.5 y 167.3 de la LGT[6], la conclusión es que la actuación administrativa cumple estrictamente dicha literalidad.

Las razones que llevan al TS a alejarse de dicha literalidad son varias, enmarcadas todas ellas por el principio de buena administración:

- El principio de buena administración no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio se derivan (objetividad y transparencia de la actuación administrativa, resolución en plazo, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, etc.) tiene –debe tener– plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos, entre los cuales está (y el TS lo considera indiscutible) "el de dar respuesta motivada a las solicitudes que los ciudadanos formulen a la Administración y a que las consecuencias que se anuden a las situaciones administrativas –especialmente cuando las mismas (…) les impongan cargas incluso si tienen la obligación de soportarlas– sean debidamente explicadas

6 Artículo 65.5 de la LGT: "La presentación de una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora. Las solicitudes en período ejecutivo podrán presentarse hasta el momento en que se notifique al obligado el acuerdo de enajenación de los bienes embargados. La Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento. No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento".
Artículo 167.3 de la LGT: "Contra la providencia de apremio sólo serán admisibles los siguientes motivos de oposición: a) Extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago. b) Solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación. c) Falta de notificación de la liquidación. d) Anulación de la liquidación. e) Error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada".

no solo por razones de pura cortesía, sino para que el sujeto pueda desplegarlas acciones defensivas que el ordenamiento le ofrece".

- En consecuencia, la Administración no puede iniciar la vía de apremio sin contestar antes a la petición de aplazamiento.

- El hecho de que el artículo 65.5 de la LGT autorice a la Administración a iniciar o continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento solicitado en período ejecutivo, no impide que las exigencias de los principios de buena administración y buena fe conduzcan a una conclusión contraria en el caso enjuiciado. Esta es "la clave de bóveda" de esta STS en nuestra opinión: la consideración de que las exigencias de los principios generales pueden estar por encima de la literalidad de las normas. Lo deseable sería que las normas los hubieran respetado en su redacción, desde luego.

- Es doctrina del TS (aunque hasta ahora solo referida a las solicitudes presentadas en plazo voluntario), que las solicitudes de aplazamiento "incorporan una voluntad inequívoca de pago de la deuda".

- La solución contraria podría llevar a resultados poco respetuosos con los principios de igualdad y de proporcionalidad, pues "haría de idéntica condición a un obligado tributario que, aunque no paga, muestra su clara disposición a hacerlo en condiciones legalmente más favorables (…) que a aquel otro que niega expresa o tácitamente su abono".

- La circunstancia de que se trate de liquidaciones inicialmente notificadas en 2006 y que han estado pendientes de pago hasta 2012 no tiene trascendencia alguna en la solución a adoptar.

El desarrollo y tratamiento del principio de buena administración al caso que nos ocupa es profundo y acertado, y ninguna de sus afirmaciones es susceptible de matizarse salvo una. Se trata del párrafo antes transcrito en que el TS justifica la solución adoptada en la "falta de regulación expresa". No compartimos que exista tal falta de regulación. El contenido de los artículos transcritos y en concreto el segundo párrafo del artículo 65.5 de la LGT son claros en nuestra opinión y llevan a la conclusión contraria. Estamos, pues, ante un caso especialmente claro para apreciar el peso del principio buena administración.

No obstante, a pesar del acierto y profundidad del desarrollo del principio de buena administración, consideramos que en este caso no solo la letra de la ley estaba clara, sino que era coincidente con su espíritu[7]. En tal caso, debemos plantearnos si el principio de buena administración pierde su vigencia o cuando menos se ve matizado. No lo considera así el TS.

Es lógica la reacción de la normativa tributaria ante prácticas en ocasiones fraudulentas de algunos contribuyentes que encadenan solicitudes de aplazamientos

7 Evitar que un encadenamiento fraudulento de solicitudes de aplazamiento impida la ejecución.

o fraccionamientos, pero esta STS constituye una reflexión acerca de que la necesidad de erradicar algunas prácticas procedimentales fraudulentas de los contribuyentes quizá no pueda ser afrontada mediante normas que corten de raíz prácticas que, en determinados casos, no tienen tal carácter fraudulento. Optar por medidas objetivas, que en ocasiones traten injustamente determinadas situaciones, puede ser eficaz, pero parece que el TS no comparte que tal eficacia esté por encima de principios como el de buena administración.

Por último, y para concluir con el comentario de esta STS, coincidimos con el TS en que la misma no entra en contradicción con la STS de 27 de marzo de 2019 (recurso de casación 1418/2017). En dicha STS, el TS establece como doctrina que la solicitud en período ejecutivo de un aplazamiento no impide que se genere el recargo de apremio del 20%, rechazando que sea el del 5%, puesto que solo el pago impide el apremio. Los términos de la casación no incluían la cuestión que ahora se debate. Además, en nuestra opinión, el hecho de que el apremio se notificara en aquel caso antes de la presentación de la solicitud de aplazamiento por el contribuyente, evita que su planteamiento sea trasladable a nuestro caso, porque la aplicación del principio de buena administración se fundamenta en el incumplimiento de la obligación de resolver, que no puede dar lugar a un perjuicio para el contribuyente.

No obstante, no puede negarse que la "fricción" entre ambas SSTS existe, ya que a la conclusión que llega el TS en 2019 se apoya, entre otros motivos, en la falta de efectos respecto del apremio de la solicitud en período ejecutivo del aplazamiento de la deuda[8] (aunque sea un razonamiento *obiter dicta*) y el voto particular de la misma (que se realiza por el magistrado que es ponente de la que ahora comentamos) efectivamente señala que, en opinión del magistrado autor del mismo, se produce un "abandono injustificado de la jurisprudencia" que justamente reconduce el debate de aquella STS al que en la STS ahora comentada se contiene: "este principio (el de buena administración) exige que solicitado el aplazamiento, que la normativa permite en vía ejecutiva, deba resolverse sobre esa solicitud antes de dictar la providencia de apremio[9], pues el hecho de que se prevea que tal petición no supone la paralización del procedimiento de apremio, no significa la necesidad de anteponer el dictado de la providencia antes de resolver sobre la misma, al final aceptada y declarada procedente, lo que demuestra la desviación del principio de buena administración".

Tanto esta STS como la inmediatamente anterior de nuestro comentario (y la referida de 27 de marzo de 2019), evidencian la polémica existente respecto del procedimiento de apremio y su compatibilidad con el principio de buena administración.

8 "Esta conclusión se ve reforzada por el artículo 65.5 LGT del que se desprende que únicamente la presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de la deuda tributaria en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo. La presentación de dicha solicitud en período ejecutivo, en cambio, no impide el inicio del procedimiento de apremio, y tampoco impide, en su caso, su continuación".

9 Recuérdese que en el caso enjuiciado se había notificado el apremio antes de la solicitud de aplazamiento, siendo posterior a esta la exigencia del recargo.

5. **STS 904/2020, de 2 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas. Los mecanismos de recalificación (artículo 13 de la LGT), simulación (artículo 16 de la LGT) y abuso en la aplicación de la norma (artículo 15 de la LGT) no son intercambiables sin que el primero pueda dar cobertura a un caso como el enjuiciado en esta STS.**

Los hechos enjuiciados eran los siguientes:

- La regularización a la entidad recurrente por el IS se realiza mediante la consideración de los ingresos empresariales obtenidos por tres personas físicas (con relación cierta con la misma) como ingresos de la entidad.

- De manera coherente, las cuotas soportadas y repercutidas por las mismas pasan a tener la consideración como tales de la misma entidad.

- La actividad de las tres personas físicas, que hasta la regularización tributaban por su actividad como actividad empresarial en estimación objetiva en IRPF y en régimen simplificado en IVA, pasa a tener la consideración de rendimientos del trabajo.

- Se considera probado que las tres personas físicas, junto con la entidad recurrente, realizaban una actividad única en la que la función real de las personas físicas era la de meros trabajadores al servicio de la dirección efectiva de la entidad recurrente, con cuyos medios desarrollaban sus funciones.

- Se impone sanción por la mencionada conducta.

La Inspección efectuó la regularización con apoyo en el artículo 13 de la LGT, según el cual "Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez", basándose en que lo que se había calificado conforme a su naturaleza era una actividad económica única, prescindiendo de las formas empresariales individuales que solo se habían constituido para conseguir un ahorro fiscal.

En las instancias previas tal regularización había sido considerada conforme a derecho.

La cuestión con interés casacional planteada es la siguiente: "Determinar si con sustento en el artículo 13 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la Inspección de los tributos puede desconocer actividades económicas formalmente declaradas por personas físicas, atribuir las rentas obtenidas y las cuotas del impuesto sobre el valor añadido repercutidas y soportadas a una sociedad que realiza la misma actividad económica que aquellas, por considerar que la actividad económica realmente realizada era única y correspondía a esta sociedad, bajo la dirección efectiva de su administrador, y, finalmente, recalificar como rentas del trabajo personal las percibidas por las mencionadas persona físicas".

La STS comentada, siendo completa, es breve, y en parte se lo puede permitir porque la actuación administrativa resulta realmente impropia.

Cuando lo que la Administración percibe es que "lo que está ocurriendo" es algo distinto de lo que se está sometiendo a tributación, la regularización debe realizarse a través de los tres mecanismos que la STS desarrolla. Percibirlo no siempre es fácil, pero lo más complicado en estos casos siempre es determinar el mecanismo de regularización adecuado: puede ser el artículo 13 de la LGT, empleado en este caso por la Inspección, y que constituye un mecanismo de recalificación (los hechos, actos o negocios jurídicos realizados por los contribuyentes, pasan a calificarse de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica al margen de la calificación otorgada por los contribuyentes); el artículo 16 de la LGT, que permite la regularización de aquellos negocios jurídicos que si bien han sido correctamente calificados conforme a su verdadera naturaleza jurídica, son celebrados simuladamente, pues no eran los que las partes realmente querían realizar; o por último, cuando la naturaleza jurídica de los contratos celebrados es la propia de ellos y los mismos no han sido celebrados en simulación, puede serlo a través de la cláusula antielusión contenida en el artículo 15 de la LGT, según la cual si se han realizado para una finalidad contraria al ordenamiento, también pueden ser objeto de regularización.

Bajo nuestra consideración, es correcto tanto el tratamiento de las tres figuras como el orden de análisis de las mismas para efectuar la regularización seguido por el TS en esta STS, que es el expuesto en el párrafo anterior.

También compartimos que el supuesto enjuiciado no debió ser regularizado por el artículo 13 de la LGT, y ello porque este artículo (al igual que el artículo 15): (i) es un mecanismo más "humilde" en su ámbito de aplicación de lo que el supuesto enjuiciado exigía, pues solo permite recalificar concretos actos, hechos o negocios jurídicos, pero no estructuraciones de diversos negocios jurídicos que afectan a una pluralidad de sujetos y entre los cuales existen relaciones que autorizan o desautorizan su auténtica naturaleza jurídica; y (ii) porque cuando el auténtico razonamiento que lleva a la regularización es la "actitud abusiva" de quienes se han aprovechado de cumplimientos individuales para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto, estamos ante un

supuesto de fraude de ley o abuso en la aplicación de la norma en los términos de la vigente LGT.

Ambos tipos de motivos son mencionados por la STS, pero el primero lo es con un carácter menos contundente, apoyándose realmente el TS en que la potestad del artículo 13 de la LGT es "genérica"[10] y ello impide regularizar actuaciones en las que están presentes "aparentes empresarios individuales", "empresas artificiosamente creadas" o cuya finalidad es la de "aliviar la carga tributaria que debería soportar aquella entidad".

Además, coincidimos plenamente en dos cuestiones que son muy relevantes y que la Administración deberá tener muy en cuenta: que los tres mecanismos mencionados no son intercambiables y que el uso del artículo 13 de la LGT realizado en el caso enjuiciado comporta un uso expansivo del mismo incompatible con el resto de la regularización.

Menciona finalmente el TS el distinto significado que las tres figuras tienen en derecho sancionador y lo hace diferenciando exclusivamente entre los supuestos de calificación en los que señala que puede ser posible defender una interpretación razonable o una ausencia de dolo, culpa o negligencia de los de simulación en los que tales circunstancias no pueden estar presentes (en la misma línea se iba a pronunciar el TS con claridad y como único motivo de casación en su STS 1187/2020, de 21 de septiembre (rec. 3130/2017).

6. **STS 1231/2020, de 1 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco José Navarro Sanchís. Las autorizaciones judiciales para la entrada y registro en el seno de una comprobación inspectora: (i) deben ser relativas a un procedimiento ya abierto y cuyo inicio se haya notificado; (ii) deben ser consecuencia de una información suficiente al Juzgado competente que la pondrá en tela de juicio en su apariencia y credibilidad, sin que a tal efecto valgan datos estadísticos o comparaciones de márgenes generales; y (iii) deben motivar y justificar adecuadamente la necesidad, adecuación y proporcionalidad de dicha medida.**

Con respecto a esta STS, no hacemos una referencia inicial a los hechos porque los mismos no son descritos en la misma, y no procediendo aventurarnos sobre los mismos, no resultan además necesarios para la comprensión y comentario de esta STS.

Las cuestiones respecto de las que se aprecia interés casacional son las siguientes:

"1) Determinar el grado de concreción de la información de las solicitudes de autorización de entrada en domicilio –o en la sede social de una empresa– formuladas por la Administración Tributaria, así como el alcance y extensión del control judicial de tales peticiones de autorización. 2) Precisar los requisitos para que la

10 Según el TS, "aunque solo sea porque el acuerdo de liquidación incorpora expresiones incompatibles con tan genérica potestad".

autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud por la Agencia Tributaria. 3) Especificar si la decisión administrativa, explicitada en su solicitud- de no iniciar procedimiento inspector previo; la preservación del secreto en que se basa esa omisión y la presunción -por conjetura o suposición de fraude fiscal que parece ampararlo, son constitucionalmente válidas, desde la perspectiva de la necesidad, la proporcionalidad y la accesoriedad de la medida pedida de entrada en domicilio y, en consecuencia, si las resoluciones judiciales que amparan la petición y autorizan dicha entrada vulneran tales límites y exigencias constitucionales. 4) En particular, si la entrada en domicilio puede justificarse, en el auto judicial que lo autoriza, preponderantemente, en que el contribuyente, titular de un establecimiento de hostelería, haya tributado, con base en los datos declarados, una cuota que resulta inferior a la media de rentabilidad del sector a nivel nacional y si, por tanto, puede inferirse de ese solo dato que el obligado tributario puede haber estado ocultando ventas efectivamente realizadas [...]"

La STS emplea un orden distinto del seguido en el auto de admisión de la casación, desarrollando en primer lugar lo que, en nuestra opinión, es la cuestión más polémica de todas las planteadas: si la falta de iniciación de un procedimiento previo a la entrada domiciliaria y la presunción de la existencia de un fraude fiscal que lo ampara son respetuosas con los principios de proporcionalidad y accesoriedad que deben inspirar la medida de la entrada en domicilio.

El carácter polémico de este concreto motivo casacional ha dado lugar a que en la actualidad se esté tramitando una posible modificación de la LGT en este punto para aclarar que no es necesario que exista un procedimiento "en curso". Nuestra consideración al respecto es que la situación –que por otra parte realmente no se genera con esta sentencia sino con una del año anterior[11] que ya establecía la necesidad de dicho procedimiento y de un acto notificado–, no se soluciona con modificar la LGT, sino que, como señalaremos, creemos que con la actual redacción tiene encaje normativo suficiente y que si ha de realizarse alguna modificación, esta debería afectar más al artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("**LJCA**") que a la LGT.

