

Deberes de eficiencia y libertad de actuar: la distinción entre reglas y principios aplicada a casos en los cuales el legislador ha impuesto deberes de eficiencia a los particulares.

Comunicación presentada por Pablo Salvador Coderch¹

Barcelona, 2 de diciembre de 2014.

Eficiencia y normas jurídicas: planteamiento general

Con frecuencia, el derecho impone deberes de eficiencia a personas físicas o jurídicas y, más precisamente, les obliga a mejorar la eficiencia de su actividad histórica o, al menos, a no empeorarla. Sin embargo, las personas –desde luego, las personas físicas, pero también las jurídicas– tienen libertad de actuar: son, de entrada, libres de hacer algo o nada y de hacerlo de mejor o de peor manera, con tal que no dañen a terceros. Nuestros sistemas constitucionales y legales parten de la libertad de actuar y solo admiten restricciones a tal libertad en casos y circunstancias razonablemente justificados.

Conocidos preceptos y principios constitucionales limitan la posibilidad de que los poderes públicos impongan deberes de actuar: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad ante la ley, la prohibición de imposición de penas consistentes en trabajos forzados, la capacidad económica, la exclusión de los tributos confiscatorios, la exigencia de fundamento legal para el establecimiento de prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, la proporcionalidad, el respeto a la propiedad privada y a la libertad de empresa, la general exigencia de utilidad pública y compensación en la expropiación forzosa, el deber de trabajar o la protección y defensa de la productividad por los poderes públicos, la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con su mayor efectividad y la exigencia de ponderación normativa entre ellos son solo algunos de los más relevantes y en este trabajo sus autores partimos de la doctrina constitucional establecida sobre ellos².

Sobre tales presupuestos, que, repetimos, se asumen como dados, tratamos de acotar criterios operativos ulteriores que permitan delimitar un poco mejor de lo que hasta ahora creemos que se ha hecho cuáles son los ámbitos lícitos y viables de restricciones posibles a la libertad de actuar,

¹ El texto está extractado de trabajos preparados en el marco de una investigación dirigida por Pablo Salvador Coderch e integrada además por Antoni Terra Ibáñez, Alberto Vega García, Anna Ginès Fabrellas y Sergi Gàlvez Duràn, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

² La síntesis de referencia es la de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2008), *passim*. Allí, la doctrina y literatura constitucionales.

cuando la razón aducida para la restricción es la eficiencia económica de los individuos u organizaciones cuya libertad de actuar –o de no actuar- se limita o excluye. Para hacerlo así, ponemos en relación dos distinciones, una de ellas económica y jurídica la otra: la que media, por un lado, entre beneficio contable y beneficio económico, y la que puede establecerse, por el otro, entre reglas y principios. Ambas se aplican a una serie de casos planteados en distintas ramas del derecho –civil, laboral, tributario y mercantil–. Los grupos de casos no son, por supuesto, exhaustivos, pero permiten formarse una idea de las cuestiones abordadas, de la metodología empleada y de las hipótesis formuladas. El resultado de nuestro trabajo puede ser calificado como muy modesto, pero nos ha permitido reformular algo menos imprecisamente la tesis tradicional, acaso irrefutable por inaferrable, conforme a la cual a veces el Estado puede imponer deberes de eficiencia.

1.1. Beneficio contable y beneficio económico

Empezamos con la primera distinción. En economía, el beneficio contable se define como el ingreso menos el coste explícito de los recursos empleados para obtenerlo. El beneficio económico, en cambio, está constituido por los ingresos menos el coste de oportunidad de tales recursos. Así, este tiene en cuenta no sólo los costes explícitos sino también los implícitos como las externalidades negativas y los mismos costes de oportunidad³.

La noción de valor económico añadido (*Economic Value Added*, EVA) permite refinar el concepto de beneficio económico. El EVA es un indicador de valor que se calcula a partir de los beneficios contables generados por la empresa menos el coste de financiar el coste económico de la compañía⁴:

$$EVA = NOPAT - c \cdot K$$

Donde: $NOPAT$ = Net Operating Profit After Tax
 c = weighted average cost of capital
 K = economic capital employed

Esta distinción importa en este trabajo, pues, en lo que sigue, cuando se hable de beneficio o renta, se sobreentenderá el concepto de beneficio económico: la actividad del sujeto obligado que rinda un beneficio contable podrá considerarse menos eficiente que otra que tenga en cuenta el coste medio del capital aplicado a la obtención de aquel beneficio.

³ Véanse, por ejemplo, KRUGMAN, WELLS y GRADY (2013, p. 204) y MANKIW y RABASCO (2007, p. 189).

⁴ La idea que subyace en el EVA surgió a finales del siglo XVII bajo el nombre de *Residual Income*, pero fue decisivamente impulsada con su nombre actual por G. Bennett STEWART durante la década de 1990. Véase STEWART (1999; primera edición de 1991) y AMAT (2002).

1.2. La distinción entre reglas (*rules*) y principios (*standards*)

La segunda distinción, ahora jurídica, diferencia entre reglas (*rules*) y principios (*standards*)⁵. Para aplicar una regla basta con conocer los hechos descritos en su supuesto de hecho. Por ejemplo, si una disposición jurídica establece que está prohibido conducir a más de 120 kilómetros por hora, basta con la constatación de que, en el caso de que se trate, un conductor superó la velocidad indicada en el supuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica predispuesta, una tarea que puede llevar a cabo, al menos idealmente, una máquina. En cambio para aplicar un principio hay que formular juicios de valor. Si una disposición del código de la circulación dice o establece que está prohibido conducir imprudentemente “si llueve, hay hielo en la carretera, hay niebla persistente u otras circunstancias similares”, para aplicarla habrá que interponer el buen criterio de un ser humano experimentado que determine si la conducción, dadas las circunstancias, fue imprudente⁶. El autor de una regla es quien la dicta; el de un principio, quienes lo aplican.