Vamos a empezar nuestro comentario también por este punto, adelantando ya nuestra discrepancia parcial con el pronunciamiento contenido en la STS, en la que el TS concluye que "La autorización de entrada debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado con indicación de los impuestos y períodos a que afectan las pesquisas".

El TS dedica el extenso fundamento jurídico segundo a esta cuestión y concluye lo expuesto en virtud de una serie de razonamientos: (i) la insuficiente regulación del contenido de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio, ya que frente a los artículos 8.6 de la LJCA y 113 de la LGT, el TS echa de menos

11 STS 1343/2019, de 10 de octubre de 2019.

una regulación a nivel de ley orgánica; (ii) las peculiaridades presentes en la tramitación procesal de las autorizaciones judiciales de entrada que, partiendo de que se trata de un único acto procesal que se adopta inaudita parte (del contribuyente) y se ejecuta por la Administración sin la presencia del órgano judicial, solo sería válido cuando los intereses no fueran contradictorios, lo cual claramente no ocurre en las autorizaciones de entrada; y (iii) especialmente, la literalidad de los artículos 8.6 de la LJCA[12] y 113 de la LGT[13] que, según la interpretación que de ellos hace el TS, evidencian la necesidad de que exista un acto administrativo cuya ejecución forzosa requiera la entrada en el domicilio.

Desde nuestra valoración de los mencionados argumentos de la STS, solo consideramos que pueda justificar su decisión el tercero, por lo que es el único al que vamos a referirnos. Los otros dos, contienen reflexiones importantes, pero que no fundamentan realmente el fallo. Respecto del argumento que vamos a comentar, ha de recordarse que es coincidente con el mantenido por la misma Sala y Sección del TS en su STS de 10 de octubre de 2019 (recurso de casación 2818/2017). Es decir, no estamos ante un pronunciamiento único, sino que el mismo confirma esta última STS mencionada.

Si atendemos a los mencionados artículos, el artículo 8.6 de la LJCA atribuye la competencia para las autorizaciones de entrada siempre que sea necesaria la ejecución forzosa de un acto. Por su parte, el 113 de la LGT tiene una literalidad diferente, ya que se refiere a que sea necesaria la entrada en el seno de un procedimiento de aplicación de los tributos. En el caso de autos hay que recordar que no se había notificado la comprobación inspectora que se pretendía iniciar, sin que quede claro si había un inicio de la misma por la Administración. Las comprobaciones inspectoras tienen una fase que realmente es previa y que solo comporta tramitación intramuros de la Inspección. Así, tras la formación de los planes de inspección, se produce la carga en el plan de inspección del equipo o unidad que debe desarrollar la comprobación y es este equipo o unidad quien, dentro del margen con el que cuenta para ello, decide cuándo y cómo iniciar la misma. De hecho, sea suficiente o no la motivación acompañada a la solicitud de autorización judicial, lo cierto es que la misma evidencia que se han realizado una serie de actuaciones por la Administración para conseguir los datos que se han aportado al Juzgado al que se solicita la autorización para la entrada.

¿Son tales actos previos (algunos puramente organizativos y otros de índole comprobadora) susceptibles de ser integrados dentro del procedimiento inspector? El TS ha dado respuesta a esta cuestión en su sentencia de 7 de julio de 2020 (recurso 641/2018) y la respuesta es negativa. En dicha sentencia el TS, aclarando que se pronuncia exclusivamente a los efectos de la duración máxima del procedimiento de inspección, señala que "ha de convenirse que las mismas (se está refiriendo las actuaciones previas para motivar la solicitud de autorización de entrada) como actos preparatorios del procedimiento de inspección no forman parte del mismo, por lo que no son susceptibles de procurar el inicio de las actuaciones de comprobación e investigación".

12 "Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública (…)."

13 "Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial."

Ahora bien, a pesar de esa claridad, hay dos cuestiones que llaman la atención de esta STS por lo que a su incidencia en el objeto de estas líneas se refiere: (i) que repite y aclara continuamente que su pronunciamiento solo se refiere al plazo de duración del artículo 150 de la LGT; y (ii) especialmente, que a pesar de que en el caso enjuiciado se trataba de una entrada realizada sin que se hubiera iniciado el procedimiento inspector en el sentido que el TS considera, no se contiene ningún pronunciamiento ni siquiera *obiter dicta* sobre si, dado que las actuaciones preparatorias no se consideran integradas dentro del procedimiento inspector, la entrada incumpliría el requisito de existencia de acto/procedimiento en el que autorizarla[14].

Así las cosas, existiendo esta última STS de 7 de julio de 2020 por un lado y por otro las SSTS de 10 de octubre de 2019 y la ahora comentada de 1 de octubre de 2020, se ha admitido a casación, por auto de 19 de noviembre también de 2020 la siguiente cuestión: "determinar si, para la realización de actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, únicamente pueden ser objeto de autorización judicial de entrada en el domicilio las solicitudes de la Administración tributaria relativas a procedimientos de inspección, en los que el obligado tributario se encuentre ya incurso". Expresamente señala dicho auto refiriéndose a las SSTS de 7 de julio y 1 de octubre de 2020 que "aun cuando tales sentencias examinan la incidencia de las autorizaciones judiciales de entrada y registro desde planos distintos, a la vista de las específicas cuestiones suscitadas en el recurso que ahora conocemos resulta conveniente un nuevo pronunciamiento que permita delimitar estos criterios jurisprudenciales, en el contexto de los principio básicos en esta materia, con el fin de reafirmar, completar, ampliar o matizar la doctrina existente".

Habrá por tanto que esperar que recaiga la sentencia correspondiente al mencionado auto para aclarar la exigencia de un acto administrativo y la calificación exigible al mismo (definitivo, de trámite, etc. No obstante, vaya por delante que nuestro criterio al respecto difiere del de la STS que ahora comentamos. En nuestra opinión, las actuaciones previas a la comunicación de inicio sí constituyen un procedimiento administrativo en el seno del cual recaen actos administrativos de mero trámite (tanto internos de la propia Administración, que no cabe negar y que si existe duda habrá que comprobar, como de carácter indagador) y, por otra parte, la comunicación de inicio del procedimiento, que se comunica en el mismo momento de personación, debería ser suficiente a efectos de considerar cumplido el requisito de existencia de acto y de procedimiento en curso.

Y en cuanto a la exigencia de que estuviera notificado, nos surgen dos consideraciones: (i) que dependerá del caso concreto; y (ii) que, como señalábamos, la comunicación se produce en unidad de acto con la entrada. La Inspección se persona, comunica el inicio, y solicita la entrada inmediata, de manera que en caso de denegación es cuando se realiza la entrada, pero habiéndose ya comunicado el inicio de la comprobación.

14 Es cierto que el propio TS lo justifica: "Así, una cosa es la cuestión jurídica que debe resolver el recurso de casación (si las actuaciones comprobadoras previas a la inmisión locativa inspectora inaudita parte en domicilio constitucional, deben computarse en la duración del procedimiento inspector), y otra los hechos que la suscitan: la cuestión fáctica que el Tribunal de instancia consideró probada y cuya valoración está vedada en casación: las concretas actuaciones previas de comprobación e investigación que desarrolló la AEAT formaron parte del procedimiento inspector".

En cuanto a la dependencia del caso concreto, con acierto el TS lo reitera. Esta es una de esas cuestiones sobre las que cada caso puede ser muy parecido a otro y dar lugar a una sentencia distinta.

Ahora bien, de entrada, es obvio que la principal (¿única?) razón que justifica la vulneración de un derecho fundamental como la inviolabilidad del domicilio es, justamente, la necesidad de que la entrada se produzca sorpresivamente, por lo que la notificación previa comportaría, normalmente, que su ejecución ya perdiera todo sentido. Pero tal afirmación va indisolublemente unida a la exigencia de claras y rotundas evidencias de la conveniencia de tal entrada. Y aquí es donde la actuación administrativa enjuiciada presenta claros defectos.

Nos estaríamos refiriendo a los motivos de casación 1, 2 y 4.

En primer lugar, por lo que se refiere al grado de concreción de la información que es enviada al Juzgado que ha de autorizar la entrada y al alcance y extensión del control jurisdiccional de la misma (motivo 1 de casación), creemos conveniente analizarlo conjuntamente con el relativo a la suficiencia o no de motivar la entrada en la diferente rentabilidad, en concreto la rentabilidad inferior del contribuyente al que la entrada se refiere, respecto de su sector económico (motivo 4 de casación). La razón es obvia, el segundo motivo no es sino un caso concreto de información facilitada al tribunal que va a evacuar la autorización y debe analizarse su "peso" en la posible concesión de esta.

Empecemos por la información a facilitar al Juzgado. No queda muy claro de la lectura de la STS cuál era y, de hecho, realmente parece que se trataba exclusivamente de la documentación acreditativa de que el contribuyente tenía una tributación inferior a la media del sector. Pues bien, nos parece claramente insuficiente que esa fuera la información sobre la que el Juzgado tomara la decisión de autorizar la entrada, especialmente por las características del caso enjuiciado. El TS se refiere a esa información como "meras conjeturas o inferencias a partir de magnitudes estadísticas" o como "una fuente de ciencia tan evanescente y laxa, de origen tan arcano, con base estadística o comparativa no contrastada ni, que se sepa, publicada".

Y sigue desarrollando una crítica, que justifica con toda rotundidad la conclusión a la que llega: "se desconoce en qué informes o documentos oficiales (…) se ha basado el concepto indeterminado de media del sector", "Se ignora por lo demás a qué denomina la Administración sector de actividad y qué clase de negocios comprende y si tales medias se subdividen o singularizan por razón de circunstancias tan determinantes como el tamaño del local, el número de empleados, la concreta y específica actividad, la localización dentro del municipio u otras más…".

Si la utilización de medias o datos estadísticos resulta por sí misma criticable, cuando menos debe desarrollarse el origen y forma de cálculo de las mismas y las razones de su afinidad con la actividad del contribuyente.

Por lo que al control judicial (por el Juzgado) de las peticiones de autorización se refiere, señala el TS que el Juzgado "lleva consigo el deber de poner en entredicho, como método que forma parte esencial de su control los datos o indicios que se le proporcionen". Es evidente que el Juzgado debe quedar "satisfecho" con la información que se le facilite y con las explicaciones que se le den acerca de la conveniencia y –como a continuación se señalará, de la necesidad– de la entrada, como también lo es que el mismo podrá recabar más información, datos o aclaraciones para formar su criterio, pero considerar que el mismo puede entrar a juzgar la validez, suficiencia o veracidad de la información es, en parte, una quimera inalcanzable que, por otra parte, no debe pedírsele al juez sino queremos estar adelantando una fase de enjuiciamiento que no es procedente en este momento. El Juzgado deberá considerar que con la información obtenida de la Administración y siempre que no existiera otra que la contradiga y la misma sea veraz, resulta procedente autorizar la entrada. Dado que ese juicio debe darse sin demora, no es exigible otro tipo de valoración por el Juzgado, lo cual carece de importancia si los tribunales españoles aplicasen debidamente la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado, lo cual no siempre ocurre. Esta cuestión queda de hecho atisbada y no resuelta en esta sentencia que ante la solicitud de devolución de la documentación incautada en el registro señala que dicha petición "parece sugerir que tal documentación no es válida o eficaz a efectos de los procedimientos administrativos seguidos como consecuencia de los hallazgos de datos o información en la práctica de la diligencia de entrada, lo que no podemos aceptar en un recurso de casación cuyo objeto versa sobre la validez de dos resoluciones judiciales, al margen de sus ulteriores y eventuales consecuencias". El TS lleva toda la razón al señalar que esta STS no puede contener pronunciamiento al respecto, y habría que esperar a ver qué ocurre con las acciones que el contribuyente entable contra las liquidaciones en la medida en que las mismas estén directa o indirectamente fundamentadas en las pruebas obtenidas en un registro cuya autorización resulta anulada.

Y en segundo y último lugar y por lo que al motivo de casación 3 se refiere (requisitos para que una autorización judicial de entrada pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud de la AEAT), la STS contiene un interesante desarrollo de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no podemos sino compartir salvo por una cuestión aparentemente poco importante, y por una reflexión que creemos debería realizarse. Esa cuestión es la contenida en el apartado 4.4 del fundamento jurídico tercero, que al referirse al contenido de la solicitud de autorización y al contenido de esta, señala una cuestión que no podemos compartir ya que señala que las mismas deberán explicar "cuál es el presunto ilícito y cuáles son los concretos indicios que permitan conocer su gravedad, seriedad y entidad, avanzando la cuantía del fraude o la deuda tributaria eludida". Pretender que se determine el ilícito tributario presunto y un avance de la cuantía es, en términos coloquiales por los que pedimos disculpas, "tirarse un tiro en el pie". La actuación que se inicia con la entrada y registro no puede conocer el tipo de ilícito ya que la infracción dependerá de una serie de circunstancias que es imposible conocer y, desde luego, que se contenga un avance o aproximación a la cuantía

está absolutamente fuera de lugar. Se puede decir que no hay porque "acertar" en dicho importe, pero en nuestra consideración se trata de abrir un debate indeseable que solo serviría para incrementar la litigiosidad de una cuestión que ya por sí misma lo es.

Y en cuanto a la reflexión que en materia de proporcionalidad echamos de menos, no es sino la clara diferencia entre domicilio de personas físicas y jurídicas que de hecho lleva a distintas legislaciones europeas a no proteger en los mismos términos ambos tipos de domicilio puesto que la intimidad que la inviolabilidad del domicilio pretende proteger es, obviamente, de muy distinto carácter.

Así, para concluir, debemos señalar que, partiendo del acierto del pronunciamiento contenido en la STS comentada, creemos no obstante que exigir junto a los requisitos básicos de proporcionalidad y motivación, otros añadidos de existencia de un acto sin realizar un análisis profundo de esa exigencia y del significado de la misma en un procedimiento de comprobación o de cuantificación previa de la deuda antes de iniciar la comprobación, van a cambiar el enfoque correcto del debate que no es sino los mencionados requisitos de motivación correcta y profundo análisis de proporcionalidad. En todo caso, lo que creo que todos compartimos es la conveniencia de mejorar la escasa legislación existente a este respecto.

7. STS 1371/2020, de 21 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara. La limitación para el cambio de opciones tributarias no aplica en los supuestos en los que se ha producido un cambio sustantivo en el régimen tributario aplicable por razón de una comprobación tributaria.

Los hechos enjuiciados que constan en la STS como relevantes son los siguientes:

- La sociedad había declarado en 2004 y 2005 por el régimen general del IS.

- En 2006 tributó por el régimen especial de sociedades patrimoniales.

- Como consecuencia de la comprobación inspectora, se regulariza la improcedencia de aplicar el mencionado régimen en 2006, se descubre un incremento de la base imponible por considerar probado que el importe cobrado por una venta es superior al declarado.

- En la declaración por IS de 2006 se había aplicado el criterio de devengo que constituye la regla general en IRPF (artículo 14.2.d) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo) y la Inspección no acoge la solicitud del contribuyente de que, al ser aplicable como consecuencia de la regularización el artículo 19.4 del

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), se le permita aplicar el criterio de imputación temporal de pagos aplazados.

- Se impuso sanción.

La cuestión con interés casacional consiste en "determinar si, habiéndose regularizado la situación tributaria de un contribuyente en un procedimiento de inspección, y provocado un cambio en el régimen sustantivo de tributación aplicable –aquí, un cambio en los criterios de imputación temporal de rentas-, el artículo 119.3 de la LGT obliga a mantener la opción inicial manifestada por el contribuyente o permite que se ejerciten las nuevas o distintas opciones admitidas por la Ley para el régimen de tributación aplicable tras la regularización inspectora".

El artículo 119.3 de la LGT[15] no es desde luego un artículo pacífico y su conciliación con el principio de regularización íntegra no siempre es fácil. Ejemplo de ello es la STS de 22 de noviembre de 2017 en la que justamente se desarrolla esa conciliación respecto de un caso distinto del ahora enjuiciado: la compensación de bases imponibles. Tampoco puede decirse que el fallo de la misma sea claro[16], de hecho, lo que hace es sencillamente remitirse a que la Inspección resuelva o no, antes de la regularización, si procede o no la compensación de las bases imponibles negativas ("**BINs**") solicitada. En este sentido, debemos destacar la sentencia de la AN del pasado 11 de diciembre de 2020, que afronta el manido y nunca resuelto definitivamente tema de la compensación de las BINs como opción o derecho. Dicha sentencia zanja la polémica con una interpretación estrictamente sistemática de la cuestión que, por lo que conocemos, no se había planteado hasta ahora, y señala que carece de trascendencia que se trate de una opción o un derecho dado que la polémica entre si es aplicable el artículo 119.3 de la LGT o el 120.3[17] del mismo texto legal debe zanjarse porque el primero, que es el que prohíbe rectificar las opciones se refiere exclusivamente a las declaraciones, mientras que el segundo, que no contiene tal limitación se refiere a las autoliquidaciones, y dado que el caso enjuiciado es una autoliquidación del IS, no procede aplicar la limitación del artículo 119.3 de la LGT, sea opción o derecho la compensación de BINs. En la fecha en la que estas líneas se cierran no somos conocedores de si se ha recurrido en casación y el eventual recurso se ha admitido, pero tenemos pocas dudas de que la Administración lo habrá hecho, porque son muchas las liquidaciones tributarias existentes en materia de compensación de BINs y porque en la sentencia de la AN se echa de menos un razonamiento acerca del motivo por el que se llega a dicha conclusión por la AN a pesar de la literalidad del artículo 120.1 de la LGT, según el cual "Las autoliquidaciones son declaraciones (…)", circunstancia esta que podría considerarse que impide la no aplicación a estas últimas del régimen establecido en el artículo 119.3 de la LGT para toda clase de declaraciones (incluyendo las autoliquidaciones).

15 "Las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el período reglamentario de declaración".

16 "(a) no significa reconocer a la recurrente el derecho a que se le aplique directamente la compensación que solicitó respecto de bases negativas en ejercicios anuales anteriores; (b) tan sólo se concede el distinto derecho a que la Administración tributaria, con carácter previo a realizar la liquidación resultante de la actividad inspectora, resuelva si era o no procedente la compensación que fue solicitada en relación con los concretos créditos fiscales que fueron invocados respecto de ejercicios anteriores, pero sin oponer como obstáculo que había precluído temporalmente el derecho a deducir esa solicitud; y (c) queda también a salvo el derecho de la Administración de condicionar la compensación solicitada para la liquidación litigiosa a la dejación sin efecto de la compensación que por los mismos créditos fiscales hubiese realizado la entidad recurrente en otros ejercicios fiscales diferentes a los aquí controvertidos."

17 "Artículo 119. Declaración tributaria.
3. Las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el período reglamentario de declaración."
"Artículo 120. Autoliquidaciones.
3. Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente. (…)."

En la STS ahora comentada, que se construye de manera paralela a otra muy cercana en el tiempo y del mismo magistrado[18], el hilo conductor parece ser que el artículo 119.3 de la LGT lo que niega es la posibilidad de cambio de opción cuando en aplicación del artículo 120.3 del mismo texto legal el contribuyente presenta una rectificación de su autoliquidación, pero cuando lo que se produce es una actuación de comprobación, en cuyo seno se provoca un cambio en el régimen sustantivo de tributación aplicable, el interesado tiene derecho a ejercer una opción diferente de la que ejerció en el momento inicial.

A ello añade un razonamiento más el TS que ya mantenía el contribuyente: si la opción preferente fuera la misma en el régimen general de sociedades que la que lo era en el régimen de sociedades patrimoniales, no sería obligado requerir al contribuyente para que optara al respecto, pero dado que el silencio del contribuyente tiene diferente valor en cada uno de los dos regímenes (el aplicado por el contribuyente y el aplicado por la Inspección), no puede aceptarse que no se vuelva a poder optar por aquel.

Así, el TS abre una vía de inaplicación del artículo 119.3 de la LGT, que realmente no está en su literalidad, pero que es consecuencia (un tanto indirecta) del principio de regularización íntegra y muy directamente de que el mismo: (i) aplica cuando es el contribuyente el que, *motu proprio*, pretende cambiar su propia opción inicial; y (ii) no aplica cuando es consecuencia de una comprobación en la que se produce un cambio en el régimen sustantivo de tributación aplicable. Pero esta STS deja numerosos interrogantes planteados. Así, no queda claro cuan sustancial ha de ser el cambio para que aplique este criterio, pudiéndonos plantear si es necesario que se cambie de figura impositiva aplicable (de IRPF al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, por ejemplo) o solo cuando se trata de un régimen general a otro especial del mismo impuesto, como es el caso, o por ejemplo si el mismo tiene que representar un porcentaje importante de la deuda y no es posible cuando el mismo sea escaso, etc. En fin, la jurisprudencia que vaya recayendo sobre una cuestión como la de las opciones, que tanta litigiosidad ha suscitado, irá aclarando estos puntos.

Por otra parte, nos extraña que la sancionabilidad de la conducta no se haya tenido en cuenta en la toma de decisión por el TS. Así, dado que el alto tribunal toma en consideración que era muy difícil ejercer una opción adecuada previendo qué podía pasar si luego se cambiaba el régimen, creemos oportuno señalar que si la conducta de aplicar un régimen tributario inadecuado era una conducta sancionable (la adopción del régimen, no el descubrimiento de otras cuestiones), hubiera parecido oportuno que el TS concretase por qué, a pesar de que el problema se genera por el contribuyente, circunstancia esta por la que es sancionado, se le permite mantener el derecho a la opción.

18 Nos estamos refiriendo a la STS de 15 de octubre de 2020 (rec. 6189/2017).

III. Conclusión

Concluimos así estas páginas destinadas a la revisión de algunas de las sentencias del TS que consideramos más polémicas en materia procedimental durante 2020. Quizá la más clara de las conclusiones es que existe cierta "falta de sintonía" entre la Administración tributaria y el TS, y también que el origen está claro, y es que mientras que el ordenamiento tributario (al menos en su parte más procedimental) es normalmente muy casuístico y en gran parte se rige por el principio de eficacia, el TS considera que ese no es el más importante de los principios generales, y que su consideración como tal da lugar a vulneraciones de otros como el de confianza legítima, seguridad jurídica o buena administración, con los que debe convivir.

La solución es complicada, porque mientras que el TS realiza en varias de las SSTS analizadas una interpretación fundamentalmente imbuida de los mencionados principios que según dicho tribunal resultan vulnerados por la rígida aplicación del ordenamiento que hace la Administración, para esta no es fácil alejarse de la literalidad estricta de la norma por considerar directamente aplicable en su exégesis de los mismos dichos principios generales.

Problemas y cuestiones

Sobre el *ius variandi* de la Administración pública: fundamentos y límites

Alberto Ibort Franch
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE URBANISMO

Beatriz Álvarez Mallo
Abogada de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE URBANISMO

Índice/

I. Introducción **102**

II. Naturaleza del ius variandi de la Administración **102**

III. La justificación y motivación de las decisiones como límites al ius variandi **103**

IV. Presupuestos para las modificaciones de planeamiento **106**

1. El interés general como fin concreto 106
2. Realidad fáctica del suelo: naturaleza de la función de planeamiento 109

V. Referencias jurisprudenciales sobre modificaciones de planeamiento **111**

VI. La carga de la prueba **113**

VII. Conclusiones **114**

Resumen: La potestad revisora de la Administración, o *ius variandi*, legitima al planificador para variar los usos del suelo. Ahora bien, el control jurisdiccional sobre la actividad discrecional de la Administración conllevará la anulación de aquellas calificaciones que resulten bien incoherentes con las líneas generales del planeamiento, o bien discordantes con la realidad de los hechos; permitiendo, asimismo, establecer directamente la nueva calificación del suelo, únicamente cuando los criterios generales del plan conduzcan a una única solución coherente. Cuando las soluciones sean varias posibles, la Administración actuando discrecionalmente, podrá decidir bien eligiendo aquellas soluciones urbanísticas que estime más convenientes a los intereses generales o bien corrigiendo las deficiencias o excesos de edificación permitidos por el anterior planeamiento. De todo ello se deriva que, para juzgar el control de oportunidad o conveniencia llevado a cabo por el planificador en el ejercicio de su potestad discrecional, la motivación será el elemento clave para determinar en cada caso concreto hasta dónde puede llegar la actividad discrecional de la Administración y cuándo ha de entrar en juego el control jurisdiccional de la misma. La motivación de los actos administrativos debe reflejar la objetividad y razonabilidad que debe predicarse de toda actuación administrativa.

Abstract: The Administration's authority to review the land planning, known as ius variandi, empowers it to, among other matters, modify land uses. However, judicial control over the administration's discretionary activity will lead to the annulment of determinations that are either inconsistent with the general lines of land planning, or are at odds with the reality of the circumstances. Likewise, but only when the general criteria of the Plan lead to a single coherent solution, it is possible to directly establish a new land classification. When there are several possible solutions, only the Administration, acting on a discretionary basis, can decide on the matter, choosing the urban planning solutions that it considers most beneficial to the general interests or correcting the deficiencies or excesses of building allowed by the previous Plan.
It follows that, in order to judge the control of the opportunity or benefits carried out by the Administration in the exercise of its discretionary authority, justification is crucial in determining how far the discretionary activity of the Administration can go in each specific case, and when the jurisdictional control has to come into force. The justification of administrative actions should reflect the objectivity and reasonability that any administrative action should have.

Palabras clave: Potestad revisora, *ius variandi*, control jurisdiccional, planeamiento, discrecional, interés general, control de oportunidad, motivación

Keywords: Reviewing power, *ius variandi*, judicial control, land planning, discretionary, general interest, suitability control, justification

Sobre el *ius variandi* de la Administración pública: fundamentos y límites

I. Introducción

Una de las cuestiones fundamentales en el ámbito urbanístico es la capacidad de las Administraciones públicas para llevar a cabo actualizaciones en la configuración urbanística de sus territorios, y, en este sentido, las potestades y límites que tienen dichas Administraciones públicas. En particular, en este estudio se aborda uno de los fundamentos básicos de toda actuación urbanística, conocido tradicionalmente como el *ius variandi*.

Esta potestad ha sido analizada por el Tribunal Supremo y por los Tribunales Superiores de Justicia en múltiples ocasiones. Más allá de una cuestión teórica, los límites al *ius variandi* han sido muy relevantes a la hora de determinar la legalidad o no de instrumentos urbanísticos, por lo que parece necesario realizar un análisis más pormenorizado y pausado de este concepto y su interpretación jurisprudencial.

II. Naturaleza del *ius variandi* de la Administración

La *potestas* de la Administración de actuar en el ámbito urbanístico (e.g. ordenar los usos urbanísticos, desarrollar urbanísticamente las ciudades, etc.) es calificada por la jurisprudencia como "discrecional", no arbitraria, y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución[1].

En todo caso, con la finalidad de comprobar que la decisión no es arbitraria y que las razones alegadas son adecuadas para justificar la decisión adoptada, se admite el control jurisdiccional de aspectos sustanciales como son: (i) la verificación de la existencia de los hechos en que se fundamenta la decisión administrativa; y, lo que es más relevante, (ii) la valoración de estos hechos que realiza la Administración, no solo desde un punto de vista formal (i.e. exigencia de motivación), sino también en sus aspectos materiales.

Por ello, para analizar la naturaleza del *ius variandi* es muy importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este tribunal ha venido estableciendo que las Administraciones públicas (en este caso, los ayuntamientos) están investidos de una potestad que las habilita para la configuración urbanística de las ciudades, con el *ius variandi* que tal potestad lleva implícita. Así, el Tribunal Supremo ha afirmado que este *ius variandi*, que se reconoce a la Administración por la legislación urbanística, se justifica en las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente, que no arbitrariamente, y siempre con observación de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución.

1 Vid. Sentencia, de 14 noviembre de 2018, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), Rec. 995/2016.

Nuestra jurisprudencia es contundente al señalar que la Administración dispone de una discrecionalidad técnica, de una autonomía política y de la potestad de *ius variandi* en el ámbito del planeamiento urbanístico que le ha sido otorgada por la Constitución y las leyes. Pues bien, en el análisis de esa jurisprudencia subyace la idea de que la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción, que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general.

Del análisis de esta jurisprudencia también se ha de destacar que el Tribunal Supremo condiciona y supedita dicha potestad discrecional de planeamiento a un fin concreto: la satisfacción del interés público. De esta forma, se pretende instaurar un modelo racional de planeamiento que evite la especulación y observe en todo momento los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución[2].

En consonancia con lo anterior, nuestros tribunales han venido a establecer que, con carácter general, la discrecionalidad del planificador, el conocido *ius variandi*, no es más que la especie dentro del género de la discrecionalidad administrativa. A estos efectos ha quedado plenamente asentado que el ejercicio de esta potestad discrecional en el ámbito urbanístico se concreta en la libertad de elección que corresponde al planificador para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística. Discrecionalidad que como se ha indicado nace de la ley y resulta amparada por la misma. Y ello se debe a que con dicha libertad de elección ni se anticipa ni se determina el contenido de la decisión urbanística, sino que se confía en el planificador para que adopte la decisión que resulte acorde con el interés general[3].

En definitiva, la doctrina tradicional sobre el ejercicio del *ius variandi* reconoce, por tanto, una amplia libertad de elección al planificador urbanístico entre las diversas opciones permitidas por la Ley. Ahora bien, como sucede con la discrecionalidad en general, el ejercicio de tal potestad se encuentra sujeto a una serie de límites, que no pueden ser sobrepasados.

A este respecto, la doctrina y jurisprudencia coinciden en destacar los dos elementos que deben guiar principalmente la actuación de la Administración y que son límites a su potestad discrecional en el ámbito urbanístico: (i) el interés general como fin concreto a perseguir; y (ii) la realidad fáctica del suelo.

III. La justificación y motivación de las decisiones como límites al *ius variandi*

Los tribunales españoles han puesto de manifiesto la necesidad de limitar y/o controlar el *ius variandi* de la Administración a la hora de llevar a cabo su función planificadora, haciendo necesario un cierto nivel de justificación de las decisiones tomadas discrecionalmente.