Por su naturaleza respectiva, las reglas son difíciles de establecer, pero luego se aplican casi automática y, por tanto, fácilmente, mientras que, a la inversa, es sencillo enunciar o formular un principio, pero su aplicación efectiva resulta costosa y, desde luego, nunca es automática, pues requiere criterio humano. Dicho de otro modo, en las reglas la parte principal del trabajo corresponde al órgano que las establece, mientras que en los principios recae sobre el que los aplica. Así, al final la cuestión es de división del trabajo. En las reglas, legales o reglamentarias, deciden el parlamento o el gobierno; en los principios resuelven los jueces y tribunales. Los principios a los que nos referiremos en ese trabajo son el de buena fe, el de prohibición del abuso de derecho y la denominada –paradójicamente– *business judgment rule*, la cual está a punto de entrar a formar parte del conjunto de estándares del derecho económico español.

1.3. Cuestiones planteadas y motivaciones de la imposición de deberes de eficiencia

Más concretamente, las cuestiones planteadas en este trabajo son: ¿pueden el parlamento, mediante leyes, el gobierno, mediante decretos-leyes y reglamentos, o los tribunales, en sus resoluciones, imponer a ciudadanos y empresas la obligación de realizar conductas que el parlamento, el gobierno mismo o un juez consideran más eficientes, más productivas que las realizadas históricamente por tales o cuales individuos o empresas? ¿Pueden prohibirles, al menos temporalmente, que cesen en la realización de una actividad productiva y que hasta ahora

⁵ Jurídicamente, el tratamiento de referencia es el de FARNSWORTH (2007, pp. 63-65, pp. 70-71) y, en particular, el capítulo 17 “Rules and Standards, pp. 163-71: “the consequences of a rule are triggered once we settle the facts; a standard requires a judgment about the facts before it kicks in” (p. 164). Para el análisis económico de las circunstancias en que resulta más adecuado regular una cuestión mediante estándares o reglas, véase KAPLOW (1992).

⁶ La distinción, aunque formulada con menos énfasis en la necesidad de que quien aplica un principio formule un juicio de valor, es conocida por la mejor doctrina. Así, y de nuevo por todos, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2008, p. 46): “Las reglas responden a la idea tradicional de la norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica [...]. Los principios, en cambio, serían mandatos de optimización de un determinado valor o bien jurídico; es decir, son normas que ordenan que el valor o bien jurídico por ellas contemplado sea realizado en la mayor medida posible”.

habían venido llevando a cabo? ¿Pueden en general gravar beneficios económicos hipotéticos y no sólo los beneficios o rentas contables? Nuestra respuesta es matizadamente positiva: de modo general, los órganos mencionados pueden hacerlo mediante principios, pero, mediante reglas, únicamente pueden hacerlo de modo concreto, en casos particulares: nunca se puede regular, mediante reglas, toda una actividad, todo un sector industrial, en el caso de las empresas, o todo un estilo o modo de vida, en el caso de los individuos. Por decirlo de manera intuitiva, el Estado no puede obligar ni a los individuos ni a las organizaciones a subastar su actividad, toda ella, siempre y en toda circunstancia, al mejor postor. Mas, antes de justificar la opinión aquí defendida, analizamos las motivaciones redistributivas, económicas y extractivas de la imposición de cargas o deberes de eficiencia. Pues, en la práctica, el trasfondo de las cargas y deberes analizados es triple:

a) En primer lugar, obligaciones de comportarse eficientemente pueden imponerse por razones redistributivas o restitutorias. Por ejemplo, las regulaciones imperativas autonómicas, recientemente aprobadas, que permiten a afectados por desahucios, consecuencia de ejecuciones hipotecarias instadas por un acreedor que es una entidad financiera, continuar ocupando su vivienda mediante la cesión temporal y forzosa del uso de aquella.

b) En segundo lugar, obligaciones de sustanciar beneficios económicos hipotéticos pueden deberse a razones puramente económicas, de eficiencia. Por ejemplo, el derecho laboral español exige que los trabajadores respeten el principio de buena fe en el ámbito de su relación precisamente laboral.

c) Y por último, las obligaciones en cuestión pueden establecerse por razones puramente extractivas de riqueza. Por ejemplo, la imputación de rentas potenciales o hipotéticas a algunos propietarios de inmuebles en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Imponer cargas y deberes de eficiencia por razones económicas puede estar justificado por una buena razón general cuando las medidas adoptadas pretenden razonablemente mejorar la productividad y la eficiencia en las asignaciones de los recursos humanos y materiales.

Hay también buenas razones jurídicas, aunque son muy generales: en la Constitución Española de 1978 distintas disposiciones dan razón de estas posibilidades (véanse los arts. 38, 40 y 128 CE⁷).

⁷ Art. 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

Art. 40 CE: "1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados."

Art. 128 CE: "1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al

Luego hay razones redistributivas y hay también motivos extractivos: cualquier hacendista reconocerá la legitimidad de la imposición de rentas económicas potenciales en determinados casos y circunstancias siempre que las medidas que se adopten sean neutrales en relación con la eficiencia del sistema económico y no afecten o no afecten de modo sustancial a la salud de la economía⁸.