2 Vid. Sentencia, de 27 de octubre de 2015, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 313/2014.

3 Vid. Sentencia, de 23 de enero de 2017, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 79/2017.

En este sentido, la Sentencia 6 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuyo objeto es la impugnación del Plan de Reforma Interior de la Playa de la Patacona, de Alboraya (Valencia), es un ejemplo del control judicial de la discrecionalidad de la Administración, reconociendo que la motivación se convierte en el requisito formal y material indispensable para la justificación de su legalidad[4].

En este sentido, hay un aspecto cuyo tratamiento merece nuestra atención, dado que también supone un elemento a valorar a la hora de delimitar el ejercicio del *ius variandi*: el llamado balance de costes-ventajas que, aunque presente en toda nueva ordenación, goza aquí de un mayor protagonismo. Así la citada sentencia establece que también es preciso determinar si el balance costes-ventajas de la nueva ordenación es positivo o negativo; esto es, si las nuevas ventajas que se deriven de la nueva ordenación compensan o no los inconvenientes para los intereses privados, o incluso para otros intereses públicos, que la nueva planificación pueda producir.

En suma, no cualquier interés privado será suficiente, por respetable que sea, para enervar el *ius variandi* del planificador; para ello tiene que tratarse de un interés privado ostensiblemente relevante, o concurrente con intereses públicos de relevancia, y ser además de escasa notoriedad el interés general perseguido por el planeamiento; o bien existir alternativas igualmente eficaces, pero menos gravosas para el interés particular.

Por otro lado, hay que destacar jurisprudencia[5] en la que se mantiene una postura más laxa a la hora de exigir una justificación y motivación de las modificaciones de los instrumentos de planeamiento, no siendo necesaria la motivación de cada determinación de planeamiento urbanístico sino que basta con incluir los objetivos y criterios de la ordenación del territorio, la justificación del modelo de desarrollo elegido y la descripción de la ordenación propuesta. De este modo las determinaciones del planeamiento no quedan huérfanas de motivación. El encaje de las mismas en el instrumento que corresponda está asegurado con base en los principios generales de racionalidad, proporcionalidad y congruencia.

No obstante, dicha jurisprudencia no determina con exactitud cuál debe ser el grado de justificación del modelo elegido, por lo que finalmente será labor de los tribunales juzgar si la justificación incluida es o no suficiente para negar la actuación arbitraria de la Administración.

A estos efectos, destaca la Sentencia, de 21 de noviembre, del Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 2481/2016 (Recurso 3207/2015) que, al desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia, supone, confirmar el alcance de la potestad de las Administraciones con competencias urbanísticas de determinar el criterio de ordenación de los terrenos. Por eso se valida la Orden autonómica de aprobación de una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana (el "**PGOU**"), que procede a unificar en un solo sector los terrenos que en el planeamiento general

4 Vid. Sentencia, de 6 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 2326/1998.

5 Vid. Sentencia, de 11 de mayo de 2007, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Rec. 218/2004.

anterior constituían dos sectores, siendo que la delimitación de uno de ellos había sido anulada por sentencia judicial.

El establecimiento *ex novo* de una regulación distinta a la anterior, aunque sobre esta penda un pronunciamiento judicial en cualquiera de sus instancias que haga que aquél no sea firme, es consecuencia del ejercicio del *ius variandi* de la Administración en su ejercicio de la potestad de planeamiento. Por tanto, la Administración puede en cualquier momento ejercer dicha potestad modificando el modelo y criterios de ordenación anteriores, siempre y cuando resulte suficientemente motivado.

Pero si dicho *ius variandi* debe ser una manifestación de la necesidad de adaptación del contenido del planeamiento a las exigencias cambiantes que en cada momento demanda el interés general, el hecho de que dicha potestad se lleve a cabo respecto unas determinaciones que han sido anuladas por un pronunciamiento judicial, de modo que la nueva ordenación no responda exactamente al resultado de dicho pronunciamiento, debe ir acompañado "de una motivación especial, de un plus en la justificación, del que resulte claramente acreditado ante el cambio de circunstancias que las exigencias del interés general demandan tal medida".

Y es aquí donde la doctrina comentada exige una "motivación particularmente rigurosa que venga a justificar la ordenación proyectada en razones objetivas y consistentes de interés general". Tan especial es esta exigencia de plus de justificación cuando con el ejercicio del *ius variandi* no se da exacta adecuación al fallo judicial, que llega a invertirse incluso la carga probatoria, de modo que sea la Administración quien tenga que acreditar la falta de intención defraudatoria por una parte y, por otra, la adecuación de la actuación al interés general.

Por ello, la sentencia concluye señalando que es la Administración quien necesariamente tiene que realizar un esfuerzo con el fin de justificar la modificación y/o cambio de ordenación, eliminando así cualquier sospecha de que el planeamiento se modifica para impedir dar cumplimiento al fallo de la sentencia. De este modo, la declaración de nulidad pretendida debe acogerse cuando de la nueva ordenación derivada del cambio de planeamiento se revele que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo.

Así, para evitar una "petrificación" en el ejercicio de la potestad de planeamiento, resulta justificada la actuación de la Administración de llevar a cabo una modificación del PGOU, debiendo valorarse si la modificación proyectada tiene o no la finalidad de incumplir una resolución anterior o de convertir en legal lo ilegal, debiéndose estar a si se atiende o no racionalmente el interés público urbanístico.

Ello coincide con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, que señala que la Administración que modifica la clasificación preexistente del suelo es la que tiene la carga de la prueba de la justificación, debiendo ofrecer una expresa motivación suficientemente justificada y basada en razones de interés público. Como

es lógico, si el planificador decidió en un plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados de un modo concreto, le será exigible que el plan posterior, en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador clasificándolos de otro modo, exponga con claridad las razones que justifican una decisión que contraviene la anterior, en una cuestión no regida por su discrecionalidad.

Esta decisión posterior no está amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (*ius variandi*); ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad de planeamiento. Por ende, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones suficientes para adoptar dicha decisión[6].

IV. Presupuestos para las modificaciones de planeamiento

1. El interés general como fin concreto

La jurisprudencia entiende mayoritariamente que, dado que el *ius variandi* concede un amplio margen de decisión a la Administración, es exigible que, en lo que respecta a sus decisiones sobre cuál debe ser la configuración y el diseño urbano de la ciudad, éstas estén clara e indubitablemente orientadas a la consecución del interés general.

La doctrina y la jurisprudencia mantienen una posición unánime al analizar las implicaciones de atender al interés general como principio rector y como límite al *ius variandi* de la Administración. Sin embargo, no existe una definición unívoca de interés público.

Para algunos autores[7] el interés público está íntimamente relacionado con la objetividad y con la racionalidad y, por lo tanto, requiere de motivación para que sea aceptado. El interés público aparece con todo su sentido cuando la Administración actúa discrecionalmente, disponiendo de un margen de libre apreciación para la toma de decisiones. La exigencia legal de motivación explica hasta qué punto el interés público debe tratarse siempre en un contexto de racionalidad. De lo contrario, cuando el interés público no se motiva, entra en juego la arbitrariedad y el autoritarismo. El interés público, como piedra angular del derecho administrativo, reclama que se gestione, se administre o se interprete siempre en el marco de la objetividad y de la racionalidad.

En el ámbito del derecho urbanístico parte de la doctrina reconoce la existencia de una creciente participación ciudadana en la elaboración, tramitación y aprobación de los instrumentos urbanísticos de planeamiento, como forma de completar el significado del interés general. Es decir, se reconoce un papel relevante a la

6 Vid. Sentencia, de 6 de septiembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Núm. 1997/2016 [RJ 2016\5776]; y Sentencia, de 15 de marzo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 6/2018.

7 RODRIGUEZ ARANA, J.: "El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas". Actualidad Administrativa, Nº 8, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 abr. 2010, pág. 915, tomo 1, Editorial LA LEY.

participación ciudadana en la preparación de los instrumentos de planeamiento, pero manteniendo la Administración la potestad de tomar la decisión final, atendiendo a las alegaciones que se hagan en el periodo de información pública, pero basando su decisión en el criterio del interés general que debe predominar y del que la Administración es el principal garante.

A este respecto, la jurisprudencia ha introducido aspectos que han permanecido inmutables e inalterables y que siguen respondiendo a la realidad actual (e.g. control de los hechos determinantes, principios generales del derecho, etc.). En este sentido, y así ha sido asumido por parte de la doctrina, la participación ciudadana proporciona elementos de juicio a la Administración, que tendrá en cuenta las alegaciones y sugerencias de los ciudadanos como una posibilidad entre otras, siendo ésta quien tomará la última decisión con su visión global del territorio ordenado[8].

En relación con el alcance de la participación ciudadana, es necesario hacer especial hincapié en aquellas situaciones en las que existe o puede existir cierta confrontación entre el interés general y los intereses particulares, siendo dicha participación un elemento de equilibrio entre ambos intereses contradictorios.

El interés general puede definirse como el presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. Su importancia es de tal calado que, de no estar presente, la decisión de la Administración no sería ajustada a Derecho y, cabría esperar su impugnación aduciendo que no se ha cumplido con el fin último de su existencia; esto es, tomar una decisión en materia urbanística que redunde en interés de la generalidad.

Cuando se lleva a cabo una revisión del planeamiento debe acompañarse de la preceptiva orientación hacia los intereses generales, atendiendo a un cambio de circunstancias que lo motive. Esta línea ha sido en numerosas ocasiones confirmada por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que la revisión del planeamiento anterior constituye no solo una potestad, sino incluso un verdadero deber administrativo cuando las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales. Esto es, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma, sustitución o modificación, para adecuarlo a las exigencias del interés público, susceptibles de cambiar, incluso, con el solo devenir temporal.

En consecuencia, frente al ejercicio de dicha potestad se deberá desplegar una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad y la seguridad jurídica, con desviación de poder o por falta de motivación en la toma de sus decisiones[9].

Por lo tanto, se configura la satisfacción del interés general como fin concreto y/o exigencia de la que en ningún caso quedará liberada la Administración en la

8 Vid. Sentencia, de 11 de marzo de 1991, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) [RJ 1991\1982].

9 Vid. Sentencia, de 14 de febrero de 2007, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5245/2003. En esta Sentencia se basa la elaboración del artículo titulado: "Reclasificación de terrenos pese a la aprobación de un plan de actuación urbanística: aplicación del ius variandi del planificador. Control judicial de la discrecionalidad del planificador". Práctica Urbanística, Nº 60, Sección El urbanismo en el estrado, mayo 2007, pág. 39, Editorial LA LEY.

toma de decisiones administrativas, entre las que se encuentran las decisiones tomadas en el marco de su función planificadora, aun siendo esta potestad de planeamiento discrecional[10].

La potestad de planeamiento urbanístico es atribuida por el ordenamiento jurídico con el fin de que la ordenación resultante (e.g. diseño de espacios habitables, usos y equipamientos, perspectivas de desarrollo, ampliación o expansión, etc.), sirva con objetividad al interés general (no únicamente a los intereses de unos propietarios y/o los de la propia Corporación Municipal). Asimismo, es necesario justificar y motivar convenientemente el cumplimiento de este requisito en la memoria del instrumento de planeamiento de que se trate; cuanto más reducido sea el ámbito abarcado, más rigurosa y precisa ha de ser la motivación[11].

La jurisprudencia insiste en la necesidad de motivar convenientemente las decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de su potestad decisoria. La actuación orientada al interés general se articula, en el ámbito urbanístico, como una presunción iuris tantum.

Así lo ha venido reiterando nuestra jurisprudencia, al señalar que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración urbanística ha de basarse en una clara actividad probatoria que deje seriamente acreditado que la Administración al planificar: (i) ha incurrido en error manifiesto respecto de los hechos determinantes de su actuación o; (ii) actuando al margen de sus facultades discrecionales, ha adoptado una decisión arbitraria apartándose de los intereses generales a que debe servir, no teniendo en cuenta la función social de la propiedad o la estabilidad o la seguridad jurídica; o (iii) ha obrado con desviación de poder o con manifiesta falta de motivación.

Por tanto, dada la presunción *iuris tantum* de que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a derecho, para destruirla o desvanecerla no son suficientes meras alegaciones ni simples conjeturas o sospechas, sino que es preciso que el tribunal llegue, tras un examen de la prueba aportada, a la convicción de que la Administración no utilizó sus potestades con miras en el interés general[12]. Es decir, para que se entienda vulnerado el interés general por la Administración es necesario que quede suficientemente probado que la actuación de la Administración fue arbitraria y, por tanto, no es ajustada a Derecho[13].

Por todo lo anterior se puede decir que la potestad pública en materia de planeamiento urbanístico tiene su razón de ser en la satisfacción de un interés general que prima, en todo caso, sobre los objetivos e intereses particulares que puedan estar en juego. Esto implica que el interés público y no el privado ha de ser el elemento decisorio para la redacción, modificación o, en su caso, revisión de cualquier instrumento urbanístico.

Se trata pues, de una potestad que debe servir para una mejor satisfacción de los intereses generales. De este modo, el éxito de quien pretenda oponer alguna excepción al ejercicio de esta potestad, dependerá en buena parte de que pueda

10 Vid. Sentencia, de 14 de junio de 2011, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3828/2007.

11 Vid. Sentencia, de 26 de julio de 2006, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 2393/2003, Sentencia, de 30 de octubre de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5957/2003, y, Sentencia, de 24 de marzo de 2009 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 10055/2004.

12 Vid. Sentencia, de 14 de octubre de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Rec. 1338/1999.

13 Vid. Sentencia, de 19 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Rec. 548/2003.

acreditar con pruebas fehacientes que la Administración ha actuado en contra del interés general.

2. Realidad fáctica del suelo: naturaleza de la función de planeamiento

La jurisprudencia exige el mismo nivel de motivación o justificación cuando, superada la fase de diseño inicial del territorio a través de un instrumento urbanístico, la Administración decide potestativamente modificar o alterar su contenido por la presencia de nuevos hechos que hayan modificado la situación fáctica de los suelos y que requieran de una modificación del correspondiente instrumento urbanístico, al haber dejado de ser idóneo dadas las condiciones actuales.

Es la propia naturaleza del planeamiento el segundo pilar sobre el que reside el *ius variandi* en el ámbito del derecho urbanístico. Así lo señala el propio Tribunal Supremo, que argumenta que la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el *ius variandi* que en este ámbito se reconoce a la Administración. Esta dispone de un amplio margen de discrecionalidad en torno a la calificación de los terrenos y de su uso y aprovechamiento, que implica la adecuación lógica de las opciones elegidas en cada caso, dentro del ámbito de dicha discrecionalidad, al modelo territorial elegido y a las consecuencias dimanantes del mismo en orden a la clasificación y calificación del terreno[14].

Se ha de incidir en que un cambio en las circunstancias originales de un ámbito o sector determinado deberá ser convenientemente reflejado en los instrumentos de planeamiento, que deberán ser sometidos a la correspondiente revisión y, en su caso, modificación.

Esta facultad de modificación del planeamiento, siempre atendiendo a los términos que la Administración estime convenientes, y siempre en función de las circunstancias cambiantes que concurran, también es objeto de tratamiento jurisprudencial. Así, la Jurisprudencia señala que las Corporaciones Locales pueden hacer las elaboraciones y modificaciones del planeamiento que las circunstancias exijan en cada momento, ello dentro de los parámetros legales establecidos y/o de acuerdo con el planeamiento vigente, con discrecionalidad, valorando el interés general y con sujeción al principio de racionalidad[15].

Se trata, por tanto, de acreditar que la decisión de modificar el planeamiento por la Administración se encuentra debidamente basada en la concurrencia de nuevas circunstancias, cuya aparición haga necesario el citado cambio en el planeamiento. Sin embargo, en algunas ocasiones se ha tratado de impugnar una modificación o revisión puntual del planeamiento urbanístico sobre la base de una supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica. No obstante, nuestros tribunales han señalado que una modificación o revisión puntual es un concepto central del derecho urbanístico, que define el marco físico elegido para el desarrollo de la convivencia y prefigura qué transformaciones se van a introducir en la

14 Vid. Sentencia, de 3 de enero de 1996, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 5351/1991.

15 Vid. Sentencia, de 3 de julio de 2001, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 6882/1996.

realidad de hecho existente en el momento de su formulación. Por ello, y tratándose de una norma de rango reglamentario, la Administración está habilitada para su alteración en base al *ius variandi*. A estos efectos, tanto en el trazado del marco físico de la convivencia, como en la posibilidad de modificación cuando el interés público lo demande, el plan se formula, modifica o revisa al margen de los intereses de los propietarios de los terrenos afectados, al ser el urbanismo una función pública. No obstante lo anterior, se lleva a cabo a través de unos trámites que abren una vía de participación a los ciudadanos, pero la decisión se adopta en atención al interés público con independencia de cuales sean las aspiraciones o expectativas de los propietarios de terrenos afectados.

Ello supone que el principio de seguridad jurídica no pueda entenderse infringido por un cambio en la calificación urbanística del suelo, pues el *ius variandi* de la Administración le permite adecuar el ordenamiento urbanístico a las nuevas circunstancias demográficas, sociales y económicas que demanden una alteración de la anterior regulación jurídica urbanística presidida por la utilidad pública[16].

Por lo tanto, según la Jurisprudencia, la posibilidad de adaptar los instrumentos de planeamiento a la realidad fáctica del suelo respeta el principio de seguridad jurídica, dado que la potestad de la Administración para reflejar la realidad en cada momento se justifica en los cambios de diversa índole que dejan obsoletos dichos instrumentos y que deben ser objeto de revisión con cierta periodicidad.

Todo ello, teniendo en cuenta la premisa de que los instrumentos de planeamiento no son definitivos ni tienen duración infinita. Al contrario, deben suponer la oportunidad para abordar el reto de la planificación del crecimiento de las ciudades adaptándola a la realidad del municipio y a las previsiones de desarrollo que el planificador tenga sobre el mismo.

En este sentido, se señala que las Administraciones públicas podrán modificar en cualquier momento las determinaciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico, de oficio, a instancia de otras Administraciones públicas, o a instancia de particulares, debiendo entender que los instrumentos de planeamiento urbanístico y las Normas Urbanísticas Municipales tienen vigencia indefinida pero no de una manera absoluta o categórica sino susceptible de poderse alterar y modificar (en ocasiones ello vendrá impuesto por la propia realidad de los hechos que se den o acontezcan en el Municipio ordenado por dicho instrumento de planeamiento general)[17].

Igualmente, cabe destacar la aplicación de la doctrina de la "fuerza normativa de lo fáctico" por el Tribunal Supremo, que ha venido afirmando que la clasificación de un terreno como suelo urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, sino que debe ser definido en función de la realidad de los hechos y con respeto a la realidad de sus servicios. Es decir, hay que conferir especial relevancia a la fuerza normativa de lo fáctico para considerar como urbanos los terrenos atendiendo a la realidad, lo que hace, a la inversa, que la inclusión o no en un plan de tales terrenos como urbanos quede fuera de la esfera

16 Vid. Sentencia, de 27 de febrero de 1996, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3623/1991.

17 GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. "*Derecho Urbanístico de Castilla y León*", 2ª Ed. 2005. Pág. 62-63. Editorial LA LEY

voluntarista de la Administración[18]. La jurisprudencia, por lo tanto, refrenda la necesidad de tener en cuenta la realidad fáctica de los terrenos a la hora de clasificar el suelo a través de los instrumentos de planeamiento con los que cuentan los ayuntamientos.

En este sentido, hay que tener en cuenta la finalidad última de la planificación urbanística, que no es otra que la regulación del crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, atendiendo a los distintos usos con base en las necesidades que los municipios tengan en un momento determinado y a las modificaciones sociales, económicas y demográficas.

V. Referencias jurisprudenciales sobre modificaciones de planeamiento

A mayor abundamiento, en línea con la doctrina jurisprudencial expuesta hasta el momento, hay que destacar que en la concepción del *ius variandi*, la necesidad de motivación es un elemento esencial en los procedimientos contencioso administrativos relativos a impugnación de instrumentos de planeamiento. Si bien es cierto que, como hemos visto anteriormente, los tribunales reconocen unánimemente el *ius variandi* y la potestad de la Administración en materia de redacción y modificación de Planes Generales de Ordenación Urbana, tanto el grado de motivación como la intensidad de la justificación técnica que debe incluir cada instrumento de planeamiento es enjuiciado individualmente y varía en función de cada supuesto.

En este sentido, cabe destacar la postura de, entre otros, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (el "**TSJM**"), que ha mostrado una tendencia a exigir que la aprobación de los instrumentos de planeamiento lleve implícita las justificaciones técnicas exigidas por la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (la "**LSCM**"), de una forma sólida y detallada, con documentación que sustente las mismas.

Por ejemplo, mediante la Sentencia del TSJM, de 21 de junio de 2013 y, posteriormente, mediante la Sentencia de 1 de julio de 2015 del Tribunal Supremo, se anuló el acuerdo de la Comunidad de Madrid, de 19 de enero de 2012 por el que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual del PGOU de Madrid de 1997 para la ampliación de tres grandes centros comerciales de El Corte Inglés en Madrid, al considerar que la modificación urbanística no estaba suficientemente justificada.

En este sentido, los tribunales recuerdan que el artículo 42.1 c) de la LSCM requiere justificar expresamente la idoneidad de las divisiones en áreas homogéneas. A estos efectos, y según recuerdan dichas sentencias, en la memoria no existía un estudio técnico que determinase las necesidades comerciales que acuciaban a los antiguos ámbitos en los que se ubicaban los tres centros comerciales ya existentes.

18 Vid. Sentencia, de 6 de junio de 1989, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).

En ambas sentencias se está realizando una aplicación estricta de la LSCM y requiriendo que cualquier redacción o modificación de planeamiento esté justificada y motivada de una forma exhaustiva y suficiente. La actuación cuestionada no puede ampararse únicamente en la genérica potestad del planificador de modificar el planeamiento anterior. La exigencia de motivación en estos supuestos tiene que ser máxima. Particularmente en este caso, se exige, de modo razonable y fundado, justificar la idoneidad de la discontinuidad del ámbito de actuación.

En esta línea, es preciso traer a colación jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, derivada de pronunciamientos como por ejemplo los emitidos en relación con la construcción del ya famoso hotel Algarrobico en Carboneras (Almería), con base en la Sentencia, de 21 de marzo de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, rec. 1298/2008.

En este supuesto, la Junta de Andalucía reconociendo los terrenos como urbanizables, utilizaba el argumento del *ius variandi* de la Administración en su potestad de planificación territorial para legitimar una zonificación en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales ("**PORN**") incompatible con la clasificación urbanizable de los terrenos. Sin embargo, la parte codemandada mantenía que la clasificación y los actos administrativos aprobados durante su desarrollo resultaban nulos de pleno derecho, por lo que, sobrevenidamente, el PORN consideraba los terrenos como espacio protegido no urbanizable.

En la práctica, como se ha expuesto previamente y tal y como señalan algunos autores, la potestad de la Administración en materia de planeamiento y el ejercicio de *ius variandi* tienen que estar suficientemente justificados y motivados para que las modificaciones de planeamiento propuestas no incurran en vicio de nulidad. Además, dicha motivación que, en los instrumentos de planeamiento debe incluirse tanto en la memoria del documento como en los informes que incorpore el mismo, tiene que pronunciarse expresamente sobre los siguientes puntos: (i) el respeto a los derechos adquiridos por los propietarios de los terrenos en relación con las modificaciones llevadas a cabo; o (ii) el contenido indemnizatorio que la actuación pueda traer consigo. En este sentido, se ha defendido que "la indemnización a los derechos adquiridos encuentra soporte en la doctrina de las resoluciones del Parlamento Europeo, debiéndose tomar en consideración en relación con su función social, al objeto de evitar que las restricciones a los derechos adquiridos a resultas del *ius variandi* de la Administración en su potestad de planeamiento, no constituyan, en palabras de la citada doctrina, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia de los derechos así garantizados"[19].

19 HERNANDEZ JIMENEZ, HILARIO: "*Determinaciones de instrumentos de planeamiento territorial. Ius Variandi. Respeto a los derechos adquiridos*". Práctica Urbanística. 2014. Pág. 4. Editorial LA LEY.

VI. La carga de la prueba

El análisis de la carga de la prueba cobra importancia cuando se juzga el correcto ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración. Debe tenerse en consideración que pueden darse dos situaciones, ambas respaldadas por la jurisprudencia: (i) que sea el afectado y / o impugnante quien tenga que acreditar que la Administración, al planificar, ha incurrido en error o se ha alejado de los intereses generales, sin tener en cuenta la seguridad jurídica o con desviación de poder; o por el contrario, (ii) que se produzca una inversión de la carga probatoria y corresponda a la Administración acreditar la existencia de razones para adoptar dicha decisión así como adecuación al interés general e inexistencia de intención defraudatoria.

En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, que, en numerosas sentencias, entre otras, la Sentencia, de 27 de abril de 2016, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Rec. 3381/2014, señala que "Es doctrina consolidada de esta Sala, (…), que el ejercicio del "ius variandi" que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente -que no arbitrariamente- y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones". Por ello, para un correcto ejercicio del *ius variandi* es preciso que se actúe en base a una clara actividad probatoria, acreditando plenamente que la Administración al planificar ha incurrido en error o al margen de la discrecionalidad, etc.

Por el contrario, como se ha expuesto previamente, en la Sentencia, de 3 de julio de 2007, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Recurso 3865/2003, se recuerda que "es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen".

VII. Conclusiones

A la vista del análisis doctrinal y jurisprudencial realizado en este artículo, estimamos que en la esfera urbanística el alcance y la justificación del concepto jurídico indeterminado del *ius variandi* resulta esencial a la hora de promover las modificaciones del planeamiento urbanístico de los municipios, toda vez que el objetivo de las Administraciones públicas es procurar dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos y, por consiguiente, establecer un régimen de usos del suelo lo más actualizado posible a dichas necesidades.

Por ello, el reto al que se enfrentan las corporaciones locales es la motivación de la justificación y procedencia de la adaptaciones urbanísticas, mediante la aprobación de un PGOU y/o su modificación, siendo dicha modificación amparada, en términos generales, por su facultad o potestad de modificación del planeamiento en base al citado *ius variandi*.

En este sentido, como hemos visto, se reconoce amplia libertad de elección al planificador urbanístico, siendo necesario motivar, sin determinarse con exactitud cuál debe ser el grado de motivación, las decisiones tomadas discrecionalmente con base en el interés general y la realidad fáctica del suelo, debiendo cumplirse adicionalmente otros requisitos como son la discrecionalidad –que no arbitrariedad–, la estabilidad, la seguridad jurídica, etc.

En definitiva, no se trata de que, de forma inequívoca la Administración tenga que optar por el mejor modelo urbanístico desde un punto de vista técnico-económico, sino de que se adopte un modelo suficientemente justificado, apoyado en datos objetivos, que responda a las necesidades y exigencias cambiantes del interés público (susceptibles de cambiar incluso con el solo devenir temporal) y a criterios de oportunidad, evitando así que el ejercicio del *ius variandi* vulnere los límites racionales de la discrecionalidad.

Por todo ello, el fin último no es otro que la regulación del crecimiento ordenado de los núcleos urbanos, teniendo en cuenta los distintos usos con base en las necesidades que los municipios tengan en un momento determinado y las modificaciones sociales, económicas y demográficas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de ejercer la labor de planificación urbanística.

Derecho de separación: momento en el que se pierde la condición de socio. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021

Pedro Marques da Gama
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE CORPORATE

Iciar de Lorenzo Rodríguez-Inciarte
Asociada de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE CORPORATE

Índice/

I. Introducción **118**

II. Planteamiento de la cuestión **119**

III. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021 **120**

1. Antecedentes 120
2. Solución dada por el Tribunal Supremo. Teoría del reembolso 121
3. Voto particular. Teoría de la recepción 122

IV. Algunas consideraciones **123**

1. Consecuencias derivadas de la teoría del reembolso 123
2. Consecuencias derivadas de la teoría de la recepción 124

V. Conclusión **125**

Resumen: La falta de previsión en la normativa aplicable en relación con el momento en el que el socio pierde la condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación ha planteado muchos y muy distintos problemas en la práctica societaria, y ha dado lugar a que la doctrina y la jurisprudencia (sobre todo en lo que va de año) se hayan tenido que pronunciar en diversas ocasiones en relación con esta cuestión.

En este artículo analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021, cuyos argumentos y conclusiones siguen las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021, que se pronuncian sobre el momento en el que el socio pierde la condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación y exponemos las consecuencias prácticas que pueden tener dichos pronunciamientos.

Abstract: The lack of provision in the applicable regulations in relation to the moment in which a shareholder loses the status of shareholder after the exercise of the right of separation has raised many very different problems in corporate practice and has led to the courts (especially this year) having to issue judgments in relation to this issue on several occasions.

In this article, we analyse the Supreme Court Judgment of 15 January 2021, in which the reasoning and conclusions follow the Supreme Court Judgments of 2 February, 9 February and 24 February 2021, which decide on the moment in which the shareholder loses the status of shareholder following the exercise of the right of separation, and we set out the practical consequences that these judgments may have.

Palabras clave: Ley de Sociedades de Capital, derecho de separación, pérdida de la condición de socio.

Keywords: Companies Act, right of separation, loss of the status of partner.

Derecho de separación: momento en el que se pierde la condición de socio. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021

I. Introducción

Pocos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "**LSC**") han generado tanta controversia y discusión como el artículo 348 bis, que permite el ejercicio, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, del derecho de separación de un socio en caso de falta de distribución de dividendos. Se puede fácilmente apreciar dicha controversia si pensamos que, desde su entrada en vigor el 2 de octubre de 2011, la aplicación de dicho artículo ha estado más tiempo suspendida que vigente.

Con independencia de que el artículo 348 bis de la LSC establece la causa legal de separación que ha generado un mayor interés desde su introducción en la LSC, existen otras causas legales de separación previstas en el artículo 346 de la LSC, además de las causas de separación que los socios decidan establecer en estatutos, en los términos previstos en el artículo 347 de la LSC. Todos estos supuestos se ven afectados por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como se explicará en el apartado II de este trabajo, la regulación del derecho de separación no determina de manera expresa el momento en el que el socio separado pierde la condición de tal. Esta es una cuestión de una enorme importancia porque podrá, como veremos en este trabajo, desencadenar consecuencias muy diversas y con un impacto muy relevante en la vida de las sociedades, según se adopte una u otra de las teorías discutidas por la doctrina.

Nuestra jurisprudencia no ha sido particularmente abundante en esta cuestión, quizás porque la vigencia del artículo 348 bis de la LSC, que es la norma que más controversias judiciales podría generar, ha estado suspendida durante mucho tiempo.