Pero cuando la medida solo tenga una motivación extractiva, cuando clara y manifiestamente conlleve un perjuicio al nivel de eficiencia de los individuos u organizaciones afectados por aquella, entonces, tal motivación no será considerada una justificación razonable: como veremos, hay motivos, valga la redundancia, para pensar que el hecho de que algunas de las medidas adoptadas histórica y contemporáneamente por el derecho español se centren en bienes inmuebles depende más de la facilidad de gravar inmuebles que de la bondad misma de la medida comparada con otras alternativas.

Por supuesto, algunas medidas podrían no superar un primer control genérico, derivado de la aplicación de principios y disposiciones constitucionales tales como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la manifiesta falta de proporcionalidad de las decisiones adoptadas, la falta también de capacidad económica, la ausencia de todo interés público, la existencia y viabilidad clara de remedios menos intrusivos que el propuesto con la libertad de actuar –y, por tanto, de no actuar–, con la propiedad privada o con la libertad de empresa. En este trabajo, partimos de la consideración de los principios mencionados y nos centramos en dos tesis adicionales a ellos, es decir, a la necesidad de tener en cuenta un segundo nivel de control específico, de mejor precisión del ajuste a derecho de las reglas o principios limitativos de la libertad de actuar por alegadas razones de eficiencia económica. Las tesis defendidas lo son además de –y no en lugar de– las resultantes de la aplicación del conjunto de principios del primer nivel⁹.

1.4. Tesis defendidas en este trabajo: justificación económica y jurídica

Como hemos adelantado, la respuesta a las preguntas antes formuladas puede articularse siguiendo dos tesis específicas de toda normativa o resolución conforme a derecho que imponga

sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

⁸ El análisis de las pérdidas de eficiencia y el diseño de sistemas impositivos óptimos, esto es, de sistemas que reduzcan al mínimo las distorsiones bajo las restricciones derivadas de la necesidad de obtener ingresos públicos y mantener una distribución equitativa de la presión fiscal, es uno de los temas de estudio centrales de la economía pública. Para una presentación general de la literatura económica sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, Alan J. AUERBACH y James R. HINES Jr. (2002, pp. 1347-1421).

⁹ La distinción entre primer y segundo niveles de control deriva de una observación del profesor Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, que los autores agradecemos aquí, relacionada con la conveniencia de explicitar que las tesis específicamente defendidas en el trabajo no sustituyen a los controles generales de constitucionalidad de las medidas analizadas en él.

deberes de eficiencia. La primera es que cabe imponer, mediante reglas, obligaciones o cargas concretas de sustanciar beneficios económicos hipotéticos¹⁰. La segunda, que no es viable ni jurídicamente admisible establecer, mediante reglas, deberes universales de comportarse eficientemente y que se proyecten sobre todo el ámbito de actividad del individuo o de la organización de que se trate. En cambio, esto último puede conseguirse mediante principios o *standards*, sean generales, como, señaladamente, el de buena fe y la prohibición del abuso de derecho, sean propios de una rama del derecho o de un sector de una de ellas, como, respectivamente, la buena fe laboral, en derecho del trabajo, o la denominada *business judgment rule*, en derecho mercantil.

Económicamente, el establecimiento generalizado, por parte del parlamento o del gobierno, de reglas universales e imperativas de maximización de eficiencia económica se ha manifestado como inviable por razones contrastadas suficientemente por la historia misma y predichas tempranamente – con clarividencia, aunque durante décadas, en vano – por la Escuela Austriaca (Ludwig VON MISES, *Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen*, 1920¹¹; Eugen VON

¹⁰ La expropiación forzosa como institución jurídica es distinta a la imposición de deberes de eficiencia. Los gobiernos pueden expropiar recursos (*takings*), pero la expropiación en sentido estricto requiere el pago de una compensación económica, de un justiprecio (arts. 33.3 CE y 25 LEF). Por ello, cuando en este trabajo nos referimos a obligaciones de sustanciar beneficios económicos hipotéticos, nos ceñimos a aquellos supuestos en los cuales el deber o la obligación se imponen simplemente bajo la conminación de una consecuencia jurídica adversa –que oscila entre la pérdida de un subsidio hasta la imposición de una pena, pasando por el establecimiento de un gravamen o carga, la imposición de una multa, la privación de facultades, de un derecho o la expropiación del derecho mismo–. En particular, para distinguir entre impuestos o gravámenes por un lado, y multas o mas genéricamente sanciones por el otro, seguimos aquí el criterio de Robert D. COOTER y Neil SIEGEL (2012), “Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power”, *Virginia Law Review*, núm. 98 (6), pp.1195-1253: “the effects theory distinguishes between *pure* penalties and *pure* taxes. A *pure penalty* condemns the actor for wrongdoing. Moreover, she must pay more than the usual gain from the forbidden conduct, and she must pay at an increasing rate with intentional or repeated violations. Condemnation coerces expressively through forms of speech, and relatively high rates with enhancements coerce materially by imposing economic costs. A *pure penalty* prevents behavior, thereby raising little revenue. Alternatively, a pure tax permits a person to engage in the taxed conduct. Moreover, she must pay an exaction that is less than the usual gain from the taxed conduct, and intentional or repeated conduct does not enhance the rate. Permission does not coerce expressively and relatively low rates without enhancements do not coerce materially. A pure tax dampens conduct but does not prevent it, thereby raising revenues” (p. 1198).

¹¹ Ludwig VON MISES (1920), “Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen”, *Archiv für Sozialwissenschaften*, núm. 47, pp. 86-121: “Kein einzelner kann die unendliche Fülle verschiedener Produktionsmöglichkeiten dermaßen beherrschen, daß er imstande wäre, ohne Hilfsrechnung unmittelbar evidente Werturteile zu setzen. [...] Die zweite Bedingung ist die, daß ein allgemein gebräuchliches Tauschmittel, ein Geld, in Verwendung steht, das auch im Austausch der Produktionsgüter seine Vermittlerrolle spielt. Wäre dies nicht der Fall, dann wäre es nicht möglich, alle Austauschverhältnisse auf einen einheitlichen Nenner zurückzuführen. [...] Es ist eine Illusion, wenn man glaubt, man könnte die Geldrechnung in der sozialistischen Wirtschaft durch die Naturalrechnung ersetzen. [...] Man konnte dies übersehen, weil all das, was wir vom Sozialismus bereits um uns herum verwirklicht sehen, nur sozialistische Oasen in der bis zu einem gewissen Grade doch immerhin noch freien Wirtschaft mit Geldverkehr sind” (p. 99).

Existe una traducción al inglés (Ludwig VON MISES, “Economic Calculation in the Socialist Commonwealth”, en VON HAYEK, Friedrich August (ed.), *Collectivist Economic Planning*, Georg Routledge and Sons, Londres, 1935, pp. 87-130) y una traducción al español (Ludwig VON MISES, “El cálculo económico en el sistema socialista”, *Estudios Públicos*, núm. 10, 1983, pp. 213-241). La versión en español del anterior fragmento es: “Ningún individuo podría discriminar tan bien entre el número infinito de métodos alternativos de producción como para aplicar juicios directos acerca de su valor relativo sin cálculos auxiliares. [...] En segundo lugar, tiene que haber un medio general de intercambio de dinero, en uso. Y éste tiene que servir como intermediario en el intercambio de bienes

BÖHM-BAWERK, *Kapital und Kapitalzins*, 1921¹²; Friedrich August VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, 1944¹³). Hoy sabemos que el Estado no puede sustituir universalmente al mercado, aunque pueda y deba regular su infraestructura y funcionamiento o pueda, por supuesto, socializar algunas actividades y sectores aislados de la producción –algunos “oasis socialistas”, en las palabras de VON MISES, ya en 1920–. El derecho no puede sustituir generalmente al mercado, pero pocos mercados pueden subsistir sin el derecho.

Jurídicamente, la imposición de deberes universales de eficiencia económica no resultaría admisible pues violaría frontalmente la libertad de actuar –o de no actuar–: el art. 10.1 CE, inspirado en el art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana¹⁴, establece que el libre desarrollo de la personalidad es un “fundamento del orden político y de la paz social”, y el art. 38 CE “reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Por expresar ambas tesis en términos llanos: cómo somos, cómo seremos o cómo seguiremos siendo no son, en general, asuntos del gobierno, no son de su incumbencia, no le conciernen.

2. Casos¹⁵

de producción, al igual que del resto: si no fuera así, sería imposible reducir todas las relaciones de intercambio a un denominador común. [...] Suponer que una sociedad socialista podría reemplazar los cálculos en dinero por cálculos en especie, es tan solo una ilusión. [...] Todo esto es posible porque el socialismo, como sabemos, sólo existe en oasis socialistas, por decirlo así, dentro de lo que para el resto del mundo es un sistema basado en la libertad de intercambio y del uso del dinero” (pp. 219-220).

Esta idea también es clara en otras obras del mismo autor. Véase, por ejemplo, Ludwig VON MISES (1951), *Planned Chaos. An Excerpt from “Socialism: An Economic & Sociological Analysis”*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, edición de 2009 (versión en español –*Caos Planificado*– disponible en <http://www.miseshispano.org/>): “Lo que hace la gente en la economía de mercado es la ejecución de sus propios planes. En este sentido, toda acción humana significa planificación. Lo que defienden quienes se llaman a sí mismos planificadores no es la sustitución de dejar que las cosas sigan su curso por la acción planificada. Es la sustitución de los planes de sus conciudadanos por el plan del propio planificador. El planificador es un dictador potencial que quiere privar al resto de la gente del poder de planificar y actuar de acuerdo con sus propios planes. Solo busca una cosa: la preeminencia absoluta exclusiva de su propio plan” (p. 18).

¹² Eugen VON BÖHM-BAWERK (1921), *Kapital und Kapitalzins*, G. Fischer, Jena. Existe una traducción al inglés (Eugen VON BÖHM-BAWERK, *Capital and interest*, Macmillan & Co., Londres, 1980, disponible en <http://mises.org/books/capitalandinterest.pdf>) y una edición española (Eugen VON BÖHM-BAWERK, *Teoría positiva del capital*, Acosta, Madrid, 1998).

¹³ Friedrich August VON HAYEK (1944), *The Road to Serfdom*, edición de 1986, Ark Paperbacks, Londres. Existe una traducción al español (Friedrich August VON HAYEK, *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 1978).

¹⁴ Art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.”

¹⁵ Los casos de derecho tributario (apartados 2.1, letras a y b, y 2.3) han sido recogidos y descritos por Alberto Vega García, economista y jurista, doctor en derecho financiero y tributario. Los restantes (apartados 2.2, 2.4 y 2.5) lo han sido por Pablo Salvador Coderch y por Antoni Terra Ibàñez, economista y jurista, actualmente cursando estudios de posgrado en la Universidad de Stanford.

2.1. Impuestos sobre recursos agrícolas infrautilizados

a. Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas

Bajo la Constitución española de 1978, el primer ejemplo paradigmático de imposición de deberes de eficiencia fue el Impuesto sobre tierras infrautilizadas situadas en territorio andaluz¹⁶, regulado en el capítulo IV de la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria (BOJA núm. 65, de 6.7.1984).