Todo lo anterior pone de manifiesto la importancia de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021 (la "**Sentencia**") que versa justamente sobre esta cuestión y que, además, ejemplifica las graves disparidades a las que pueden conducir las dos principales posturas defendidas por la doctrina en esta materia. Los argumentos de la Sentencia han sido igualmente compartidos por las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021.

En este trabajo analizaremos la Sentencia y trataremos de aportar algunas ideas sobre esta compleja cuestión que, pese al enorme avance que representa la Sentencia, todavía está, a nuestro juicio, lejos de una solución definitiva y coherente.

II. Planteamiento de la cuestión

Antes de entrar en el análisis de la Sentencia, conviene realizar un breve repaso sobre la figura del derecho de separación en la legislación española.

La regulación del derecho de separación viene recogida en el Capítulo I y III del Título IX de la LSC. Este marco normativo establece las causas que dan lugar al derecho de separación, los requisitos para el ejercicio de dicho derecho, así como el procedimiento para la valoración de las participaciones o acciones del socio o accionista para el pago del correspondiente reembolso.

El derecho de separación se configura como un derecho individual del socio a darse voluntariamente de baja de la sociedad cuando concurra alguna de las causas previstas en la LSC o en los estatutos, teniendo como consecuencia la pérdida de la condición de socio.

Como hemos señalado en el apartado I anterior, uno de los grandes problemas que plantea el derecho de separación, y que ha sido analizado ampliamente por la doctrina y, recientemente por la jurisprudencia, es la determinación del momento en el que se pierde jurídicamente la condición de socio, una vez ejercitado el derecho de separación. La LSC no se pronuncia en este aspecto, aunque el procedimiento regulado en la misma hace referencia a varios momentos o hitos en los que podría verificarse esa pérdida de la condición de socio.

En este sentido, la doctrina ha mantenido tres posturas diferenciadas sobre esta cuestión: (i) un sector doctrinal que defiende que es la comunicación a la sociedad de la voluntad del socio de separarse la que determina la pérdida de la condición de socio (teoría de la declaración); (ii) otros autores (Aguilera Ramos[1], Farrando Miguel[2] y Fernández de Córdova Claros[3]) defienden que se produce a partir del momento en que la sociedad recibe la declaración de voluntad del socio de ejercitar su derecho de separación (teoría de la recepción); y (iii) una tercera postura (Brenes Cortés[4]) que defiende que la comunicación es solamente un presupuesto de ejercicio del derecho de separación, que se consuma con el abono o consignación del reembolso del valor de su participación en la sociedad (teoría del reembolso).

La elección de una u otra postura tendrá importantes consecuencias prácticas y de gran trascendencia para la vida de la sociedad y del socio saliente, cuestiones que serán objeto de análisis en el presente trabajo.

1 AGUILERA RAMOS, A., "El derecho de separación del socio". *Derecho de Sociedades de responsabilidad Limitada*, tomo II, Madrid, 1996, pg. 1015.

2 FARRANDO MIGUEL, I., *El derecho de separación del socio en la ley de sociedades anónimas y la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998, pg. 104.

3 FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., "Separación y exclusión…" op. cit. pg. 510. Indica el autor que la declaración del socio sobre su voluntad de separarse tiene naturaleza recepticia, produciéndose la pérdida de la condición de socio una vez que la sociedad conoce la voluntad de aquel en dicho sentido.

4 BRENES CORTÉS, J., "*¿En qué momento se consolida el derecho de separación del socios en una SRL?*". Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 715/2006 pg. 9.

III. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2021

1. Antecedentes

A modo resumen, la Sentencia resuelve una disputa relativa al ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos recogido en el artículo 348 bis de la LSC. Este caso es muy interesante y complejo porque la sociedad en cuestión solicitó el concurso de acreedores después del ejercicio por parte de varios socios minoritarios de su derecho de separación y, por lo tanto, cabe apreciar las implicaciones de ello en un contexto concursal, es decir, el tratamiento que merece en el concurso el crédito del socio saliente resultante del ejercicio del derecho de separación.

Según la Sentencia, los socios minoritarios notificaron a la sociedad con fecha 11 de noviembre de 2011 el ejercicio de su derecho de separación, de conformidad con lo previsto en el artículo 348 bis de la LSC. Por sentencia firme de 21 de marzo de 2014 se declaró el derecho de separación de los socios minoritarios y se condenó a la sociedad a reembolsar a los socios minoritarios el valor razonable de sus participaciones sociales.

A falta de acuerdo entre las partes en relación con el valor razonable de las participaciones sociales, el Registro Mercantil de La Coruña designó a un auditor de cuentas para que informara sobre la referida valoración, que se llevó a cabo con fecha 14 de octubre de 2014. La valoración del auditor de cuentas fue impugnada judicialmente por la sociedad, sin que a fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial que resuelve el recurso de apelación se hubiera resuelto dicho procedimiento.

Por auto de 14 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña declaró el concurso voluntario de la sociedad.

Los socios minoritarios comunicaron a la administración concursal su crédito derivado del ejercicio del derecho de separación y solicitaron que se calificara como ordinario, al entender que la condición de socio se pierde en el momento de ejercicio del derecho (teoría de la recepción). Por tanto, en el momento de la declaración de concurso de la sociedad ya no eran socios de la sociedad, ni ostentaban vinculación alguna con la misma. La administración concursal incluyó el derecho de crédito de los socios minoritarios en la lista de acreedores como subordinado, considerando que los socios minoritarios salientes seguían siendo socios de la sociedad en el momento de declaración del concurso.

Los socios minoritarios impugnaron la lista de acreedores y el juez del concurso desestimó la demanda, declarando que el crédito debía ser calificado como subordinado, porque los socios minoritarios seguían siendo socios de la sociedad cuando fue declarado el concurso. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial[5] estimó el recurso de apelación y declaró (i) ordinario el principal del crédito y (ii) subordinado el crédito derivado de los intereses devengados, considerando, tal y

5 Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de enero de 2018.

como fue argumentado por los socios minoritarios, que la condición de socio se pierde con el ejercicio del derecho de separación.

2. Solución dada por el Tribunal Supremo. Teoría del reembolso

El Tribunal Supremo no comparte el criterio de la Audiencia Provincial y opta por la teoría del reembolso, defendiendo que "para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, de la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, […] debe haberse liquidado la relación societaria, y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición".

El Tribunal Supremo[6] rechaza la teoría de la recepción que había sostenido el mismo tribunal en su sentencia 32/2006, de 23 de enero, al considerar que "de ahí no cabe inferir sin más que sea ese el momento en el que se pierde la condición de socio, porque el mencionado pronunciamiento se refería a los requisitos de ejercicio del derecho, no a su consumación".

El Tribunal Supremo defiende que el crédito ha de ser calificado como subordinado, puesto que, cuando nació el derecho de crédito proveniente del derecho de separación, los socios minoritarios todavía tenían la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos previstos en la Ley Concursal.

En relación con la naturaleza concursal del crédito de los socios minoritarios, el Tribunal Supremo analiza las diferencias, a estos efectos, entre el crédito resultante del ejercicio del derecho de separación (reembolso) y el crédito procedente de la cuota de liquidación. En relación con el crédito derivado del reembolso, el Tribunal Supremo sostiene que "*c*abe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación". Así las cosas, si la recepción de la comunicación del derecho de separación es anterior a la declaración de concurso, el crédito es concursal y tendrá la clasificación que proceda según las normas concursales. A diferencia de ello, el derecho del socio a su cuota de liquidación en el supuesto de la disolución de la sociedad como consecuencia de la liquidación concursal no es propiamente un crédito concursal susceptible de ser clasificado como tal. El Tribunal Supremo fundamenta este criterio en que si se "calificara como subordinado se daría la paradoja de que se le daría mejor trato al socio que si la sociedad no hubiera entrado en concurso". Por lo tanto, la cuota de liquidación queda al margen del concurso y se pagará únicamente cuando quede remanente social, una vez pagados todos los acreedores concursales, incluyendo los subordinados.

En resumen, según el Tribunal Supremo, el socio mantiene los derechos y obligaciones inherentes a tal condición hasta el momento en que se le paga el valor de

6 El Tribunal Supremo sigue igualmente el criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) 239/2011 de 8 de julio y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) 194/2015 de 16 de abril.

su participación. No obstante, el derecho de crédito resultante del reembolso nace cuando la sociedad recibe la notificación ejercitando el derecho de separación, y ese es, además, el momento que se tendrá en cuenta a la hora de fijar la valoración de las participaciones del socio saliente.

3. Voto particular. Teoría de la recepción

El Magistrado D. Juan María Díaz Fraile emite un voto particular respecto de la Sentencia y defiende, con los argumentos que señalaremos más adelante, que la fecha en la que se debe hacer efectiva la separación del socio es la fecha en la que la comunicación del socio de su voluntad de ejercer el derecho de separación llega a la sociedad (lo que hemos denominado como la teoría de la recepción) o, a más tardar, la fecha de la sentencia firme que declara el derecho de separación.

Para llegar a esta conclusión, el Magistrado hace uso de, entre otros que consideramos menos relevantes a los efectos de este análisis, los siguientes argumentos:

(i) El artículo 348 bis de la LSC procura proporcionar al socio minoritario una vía de escape de la sociedad frente al "imperio despótico de la mayoría". Y esa vía de salida podría frustrarse si la efectividad del derecho de separación se alarga demasiado en el tiempo, máxime cuando depende de un acto de la sociedad como es el pago del valor de las participaciones. Es decir, el retraso entre el ejercicio del derecho y su efectividad puede dejar vacío de contenido el derecho (si pensamos en el caso de la reactivación de la sociedad o la obligación de realizar prestaciones accesorias fácilmente percibimos que el tiempo corre en contra del socio saliente).

(ii) El carácter potestativo del derecho de separación, que atribuye a su titular la facultad de modificar o extinguir una relación jurídica previa en virtud de una declaración de voluntad unilateral (y recepticia).

(iii) El ejercicio del derecho de separación da lugar al nacimiento en el patrimonio del socio de un crédito por el valor razonable de sus participaciones o acciones, lo que necesariamente implica la salida de las participaciones o acciones de su patrimonio, por lo que el socio pierde su condición de tal (pues tal condición venía atribuida por la titularidad de las participaciones o acciones que ha dejado de ostentar). La coexistencia en el patrimonio del socio de un crédito de reembolso por el valor de las participaciones y de las mismas como activo autónomo es difícilmente justificable desde un punto de vista jurídico y económico.

(iv) El derecho de separación es un derecho adquirido, pleno, y no un mero derecho expectante o condicionado, que no puede ser perjudicado por

la sociedad mediante la revocación del acuerdo social que lo originó. Y ello ha sido expresamente admitido por la sentencia 32/2206 del Tribunal Supremo.

(v) La comunicación del derecho de separación es el momento que ha de tomarse de referencia para fijar el valor razonable de la participación del socio.

(vi) La interpretación respecto de la jurisprudencia en relación con el derecho de exclusión (que comparte régimen legal con el derecho de separación en el Capítulo III del Título IX) permite deducir que, en los casos en los que no es necesaria la resolución judicial prevista en el artículo 352 de la LSC, el momento de la efectividad de la exclusión coincide con el momento a que ha de venir referida la valoración de la participación, no con el de su pago o reembolso.

IV. Consideraciones sobre la teoría del reembolso y la teoría de la recepción

1. Consideraciones a la teoría del reembolso

Como hemos señalado, el Tribunal Supremo ha optado en la Sentencia por la denominada teoría del rembolso, interpretando así que la condición de socio se pierde con el pago por la sociedad al socio del valor de su participación.

Esta interpretación plantea, como principal inconveniente, el de determinar si el socio que ha ejercitado el derecho de separación, pero que no ha recibido el valor de su participación, conserva todos los derechos y obligaciones propios de un socio. El Tribunal Supremo no llega a concretarlo, pero entendemos que esta postura podría generar dificultades prácticas, en la medida en que el interés del socio se habrá disociado del interés social, por ejemplo, ¿podría el socio separado asistir a las juntas y ejercitar su derecho de voto? Parece que sí podría, pero en ese caso, ¿podría también impugnar acuerdos sociales (cuando estos fueran anulables)? Y si la sociedad aprobara un reparto de dividendos, ¿tendría derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales? Siguiendo lo expuesto por el Tribunal Supremo debemos entender que sí. Pero, ¿y si el reparto se produce con cargo a reservas constituidas con anterioridad al ejercicio del derecho de separación? El socio estaría siendo remunerado por esas reservas dos veces, mediante la percepción de dividendos y mediante el pago del reembolso (a menos que se le descontara de la valoración del precio de su participación el importe de las reservas repartidas). En definitiva, según la teoría del reembolso cabe entender que el socio mantiene todos sus derechos y obligaciones intactos, y que, por lo tanto, el socio tendría, entre otros, el derecho a impugnar los acuerdos y a participar de las ganancias sociales, sin limitaciones.

Sin embargo, la doctrina que defiende la teoría del reembolso argumenta que el vínculo social se vería afectado entrando en una fase de decadencia[7], sin entrar a determinar en que se concretaría esta decadencia. A nuestro modo de ver, se podría, por ejemplo, sostener que el socio saliente quedaría despojado de todos los derechos económicos inherentes a la condición de socio, dado que, en cierta forma, el socio habría renunciado a dichos derechos a cambio del reembolso de su participación. Eso sí, se debería entender que mantiene los derechos políticos conforme a la teoría del reembolso, pues podrían resultar necesarios para proteger su derecho al cobro del valor de su participación. El reconocimiento del ejercicio de los derechos políticos plantea la dificultad de la falta de *afectio societatis* de quien ha declarado la voluntad de separarse de la sociedad. En todo caso, convendría que el legislador regulara este estadio intermedio, de manera que no cupiera duda sobre la situación en que se encuentra un socio que hubiera ejercitado su derecho de separación hasta que se produjera el pago de su participación.

2. Consideraciones a la teoría de la recepción

El Magistrado D. Juan María Díaz Fraile defiende en el voto particular la teoría de la recepción con diversos argumentos. Aunque pensamos que argumenta y sostiene su postura de forma sólida, podemos identificar algunos aspectos en sus argumentos que podrían plantear dificultades prácticas.

Por ejemplo, cuando el Magistrado dice que el crédito derivado del reembolso se integra en el patrimonio del socio en el momento del ejercicio del derecho de separación, no queda claro cómo se registraría ese activo en el balance del socio separado[8].

Por otro lado, la referencia que el Magistrado realiza al derecho de separación como un "derecho adquirido" desde la recepción de la notificación plantea dudas en determinadas situaciones. En el ámbito societario existen muchos derechos que, existiendo jurídicamente, no pueden exigirse unilateralmente sin la aquiescencia de la sociedad (por ejemplo, el derecho a percibir dividendos). El Magistrado parece equiparar, en lo que se refiere a la unilateralidad de sus efectos, el derecho de separación y la renuncia al cargo de administrador. Las condiciones de administrador y socio son completamente distintas y despliegan efectos tan dispares que es discutible asemejar ambas situaciones en cuanto a los efectos que producen frente a la sociedad.

El Magistrado disidente plantea la posibilidad de que el socio que ha ejercitado su derecho de separación haga ejercicio de sus derechos políticos *ad cautelam*, lo cual no debería ser posible si aceptamos la teoría de la recepción.