El hecho imponible de este impuesto es “la infrautilización de las fincas rústicas, por no alcanzar en el periodo impositivo el rendimiento óptimo por hectárea fijado para cada Comarca en el correspondiente Decreto de Actuación Comarcal” (art. 31). La base imponible está “constituida por la diferencia entre el rendimiento óptimo¹⁷ y el rendimiento obtenido en el año natural, o el rendimiento medio actualizado obtenido por el sujeto pasivo en los cinco años anteriores, si esta última cantidad resultare mayor” (art. 37.1). A medida que la diferencia entre el rendimiento óptimo y el efectivo aumenta, la cuota tributaria también se incrementa: desde un tipo de gravamen del 2% cuando dicha diferencia sea del 30% hasta un 10,75% de gravamen cuando el rendimiento real se aleje un 100% del óptimo (art. 39.1¹⁸).

Los entonces 54 senadores del grupo parlamentario Alianza Popular interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra dicho impuesto andaluz con base en dos argumentos: primero, que “no es un verdadero impuesto [...] pues no grava un hecho positivo, sino un hecho negativo, cual es la no obtención de una renta o rendimiento óptimo por las tierras gravadas [y que e]n realidad se trata de un arbitrio con finalidad no fiscal” (por ejemplo, una multa o sanción). Segundo, sobre todo en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio, que “la regulación del llamado impuesto sobre tierras infrautilizadas es contraria al art. 6.2 de la LOFCA, que persigue evitar una doble imposición económica, pues gravar con separación hechos imponibles jurídicamente

¹⁶ Para una presentación general del proceso de reforma agraria en Andalucía, véase PÉREZ ROYO (1988).

¹⁷ Art. 37.2 de la Ley andaluza 8/1984: “El rendimiento óptimo a que se refiere el apartado anterior se determinará cada cinco años con arreglo a los índices contenidos en los Decretos de Actuación de Reforma Agraria, y será actualizado anualmente. Los mismos índices servirán para determinar el rendimiento obtenido por el sujeto pasivo.”

¹⁸ Art. 39.1 de la Ley andaluza 8/1984: “La cuota tributaria se determinará por la aplicación a la base imponible del tipo de gravamen que corresponda conforme a la siguiente escala:

<i>Base imponible</i>	<i>Tipo de gravamen</i>
Hasta el 30% del rendimiento óptimo	2,00%
Hasta el 40% del rendimiento óptimo	3,25%
Hasta el 50% del rendimiento óptimo	4,50%
Hasta el 60% del rendimiento óptimo	5,75%
Hasta el 70% del rendimiento óptimo	7,00%
Hasta el 80% del rendimiento óptimo	8,25%
Hasta el 90% del rendimiento óptimo	9,50%
Hasta el 100% del rendimiento óptimo	10,75%

diferenciables pero que recaen sobre idénticas fuentes de riqueza viola [...] el art. 31 de la Constitución, que liga el establecimiento de los tributos al principio de capacidad económica”.

La STC núm. 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987\37; MP: *Jesús Leguina Villa*) declaró la constitucionalidad del Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas: para el Tribunal Constitucional este impuesto era compatible con el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE) y, por tanto, constitucional porque la mera infrautilización de las tierras era precisamente una manifestación de capacidad económica y, por tanto, cabía gravar una renta virtual:

“[...] el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas no lesiona el principio de capacidad económica sólo porque recaiga sobre la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas, pues este hecho [...] es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial [...], de una renta virtual cuya dimensión mayor o menor determina la mayor o menor cuantía del impuesto” (FJ 13º *in fine*).¹⁹

“Virtual”, en castellano, quiere decir tanto “que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente, frecuentemente en oposición a efectivo o real” como, particularmente en física, “que tiene existencia aparente y no real” (DRAE)²⁰. Si se tiene en cuenta el primer significado y la renta esperada es altamente probable, la doctrina constitucional no es fácilmente objetable, pues se trataría de un caso más de entre los analizados en este trabajo. En ellos, el titular de un derecho renuncia manifiestamente a desarrollar una actividad eficiente y su comportamiento es calificable como abandono –como dejación (del ejercicio) de un derecho–, casi como una forma de renuncia, que es, reconocidamente, un supuesto de extinción de los derechos subjetivos (art. 6.2 CC). Ahora bien, si se tiene en cuenta el segundo significado de “virtual”, como “aparente y no real”, entonces el impuesto andaluz vulneraría el principio de capacidad económica ya que se estarían gravando rentas ficticias. Había pues una ambigüedad semántica en la sentencia del Tribunal Constitucional que, como veremos también más adelante al tratar las imputaciones de rentas inmobiliarias, el mismo Tribunal aclaró en el primer sentido.

En general, la justificación de medidas legislativas que únicamente contemplan un tipo de propiedad, caracterizada por su objeto –en el caso, una finca rústica– deberá tener en cuenta tres circunstancias:

Primera, por qué hay un fallo en el mercado, tal que este no pueda corregir la presunta ineficiencia, pues ningún propietario económicamente racional tiene incentivos para dejar de rentabilizar su propiedad cuando podría hacerlo él mismo o un tercero que arrendara o

¹⁹ Esta posición del Tribunal ha sido criticada por la doctrina. Así, PALAO TABOADA (1995, p. 634) apunta que “esta argumentación, además de errónea, era innecesaria una vez que el propio Tribunal había admitido [...] que la utilización de los impuestos como instrumento político encuentra fundamento suficiente en el reconocimiento constitucional de los fines perseguidos, y pone de manifiesto una concepción superada acerca del principio de capacidad contributiva y su posición sistemática”. Igualmente, DELGADO (1989, pp. 92-93) sostiene que el razonamiento del tribunal resulta forzado y que hubiera bastado con reconocer que en el caso de los tributos extrafiscales el principio de capacidad económica se ve desplazado por otros principios.

²⁰ Según el DRAE, también significa “implícito, tácito”.

adquiriera el recurso en cuestión.

Segunda, cómo y en qué condiciones es razonable considerar que la estimación pública del grado de eficiencia que se puede conseguir con una utilización alternativa del recurso de que se trate es aproximadamente correcta.

Tercera, qué efectos perjudiciales para terceros (externalidades negativas) superan el efecto negativo asociado a la intervención coactiva en las facultades del propietario, es decir, la afectación de la propiedad misma. Al fin y al cabo, el derecho de propiedad se define en última instancia como aquel que atribuye a quien es en cada momento el propietario las facultades residuales sobre el recurso que constituye el objeto de su derecho: propietario –privado o público– es quien, al final de todo, después de que todos los titulares de pretensiones sobre el recurso económico de que se trate las hayan ejercido, decide sobre los poderes restantes (cfr. Art. 541-1-2 del *Codi Civil de Catalunya*). La piedra de toque del derecho de propiedad es el poder de adoptar la decisión última, cuando todos los demás ya lo han hecho, conforme a la ley o según su título.

Cuarta, qué razones fundamentan el que únicamente que tales o cuales propietarios –es decir, no todos ellos– vayan a verse afectados por las limitaciones de que se trata, o por qué las disposiciones limitativas o expropiatorias sin compensación no violan no ya solo el principio de capacidad económica, sino además la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos o, simplemente, la igualdad de las de las personas (de los propietarios) ante la ley.

b. Impuesto asturiano sobre fincas o explotaciones agrarias infrautilizadas

El ejemplo cundió y fue imitado por otras Comunidades Autónomas²¹. En la actualidad, el Principado de Asturias mantiene un impuesto análogo, regulado en los artículos 66 y siguientes de la Ley 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo (BOPA núm. 193, de 21.8.1989; y BOE núm. 214, de 7.9.1989):

Art. 66: “1. Con la denominación de impuesto sobre fincas o explotaciones agrarias infrautilizadas se crea por la presente Ley un tributo propio del Principado de Asturias, de carácter directo, real y periódico, con fin no fiscal, que grava la infrautilización de las fincas o explotaciones agrarias ubicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma. 2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entiende por fincas o explotaciones

²¹ En Extremadura se crearon tres impuestos con una naturaleza análoga, los cuales en la actualidad se encuentran derogados: el Impuesto de dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento (arts. 21 a 29 de la Ley 1/1986, de 2 de mayo, de la dehesa), el Impuesto sobre el suelo sin edificar y edificaciones ruinosas (Ley 9/1998, de 26 de junio, del impuesto sobre el suelo sin edificar y edificaciones ruinosas) y el Impuesto sobre las tierras calificadas como regadíos infrautilizados (arts. 25 a 29 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, sobre tierras de regadío). El Tribunal Constitucional se pronunció en su STC 186/1993, de 7 de junio, sobre la constitucionalidad de la imposición sobre las dehesas infrautilizadas, para lo que se remite a su doctrina sobre el Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas contenida en la STC 37/1987, de 26 de marzo.

agrarias el conjunto de factores de producción, tierras y ganado que constituyan una unidad orgánica y funcional y que tengan por objeto la producción agrícola, ganadera o forestal.”

Asimismo, su hecho imponible es la “la infrautilización de las fincas o explotaciones agrarias, por no alcanzar en el período impositivo el rendimiento óptimo fijado para cada zona por el Consejo de Gobierno” (art. 67) y, a su vez, el art. 70 establece la base imponible: “diferencia entre el rendimiento óptimo de la finca o explotación agraria de que se trate y el rendimiento obtenido en el año natural o el rendimiento medio actualizado obtenido en los cinco años anteriores, si este último resultase mayor”.

Disposiciones como las dos que acabamos de citar se aplican a explotaciones económicas y no, por tanto, a inmuebles destinados a vivienda o habitación privadas. En relación con estos últimos, los deberes y cargas de mantenimiento –deberes de conservación del inmueble usufructuado (por ej., art. 500 CC), o de evitación del *urban blight*, o abandono material de la conservación de inmuebles en urbanizaciones privadas (cfr. Art. 553-57, letra b) del *Codi Civil de Catalunya*, sobre conservación y mantenimiento) – son clásicos y una de sus manifestaciones más claras en el derecho civil español es el art. 117 de la Ley Hipotecaria. Este regula la acción de devastación, para el caso en el cual la finca hipotecada sufra un deterioro con disminución de su valor y ello ocurra por “dolo, culpa o voluntad del dueño”, conducta que el texto de la ley misma califica, cuando se insiste en ella, como “abuso”. Este tipo de intervenciones normativas no constituye el objeto de este trabajo, pero traerlas a colación sirve para delimitar mejor los supuestos de hecho analizados. En ellos, no estamos ante casos de deterioro físico, con una consecuencia económica negativa –ante una disminución del valor del objeto usufructuado o hipotecado–sino que se trata de supuestos de infrautilización económica de recursos productivos: su valor de mercado no disminuye necesariamente, pero su propietario no los rentabiliza razonablemente, durante periodos de tiempo prolongados y sin justificación. Desde luego, una clara justificación sería, a corto plazo, la imposibilidad de cubrir los costes fijos (a corto, no a largo plazo, pues a largo plazo, todos los costes son variables): ninguna empresa puede ser obligada a mantener su actividad por debajo de su punto muerto (*break-even point*, BEP), es decir, a mantener su actividad productiva por debajo del número de unidades producidas y vendidas que permite cubrir sus costes fijos.