Otro obstáculo a la teoría de la recepción es el efecto que la misma tiene sobre la posibilidad de la sociedad de revocar el acuerdo social que ha generado el derecho de separación del socio. Si mantenemos esta teoría, el derecho de la sociedad

7 BRENES CORTÉS, J., "¿En qué momento se consolida el derecho de separación del socios en una SRL?". Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 715/2006 [BIB 2006/1289] pg. 9.

8 Conforme a los principios contables del devengo y prudencia, y con sujeción a la opinión de un contable, no parece que se pueda registrar ese activo en la contabilidad del socio, al no tener un valor razonable determinado.

de revocar sus acuerdos sociales se vería perjudicado, ya que el socio saliente ya hubiera dejado de ostentar esa condición y, por lo tanto, el acuerdo ya no produciría efectos frente a él, aunque el mismo fuera revocado.

V. Conclusión

El artículo 348 bis de la LSC ha vuelto a entrar en vigor con fecha 1 de enero de 2021 después de haber estado suspendido durante el estado de alarma declarado como consecuencia de la pandemia Covid-19. Dada la situación económica que se prevé, creemos que volverá a haber pronunciamientos de tribunales en relación con este artículo y se plantearán las cuestiones expuestas en este trabajo. Viendo la relevancia que este artículo tendrá en la práctica, parece oportuno que el legislador se pronuncie expresamente sobre el momento en el que un socio pierde su condición de tal tras el ejercicio del derecho de separación y el régimen debido a la relevancia que tiene esta materia en la vida de una sociedad y en la protección del socio que se separa.

Hasta la Sentencia y las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero, 9 de febrero y 24 de febrero de 2021, había existido disparidad de criterios en la jurisprudencia respecto del problema planteado, lo que implicaba una situación de inseguridad jurídica que, entendemos, se irá despejando a la luz de las sentencias citadas pero que, en todo caso, debería ser subsanada por el legislador.

Desde un punto de vista práctico, se podría plantear regular esta cuestión es los estatutos de la sociedad, pero habría que comentarlo previamente con el Registro Mercantil para determinar si estas cláusulas serían inscribibles. Entendemos que, hasta que el legislador se pronuncie al respecto, la mejor alternativa podría ser entrar a regular esta cuestión en los pactos de socios.

La infracción del orden público en el control judicial de laudos arbitrales: desarrollo normativo y jurisprudencial

Javier Izquierdo
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Álvaro Villalón
Abogado de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Índice/

I. Introducción **128**

II. La infracción del orden público como causa de nulidad de laudos arbitrales **130**

1. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021 y su relevancia en el ámbito del orden público y el deber de motivación en el sistema arbitral 132

1.1 Los antecedentes de la Sentencia 132

1.2 La relevancia de la Sentencia sobre el concepto de orden público y el deber de motivación del laudo como elementos esenciales en la anulación de resoluciones arbitrales 133

1.3 La confirmación del criterio de orden público fijado por la Sentencia en resoluciones posteriores del TC 134

III. El límite del orden público en los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros **135**

IV. Conclusión **137**

Resumen: Este estudio analiza el concepto de orden público como elemento esencial en el control judicial de laudos arbitrales, tanto en la resolución de acciones de anulación de laudos, como en procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros.

Abstract: This study analyses the concept of public interest as an essential element in the judicial control of arbitral awards, both in the resolution of actions for annulment of awards and in proceedings for the recognition of foreign awards.

Palabras clave: Laudo arbitral, orden público, acción de anulación, reconocimiento de laudos extranjeros, nulidad.

Keywords: Arbitral award, public interest, annulment action, recognition of foreign awards, nullity.

La infracción del orden público en el control judicial de laudos arbitrales: desarrollo normativo y jurisprudencial

I. Introducción

El 11 de diciembre de 1985 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Ley modelo sobre el arbitraje comercial internacional (la "**Ley Modelo**") con el objetivo de impulsar la convergencia de los diferentes regímenes de anulación de laudos arbitrales y de compatibilizar la eficacia del arbitraje con las garantías procesales. Propuso un recurso único a un órgano judicial como medio de impugnación del laudo fijando una lista definida de motivos de impugnación[1].

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje ("**LA**"), en consonancia con la Ley Modelo regula en sus artículos 40 y siguientes la denominada acción de anulación[2], la cual permite a los Tribunales Superiores de Justicia ("**TSJ**")[3] decidir sobre la validez del laudo impugnado en base a los motivos tasados en el artículo 41 LA, permitiendo así realizar un control limitado a posteriori del procedimiento de arbitraje. Este control, limitado y tasado, abarca la sumisión de las partes al arbitraje a través del convenio arbitral, la designación de los árbitros y su correspondiente notificación, y el cumplimiento de las normas imperativas en las actuaciones arbitrales sin que pueda suponer -en ningún caso y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional- una revisión sobre el fondo del mismo[4].

1 Lista que coincide con la establecida en el artículo V de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1985 para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

2 Además de esta acción de anulación, la LA prevé el ejercicio de la revisión de laudos firmes mediante una remisión expresa a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que, a través de su artículo 510, establece que "habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: (i) Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; (ii) Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente; (iii) Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta". Además de estos de tres motivos. La LEC prevé otro supuesto adicional en el punto 3º del mencionado artículo 510, dando lugar a la revisión de una sentencia firme "si hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubiesen sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia". Sin embargo, debido al tratamiento que dan los artículos 458 y 459 del Código Penal al falso testimonio (únicamente en causa judicial o ante Tribunales internacionales), éste motivo de revisión no parece extrapolable al laudo firme.

3 Si bien la competencia para conocer de esta acción de anulación residía en las Audiencias Provinciales, tras la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 8.5 LA, será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiere dictado.

De esta forma y sin perjuicio de la libertad de las partes para someter sus conflictos a arbitraje, se configura la acción de anulación como una vía necesaria e irrenunciable a la hora de asegurar a través del control jurisdiccional posterior, el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva de las partes del laudo dictado.

Así lo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de marzo de 1986, al pronunciarse sobre la viabilidad de una renuncia de las partes a esta acción: "una estipulación como la transcrita (renuncia a la acción de anulación) desconoce el fundamental "derecho al proceso" en el orden jurisdiccional civil, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el artículo veinticuatro, apartado primero de la Constitución y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de la que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato deberá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto párrafo dos, del Código Civil".

En desarrollo de lo expuesto, se ha pronunciado también la doctrina al afirmar que, aunque el sometimiento al arbitraje supone en gran medida una renuncia a la jurisdicción, a lo que no se renuncia, porque son irrenunciables, es a los derechos fundamentales judicializados que contempla básicamente el art. 24 de nuestra Constitución[5], y que "(…) el recurso de anulación se fundamenta en el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva; de esta manera, al hablar de renuncia al recurso de anulación contra laudos arbitrales estaríamos planteando la renuncia al derecho (o al ejercicio del derecho) fundamental constitucionalmente protegido"[6].

De acuerdo con el artículo 42.2 LA, la Sentencia del TSJ que resuelva sobre la anulación del laudo, solo podrá ser recurrida a través de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (el "TC") siempre que se invoque la vulneración de algún

4 En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 46/2020, de 15 de junio: "Por todo ello, ninguna de las causas de anulación previstas en el artículo 41.1 LA puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues 'la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo'" y la STC de 15 de febrero de 2021, que más adelante analizaremos y que, en su fundamento jurídico segundo (Orden público y deber de motivación en el sistema arbitral) dispone: "la acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior".

5 MUÑOZ SABATÉ. *Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de derecho.* La Ley, 1990 IV. p. 983.

6 ÁLVAREZ SANCHEZ DE MOVELLAN. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, Editorial Comares, p. 64.

derecho fundamental[7], ya que como señala el TC en su sentencia 13/1997, de 27 de enero, éste "carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo", dirigiéndose así el recurso de amparo contra la sentencia del TSJ que resuelva sobre la anulación y no contra el laudo en concreto[8].

II. La infracción del orden público como causa de nulidad de laudos arbitrales

El artículo 34.2 b) ii) de la Ley Modelo y el artículo 41.1 f) LA prevén la posibilidad de que el laudo arbitral sea anulado, si el tribunal competente comprueba que el laudo impugnado es contrario al orden público de ese Estado.

Sin embargo, siguiendo a la doctrina la inconcreción de los principios generales que sirven de fundamento al orden público permite una gran amplitud de significados "con el resultado de que puede convertirse en una puerta abierta a la sustitución del criterio arbitral por el judicial, en una revisión del fondo del asunto, de la decisión material, basada en criterios de justicia"[9], ocasionando ciertos problemas o disyuntivas entre los diferentes órganos juzgadores en su determinación y en consecuencia, en su aplicación.

---

7 El Tribunal Supremo en su Auto de 7 de febrero de 2012, defiende que la exclusión de las posibilidades de recurso, más allá del amparo, no comporta en este caso una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE): "Es consustancial al arbitraje, por lo tanto, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que, tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrariedad –entendida en términos de disponibilidad, como precisa la exposición de motivos de la Ley 60/2003- de la materia sobre la que ha versado, y de la regularidad del procedimiento de arbitraje. Para ello, tal y como asimismo se señala en el Preámbulo de la vigente Ley de Arbitraje, se contempla un cauce procedimental que satisface las exigencias de rapidez y de mejor defensa, articulando el mecanismo de control a través de una única instancia procesal, que se sujeta a las reglas del juicio verbal, y cuya competencia se atribuye a las Audiencias Provinciales" (Competencia que, como se ha expuesto, tras la reforma de 20 de mayo de 2011 de la LA, fue asumida por los Tribunales Superiores de Justicia).

---

8 En este sentido el Auto del Tribunal Constitucional 179/1991 de 17 de junio, que señalaba que: "no corresponde a esta jurisdicción dirimir si a la recurrente en amparo se le causó indefensión en el proceso arbitral, pues las garantías que consagra el art. 24 de la CE se refieren a la actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino comprobar si el órgano judicial al verificar las formalidades y requisitos legales del arbitraje ha vulnerado el derecho de la solicitante de amparo a tutela judicial efectiva, al desestimar el recurso de anulación mediante una resolución judicial que pudiera ser arbitraria, manifiestamente irrazonable o irrazonable."

---

9 LACRUZ MANTECÓN, M. L., *La impugnación del arbitraje*. Reus. p. 164

---

10 AA.VV. *Comentarios a la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. (Dir. Garberí Llobregat), tomo II, p. 1009-1116, citado en GONZÁLEZ-MONTES, SANCHEZ, J.L. "El control judicial del arbitraje. La Ley", p. 108.

Tal es la inconcreción, que la doctrina llega a hablar de concepción estricta, entendiendo como tal que el orden público comprende los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, "pero garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad por el artículo 24 de la misma"; de concepción amplia, que considera que a través del orden público se deben salvaguardar los principios consagrados en la Constitución, más allá de los contemplados en el artículo 24, abarcando todos los derechos y libertades garantizados por la Ley Suprema; y de concepción amplísima de orden público, que, además de comprender los principios expuestos, incluye dentro del ámbito del orden público el conjunto de derechos derivados de la totalidad del ordenamiento jurídico, sin limitarse al texto constitucional[10].

Así, esta indeterminación[11] se apoya en una interpretación relativamente laxa en ocasiones del mismo por parte de las Audiencias Provinciales y posteriormente de los Tribunales Superiores de Justicia ha servido como pretexto para la anulación en los últimos años de algunos laudos arbitrales[12].

De esta forma, el orden público como límite a la autonomía del árbitro al interpretar y aplicar el Derecho, se configura según la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia, como "un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado"[13].

No obstante, la vía del amparo constitucional por vulneración de derechos fundamentales derivada de sentencias anulatorias de laudos arbitrales ha permitido al TC pronunciarse sobre el concepto de orden público, llevando a cabo una determinación del mismo y fijando así ciertos límites a los Tribunales Superiores de Justicia en su tarea como órganos competentes para conocer de las acciones de anulación de laudos arbitrales.

De esta manera, el TC, en su sentencia 46/2020 de 15 de junio, con apoyo en la jurisprudencia reiterada del Tribunal[14], define el orden público como el concepto que "comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente" y, además, establece una doble perspectiva del mismo, entendiendo como orden público material "el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada", y como orden público procesal "el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal". La importancia de la delimitación de estos conceptos, reside en la afirmación que, posteriormente, realiza el TC, al disponer que "solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público".

11 Sobre esta indeterminación, podemos citar la definición que le dan al mismo diferentes Tribunales internacionales, como la Corte de Apelaciones de París en su Sentencia sobre el caso SA Thales Air Défense v. Euromissile, de 18 de noviembre de 200, que estableció que el orden público se refiere a los principios de importancia fundamental para el sistema jurídico, o el Tribunal Federal Suizo, que en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 indica que un laudo es contrario al orden público material cuando viola los principios fundamentales de la ley sustantiva hasta el punto de que ya no es conciliable con el orden legal y el sistema de determinación de valores; estos principios incluyen, entre otras cosas, la fidelidad contractual, el respeto de las normas de buena fe, la prohibición del abuso de los derechos, la prohibición de medidas discriminatorias, así como la protección de personas incapacitadas (FERNANDEZ ROZAS, J.C. Apreciación restrictiva del orden público sustantivo por parte del Tribunal Federal suizo en la anulación de un laudo dimanante de un arbitraje de inversiones. El Blog de José Carlos Fernández Rozas. 7 de abril de 2018).

12 A modo de ejemplo: Sentencia 13/2015 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, de 29 de enero; Sentencia 27/2015 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, de 6 de abril.

13 A modo de ejemplo: Sentencia 7/2019 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de las Islas Baleares, de 4 de diciembre de 2019 y Sentencia 40/2010 de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de febrero de 2010.

14 Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1987, de 11 de febrero y Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1989 de 23 de febrero.

Defiende el Tribunal, con el objetivo de mitigar las laxas interpretaciones que sirven de pretexto a los TSJ para la anulación de laudos, que la falta de nitidez del concepto de orden público aumenta el riesgo de que el órgano judicial "reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral" lo que provoca una desnaturalización de la propia institución arbitral y su consecuente vulneración de la autonomía de voluntad de las partes.

1. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 2021 y su relevancia en el ámbito del orden público y el deber de motivación en el sistema arbitral

El devenir jurisprudencial del concepto de orden público como elemento esencial en la anulación de laudos arbitrales ha sido desarrollado a través de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 (la "**Sentencia**"), que estima el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia 1/2018 de 8 de enero de 2018 y el auto de 22 de mayo de 2018, ambos de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, recaídos en el procedimiento de anulación de laudo arbitral núm. 52-2017 (la "**Sentencia Recurrida**" y el "**Auto Recurrido**" o conjuntamente, las "**Resoluciones Recurridas**").

1.1 Los antecedentes de la Sentencia

La Sentencia Recurrida, en virtud de la demanda de acción de anulación interpuesta anulaba un laudo arbitral y el subsiguiente laudo aclaratorio que resolvía el arbitraje de equidad celebrado entre las partes (el "Laudo" y el "Laudo Aclaratorio" o conjuntamente, los "Laudos"), declarando, entre otras, la disolución de la sociedad Mazacruz, S.L. (la "Sociedad") con la consiguiente apertura de su liquidación.

El TSJ entendió que el Laudo debía ser considerado arbitrario, ya que el mismo "no da respuesta a todas las cuestiones planteadas en el arbitraje, no valora las pruebas en su integridad, y no contiene una motivación suficiente para llegar a una conclusión tan importante como la disolución de una sociedad por una causa asimilada a la legal, el abuso del derecho".