2.2. Modificación de la pensión compensatoria en los casos de nulidad, separación y divorcio

Un segundo ejemplo histórico de imposición de deberes de eficiencia es el de la denegabilidad de la modificación a la baja de la pensión compensatoria que está obligado a pagar un ex cónyuge al otro cuando para este último “la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” (art. 97 CC). Tal denegabilidad es obvia cuando la reducción de ingresos o el aumento de cargas del ex cónyuge deudor se deben a causas dependientes de su propia voluntad y están razonablemente (muy probablemente) motivados por el ánimo de dejar de cumplir con su

obligación²². El hecho de que se deniegue una reducción de la pensión en los casos en que el ex cónyuge deudor decida llevar un estilo de vida que le reporte unos ingresos inferiores a los que obtenía en el pasado no responde, probablemente, a la intención del legislador de promover las conductas más eficientes económicamente, sino a la voluntad de proteger la posición del acreedor de la pensión. Sin embargo, en estos casos se produce una clara limitación de la libertad de actuar del deudor de la pensión y se le dificulta la posibilidad de llevar un estilo de vida que, dados sus recursos y capacidades, le reporte unos ingresos inferiores a los que obtenía en el pasado, incluso si, como se expondrá más adelante, tal cambio no responde a la intención de perjudicar al acreedor de la pensión.

La regulación general sobre modificabilidad de la pensión compensatoria viene dada por el art. 100 CC y, en Cataluña, por el art. 233-18 CCCat:

Art. 100 CC (en relación con el 97 CC): “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.”²³

Art. 233-18 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del *Codi Civil de Catalunya*, relativo a la persona y la familia²⁴: “1. La prestación compensatoria fijada en forma de pensión solo puede modificarse para disminuir su importe si mejora la situación económica de quien la percibe o empeora la de quien la paga. 2. Para determinar la capacidad económica del deudor, deben tenerse en cuenta sus nuevos gastos familiares y debe darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos.”

La jurisprudencia y doctrina consolidadas sobre el art. 100 CC están bien sintetizadas por NAVARRO MIRANDA (2011, p. 540), quien ha destacado los siguientes cuatro requisitos para que pueda modificarse la pensión:

“1º. Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar [es decir, la existencia o no de un desequilibrio económico entre los cónyuges se valora al tiempo del cese de la convivencia o, en su caso, en el momento de la separación o divorcio].

2º. Que dicho cambio tenga suficiente entidad [art. 100 CC: “alteraciones sustanciales en la fortuna”], en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º. Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º. Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.”

²² Una de las justificaciones económicas de la obligación de referencia es que esta se establece para compensar las inversiones específicas realizadas históricamente por el cónyuge que resulta más desfavorecido por la ruptura de la relación, las cuales tienen elevados costes de oportunidad y generan externalidades positivas (Salvador/Ruiz (1999)) y allí más citas.

²³ Cfr. art. 100 CC en concordancia con los arts. 90.III y 91 CC, y 775.1 LEC.

²⁴ DOGC núm. 5686, de 5.8.2010; y BOE núm. 203, de 21.8.2010.

Como añade el autor mencionado, el art. 100 CC solo permite “la modificación cuantitativa [...] a la baja [no al alza] y ello bien por el empeoramiento de la fortuna del deudor o por la mejora de la del acreedor siempre que tales alternativas no supongan un reequilibrio susceptible de extinguir el derecho ²⁵” (NAVARRO MIRANDA, 2011, p. 541). Esta interpretación doctrinal ha sido positivizada por el art. 233-18.1 del *Codi Civil de Catalunya*²⁶.

A continuación exponemos las dos constelaciones de casos cuyos supuestos de hecho permiten modificar a la baja la pensión compensatoria.

a. Empeoramiento económico del deudor de la pensión compensatoria

El empeoramiento económico del deudor es una de las dos causas principales que permite reducir la pensión compensatoria al tenor del mencionado art. 100 CC. Así las cosas, ¿el separado o divorciado deudor puede solicitar la reducción de la pensión compensatoria si su situación económica empeora respecto al momento de la ruptura matrimonial, ya sea por pérdida de empleo, reducción sustancial y permanente de ingresos o aumento de cargas no previstas ni previsibles? La respuesta es positiva si y solo si tal empeoramiento se produce por causas sobrevenidas y no imputables a una decisión del deudor muy probablemente encaminada a dejar de cumplir con su obligación: si el cónyuge obligado a la pensión deja su empleo o sufre una disminución de ingresos o incremento de cargas por propia voluntad o por causas imputables a él mismo, no existe fundamento para modificar la pensión a la baja (véase NAVARRO MIRANDA, 2011, pp. 542-543²⁷). En tal sentido se pronuncia también el caso de referencia español en la materia, la STC núm. 54/1997, de 17 de marzo (RTC 1997\54; MP: *Rafael de Mendizábal Allende*) resolviendo un recurso de amparo:

“[E]n la situación de crisis matrimonial formalizada judicialmente, uno de los cónyuges pide que se adapten las cláusulas del convenio regulador de la separación matrimonial a su nueva posición económica por haberse reducido sus ingresos [de 1 millón de pesetas al mes a 300.000], pretensión atendida en la primera instancia pero denegada en apelación, aun reconociéndose la realidad del cambio

²⁵ Art. 101.I CC: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.”