Por ello, la Sentencia Recurrida estimó la acción de nulidad planteada, declarando en consecuencia la nulidad de los Laudos por apreciación de infracción del orden público.

Contra la Sentencia Recurrida, en fecha 14 de febrero de 2018 los demandantes de amparo plantearon incidente excepcional de nulidad de actuaciones, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, no incursa en irracionabilidad y error patente, denunciando a su vez la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

Este incidente se resolvió por el Auto Recurrido desestimando las pretensiones de los demandantes de amparo, señalando el TSJ en esa resolución que, de acuerdo con la jurisprudencia y con la importancia que supone tanto en el ámbito internacional como en el interno, el derecho a la motivación de decisiones, la falta de motivación suficiente del Laudo se ha de entender como infracción del orden público.

A raíz de estos hechos, las recurrentes acudieron a la vía constitucional del recurso de amparo impugnando las Resoluciones Recurridas y denunciando, entre otras, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada (24.1 CE).

1.2 La relevancia de la Sentencia sobre el concepto de orden público y el deber de motivación del laudo como elementos esenciales en la anulación de resoluciones arbitrales

La relevancia de la Sentencia reside en que ésta depura aún más el concepto de orden público como motivo de anulación de laudos arbitrales, y advierte del riesgo que comporta una interpretación extensiva del mismo, pudiendo llegar a suponer una suerte de sustitución del árbitro por el tribunal de anulación[15].

A este respecto, advierte el TC que el procedimiento por el que se conoce la acción de anulación del laudo no debe entenderse como una "segunda instancia revisora de los hechos y el derecho aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia". Añade, como límite a la aplicación de la infracción del orden público, que ésta solo debe operar si es posible tachar a la resolución arbitral de arbitraria, ilógica, absurda o irracional y, para ello, trae a colación jurisprudencia del TSJ, que insiste en que deberán quedar fuera del control judicial de laudos "la posible justicia del laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión"[16].

En cuanto a la falta de motivación del laudo, motivo que justifica la infracción del orden público en la Sentencia Recurrida, entiende el TC, matizando y concretando anteriores pronunciamientos del Tribunal[17], que la semejanza entre las resoluciones judiciales y arbitrales no ha de entenderse como absoluta. Esto es así, defiende la Sentencia, porque mientras que para las primeras la motivación se presenta como una exigencia inherente derivada del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva[18], la motivación del laudo, de acuerdo con el artículo 37.4 LA, se presenta como un requisito prescindible, debido a la salvedad que éste artículo prevé y que se refiere al pacto de las partes sobre los términos en los que deba pronunciarse el tribunal arbitral[19].

Ahonda el Tribunal en éste concepto de "equivalencia jurisdiccional", utilizado en la Sentencia Recurrida para referirse al arbitraje, entendiendo el TC que existe cierta confusión jurisprudencial respecto al mismo; confusión que, a través de la Sentencia pretende aclarar. Así puntualiza en su Fundamento Jurídico Segundo, que tal equivalencia hace referencia al efecto de cosa juzgada, que se produce

15 Así, en su fundamento jurídico segundo (*Orden público y deber de motivación en el sistema arbitral*), establece la Sentencia, : "la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrariedad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje".

16 Sentencia 19/2012 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de mayo de 2012.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero; Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo; Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre; Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre; y Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre.

18 Artículo 24 CE.

19 Artículo 37.4 LA: "El laudo debe ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior". (Así, el artículo 36 LA establece que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo, "si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes").

en ambos procesos, sustentado en el sentido último de todo proceso arbitral o jurisdiccional, de resolver una controversia obteniendo las partes una decisión con efectos de cosa juzgada sin ver menoscabado su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Por ello, y en referencia a la falta de valoración de la totalidad de las pruebas que denuncia la Sentencia Recurrida entiende el Tribunal, que de la regulación legal expuesta no se presenta como exigencia la "necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión. Sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del tribunal que deba resolver su impugnación".

Por estas razones, comprende el Tribunal que el TSJ lejos de respetar los límites constitucionales de motivación y congruencia, entró en el fondo del asunto del laudo revisando la aplicación del derecho sustantivo por el árbitro e infringiendo así el canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales[20]. Añade además el TC, que resulta "manifiestamente irrazonable y claramente arbitrario" la extensión que realiza el TSJ sobre el concepto de orden público más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, llevando a cabo una mutación de la acción de anulación.

Por todo esto, la Sentencia declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de las demandantes de amparo; restablece a las recurrentes en sus derechos; declara la nulidad de las Resoluciones Recurridas; y retrotrae las actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia Recurrida, quedando por tanto los laudos plenamente válidos y eficaces, así como abierta la vía para la ejecución de los mismos.

1.3 La confirmación del criterio de orden público fijado por la Sentencia en resoluciones posteriores del TC

Como se ha expuesto, la Sentencia marca un antes y un después en el ámbito de anulación de laudos arbitrales por infracción del orden público, ya que ésta lleva a cabo una delimitación de este concepto con el objetivo de mitigar el riesgo que supone para el arbitraje y su independencia como método de resolución de conflictos, una interpretación extensiva del mismo.

De esta forma, la Sentencia ha fijado una doctrina que no ha tardado en ser confirmada por resoluciones posteriores del propio TC. Así las cosas, dos sentencias de este Tribunal, ambas del 15 de marzo de 2021, declaran la nulidad de dos Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid[21] que habían anulado dos laudos arbitrales por infracción del orden público.

Por lo tanto, y dado que estas últimas sentencias anuladas eran previas a la Sentencia, todo parece indicar que, a partir de ahora, no solo será el propio TC el que confirme este criterio en los recursos de amparo que en adelante conozca a

20 Artículo 24.1 CE.

21 Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 36/2019, de 1 de octubre y 45/2018, de 13 de diciembre.

este respecto, sino que serán también los Tribunales Superiores de Justicia quienes conozcan de acciones de anulación de laudos y los encargados de aplicar este nuevo criterio que fija la Sentencia.

III. El límite del orden público en los procedimientos de reconocimiento de laudos extranjeros

En cuanto al reconocimiento de laudos extranjeros, la anulación de un laudo por el Estado en el que fue dictado, implica una suerte de exportación de estos efectos a los demás Estados contratantes del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras firmado en Nueva York el 10 de junio de 1958 (el "**Convenio de Nueva York**" o el "**Convenio**"), dotando aparentemente a la sentencia de anulación de una eficacia *erga omnes*[22]. A pesar de que podría parecer que este sistema apuesta por la seguridad jurídica, podría llegar a generar ciertos riesgos en caso de que la sentencia de anulación adolezca de una latente arbitrariedad o de que las causas de anulación de un Estado contratante no sean consistentes con los principios del sistema internacional de arbitraje.

Sin embargo, estos riesgos parecen estar salvados, (i) porque el citado artículo no impone la anulación al tribunal del Estado que conoce del reconocimiento[23], sino que le otorga la facultad de hacerlo[24] y, (ii) porque tanto el artículo V.2 b) del Convenio, como el artículo 36 de la Ley Modelo establecen como uno de los motivos para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero el hecho de que tal reconocimiento resulte contrario al orden público. Es decir, a través del orden público se reconoce el derecho de los Estados firmantes de ejercer un último control sobre aquellos laudos de cuyo reconocimiento hayan de conocer.

No obstante, y en consonancia con lo expuesto sobre la anulación de laudos, no existe en Derecho Internacional Privado una definición universal e internacionalmente aceptada sobre el concepto de orden público.

---

22 El artículo V.1 e) del Convenio de Nueva York reconoce como posible causa de denegación del reconocimiento el hecho de que la sentencia arbitral haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que ha sido dictada.

---

23 De acuerdo con el artículo 8.6 LA, del reconocimiento de laudos extranjeros conocen "los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos".

---

24 A modo de ejemplo, en el asunto *Chromalloy Case* (1996), los tribunales americanos y franceses reconocieron y ejecutaron un laudo previamente anulado por la jurisdicción egipcia.

A raíz de este problema, el Comité de Arbitraje Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (el "**Comité**"), presentó en la LXX Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, que tuvo lugar en Nueva Delhi en el mes de abril del año 2002, un Informe en el que, a través de una serie de recomendaciones a modo de propuestas, trataba de acotar este concepto jurídico con el objetivo de facilitar una aplicación uniforme del mismo en los procedimientos de exequatur (el "**Informe**").

Dentro de estas recomendaciones podemos destacar, en primer lugar, el criterio general que establece el Comité, compartido con el CNY y la Ley Modelo, acerca de la excepcionalidad que debe suponer el rechazo al reconocimiento de un laudo extranjero, debiendo los Estados aplicar los impedimentos que puedan mostrar sobre el reconocimiento de una manera restrictiva[25] [26]. En desarrollo de esta excepcionalidad, añade el Informe que aquel Estado propenso a negar el reconocimiento de un laudo extranjero ha de exponer detalladamente las razones en las que fundamenta la denegación del reconocimiento, sin limitarse, en ningún caso, a invocar la redacción literal del artículo V.2 del Convenio[27] y sin perder la perspectiva internacional del asunto, su relación con el sistema jurídico del foro, así como la existencia de consenso internacional sobre el principio que pretende aplicar[28].

Recomienda también el Informe la utilización por parte de los Estados a la hora de resolver los procedimientos de exequatur del concepto de orden público internacional, que, en su Recomendación 1 (c), define como "el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado que, por su particular naturaleza puede impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral dictado en un arbitraje comercial internacional, cuando ese reconocimiento o ejecución puede implicar la violación de esos principios o reglas, bien como consecuencia del procedimiento seguido en el arbitraje en el cual se ha dictado el laudo (orden público internacional procesal), bien como consecuencia del contenido del propio laudo (orden público internacional sustantivo)".

En base a esta definición entiende la Corte, que los elementos esenciales del orden público internacional son: "(i) los principios fundamentales de justicia o moralidad que un Estado desea proteger, aunque no le conciernen directamente; (ii) las reglas diseñadas para servir a los intereses esenciales de naturaleza política, social o económica de ese Estado, que se conocen como reglas de orden público; y (iii) el deber de un Estado de respetar sus obligaciones para con otros Estados u organizaciones internacionales"[29].

En aras de seguir concretando este concepto, para facilitar así su aplicación, el Informe establece una diferencia esencial en su Recomendación 3 (a) entre el concepto de orden público internacional y las reglas imperativas, recalcando el carácter más restrictivo del primero respecto a las segundas, añadiendo que "la infracción de una regla imperativa no lleva aparejada necesariamente la infracción del orden público"[30].

En consecuencia, el riesgo que supone para el tráfico jurídico internacional de laudos y su seguridad jurídica la indeterminación del concepto de orden público se viene mitigando a través de los esfuerzos de homogeneización que, a falta de una regulación internacional al respecto, tanto organismos internacionales como la Corte y los numerosos Tribunales estatales citados, vienen haciendo a lo largo de los últimos años.

25 Recomendación 1 (a) del Informe.

26 En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto Eco Swiss China Time Ltd. Vs. Benetton International NV, caso C-126/97, sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 1999 al afirmar que "las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que sólo pueda obtenerse la anulación de un laudo o la denegación del reconocimiento en casos excepcionales".

También, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos concluyó en el Caso Parsons and Whitemore Overseas Co. V. Societé Generale de L'Industrie du Papier que la excepción de orden público solo era residualmente aplicable: "tal vez más probatorio son las inferencias que pudiesen realizarse a la historia de la Convención, como un todo. El sesgo general, pro-ejecución que subyació a la Convención (...) apunta a una lectura restrictiva de la defensa, en base al orden público. Una construcción expansiva de aquella defensa viciaría los esfuerzos de la Convención por remover los obstáculos pre-existentes en la ejecución [de laudos arbitrales]. (...) En ese sentido, concluimos que la defensa del orden público reconocido por la Convención, debe ser construido de forma estrecha. La ejecución de laudos arbitrales extranjeros solo podrá rechazarse sobre esta causal cuando su ejecución suponga una violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia del país".

IV. Conclusión

La consideración del arbitraje como instrumento de resolución de conflictos alternativo al sistema jurisdiccional se sustenta en el principio de autonomía de las partes que, en virtud de un convenio arbitral, deciden sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan prácticamente vedados a la jurisdicción[31].

Esta libertad de las partes a la hora de elegir el método para la resolución de sus conflictos, según entiende la Sentencia se encuentra amparada por nuestra Constitución en su artículo 10 y si bien la legislación arbitral prevé ciertos mecanismos de control jurisdiccional del arbitraje, como la acción de anulación expuesta, ésta ha de ser siempre ejercitada dentro del límite de los casos tasados y sin que su interposición permita, en ningún caso, que de su posterior conocimiento resulte en una segunda instancia sobre el fondo de lo ya resuelto por el laudo.

Los Tribunales españoles, principalmente, a través de las Audiencias Provinciales y posteriormente de los TSJ, habían encontrado en el orden público, o, mejor dicho, en una interpretación extensiva del mismo, una vía para dejar atrás el límite de los errores procesales en los que, de acuerdo con la LA, debía fundarse su decisión, dando lugar a sentencias de anulación de laudos arbitrales escudadas en la vulneración de éste orden público.

Lo mismo ocurre con el reconocimiento de laudos extranjeros en España, ya que, como se ha expuesto y a pesar de los esfuerzos de ciertos organismos internacionales, no existe una definición internacionalmente aceptada de este concepto, lo que, consecuentemente y debido a las discrepancias que los diferentes Estados guardan sobre el mismo, da lugar a denegaciones de reconocimiento de laudos extranjeros reconocidos por otros Estados.

Con la Sentencia se pretende poner fin a éstas interpretaciones extensivas, apuntando que la noción de orden público "no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa que permita el control de la decisión arbitral" y que la finalidad última del arbitraje, esto es, alcanzar una rápida resolución del conflicto, se ve desnaturalizada si el fondo de la decisión arbitral puede ser revisada por los TSJ. Así, el TC delimita la "injerencia de los jueces" en el proceso de anulación de los laudos y prima la autonomía de la voluntad de las partes que, libremente, deciden resolver sus controversias por la vía del arbitraje.

Por lo tanto, tras la publicación de la Sentencia, sus matizaciones sobre el orden público, el equivalente jurisdiccional y el deber de motivación de los laudos, y la confirmación de este criterio por resoluciones posteriores del TC, se refuerza la independencia del arbitraje como método de resolución de conflictos, fijando una doctrina a tener en cuenta por el propio TC en los recursos de amparo que resuelva a este respecto y por los TSJ en las eventuales acciones de anulación que se interpongan en el futuro.

27 Recomendación 1 (g) del Informe.

28 Recomendación 2 (b) del Informe.

29 Recomendación 1 (d) del Informe.

30 En este sentido, la Corte de Apelaciones en el Caso Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak das Gas Bumi Negara, de 23 de marzo de 2004: "generalmente, el razonamiento legal erróneo y la mala aplicación de las leyes no son violaciones al orden público en el sentido dado dentro de la Convención [de Nueva York]. (…) La interpretación contractual efectuada por un tribunal arbitral no viola el orden público a menos que viole las nociones más básicas de moralidad y justicia". Y, del mismo modo, la la Corte Suprema de Quebec en el caso Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc., [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17.

31 Página 17 de la Sentencia