²⁶ Permitir únicamente la modificación de la pensión compensatoria a la baja tiene una *ratio* obvia: cuando el cónyuge deudor de la pensión incrementa su fortuna *ex post*, ello se deberá bien a su esfuerzo individual, bien a otras causas ajenas a la cooperación del cónyuge acreedor. Estas circunstancias favorables para la fortuna del cónyuge deudor nada tendrían que ver con el desequilibrio económico existente al finalizar el matrimonio, por lo que no podrían afectar a la pensión compensatoria, que ya se fijó entonces para corregir tal desequilibrio. Asimismo, una modificación de la pensión al alza podría suponer que el cónyuge deudor alcanzara un nivel superior al disfrutado durante el matrimonio, en contravención con el art. 97.I CC: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación (...)”.

²⁷ En sentido contrario, aunque en sede del art. 152.2 CC, SIERRA PÉREZ (2011, pp. 756-759): “La causa por la que se reduce la fortuna del alimentante carece de relevancia, puesto que no se contempla para nada en la norma. Es posible que el alimentante haya dilapidado su fortuna y por ello no esté en condiciones de satisfacer la pensión de alimentos, pero, al carecer de medios la pensión se extingue. El único recurso que tiene el alimentista es que antes de llegar a ese extremo inste la declaración de prodigalidad del alimentante para preservar la pensión”.

de circunstancias, porque ese menoscabo patrimonial fue obra de su voluntaria decisión y la equidad impide la modificación de lo pactado en perjuicio de quien hasta ese momento era beneficiaria de un derecho legalmente adquirido. [...] Esta motivación, arreglada a los hechos, tal y como los considera probados la Audiencia Provincial [SAP Madrid, 22.5.1993], da respuesta fundada y suficiente a lo pedido, aunque negativa o desfavorable. [...] En consecuencia, desde la perspectiva que nos es propia, nada hay que objetar a una solución concreta obtenida en el plano de la legalidad". (FJ 3º)²⁸

La doctrina constitucional citada es excesiva, pues no alude a una exigencia adicional de mala fe, de renuncia motivada manifiesta o muy probablemente por la exclusiva voluntad de dejar de cumplir con una obligación, y no por razones derivadas del desarrollo de un estilo de vida: el principio de libre desarrollo de la personalidad rechaza los trabajos forzados, incluso en los casos de privación penal de la libertad (art. 25.2 CE).

Así, el ex cónyuge no puede exigir al deudor que continúe trabajando como solía hacerlo constante matrimonio pero, *de facto*, el art. 100 CC y su interpretación jurisprudencial y doctrinal llevan a limitar esta "libre voluntad laboral" del cónyuge deudor ya que si, por ejemplo, de buena fe decide jubilarse anticipadamente²⁹ o resuelve pasar a desarrollar una actividad profesional menos lucrativa económicamente (aunque quizás más enriquecedora intelectual o emocionalmente para dicho obligado), deberá seguir abonando exactamente la misma pensión compensatoria. Tal obligación implícita de mantener el mismo estilo de vida parecería violar claramente el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Habría bastado con excluir los cambios de mala fe y cuya única explicación razonable fuera el intento de dejar de pagar parte de la pensión compensatoria. Con esta matización, el criterio normativo se asemejaría a los aplicados en otras jurisdicciones comparadas para rechazar la modificación de la pensión compensatoria³⁰.

²⁸ El mismo magistrado ponente de la STC, Rafael de Mendizábal Allende, firma el único voto particular en el que defiende que "resulta sorprendente que se castigue la voluntariedad del cese en un puesto de trabajo remunerado, por razones o motivos que no constan, con la negación de los efectos reductores de las pensiones, en función de los menores ingresos. Ello significa lisa y llanamente condicionar gravemente la libertad de trabajo, consagrada constitucionalmente, en una de sus facetas principales (art. 35.1 CE) y negar la movilidad consiguiente, creando una carga y un límite donde ni la Ley ni la Constitución lo autorizan, como una modalidad actual de los siervos de la gleba. En definitiva, el pronunciamiento final hubiera debido ser, en mi opinión, el contrario, dando lugar al amparo con los efectos jurídicos inherentes a él."

²⁹ NAVARRO MIRANDA (2011, p. 542): "[S]i el pase a dicha situación [jubilación del deudor] es voluntaria y va acompañada de la percepción de una importante cantidad no debe producirse la reducción de la pensión compensatoria".

³⁰ De acuerdo con el caso americano de referencia, *Ellis v. Ellis*, 262 N.W.2d 265 (Iowa 1978), los ex cónyuges no son libres para planear su futuro sin tener en cuenta las obligaciones con su primer marido o esposa: el obligado al *spousal support* no puede arbitrariamente excluir al beneficiario de su futuro. De ello se sigue que la reducción voluntaria de ingresos por parte del obligado no será calificada como cambio sustancial en las circunstancias apto para modificar la *alimony* (*marital allowance*) cuando exista mala fe. Así, *Parnell v. Parnell*, 239 P.3d 216, 218 (Okla. Civ. App. 2010): "When a spouse *deliberately* refuses to use his best efforts to obtain employment, or *intentionally* becomes under-employed to thwart his spouse or former spouse's effort to obtain his financial assistance in transitioning to separate life, equity may justify imputing income to him". A *sensu contrario*, parece que cuando la disminución de ingresos del obligado se produzca de buena fe (por ejemplo, sus preferencias cambian y pasa a valorar más el ocio y menos el trabajo) puede haber modificación de la *alimony*. Por su parte, los supuestos de jubilación en la edad prevista legalmente sí que admiten de forma amplia la reducción de la *marital allowance* (*Sylvan v. Sylvan*, 632 A.2d 528 [N.J. App. Div. 1993] o *Pierce v. Pierce*, 916 N.E.2d 330 [Mass. 2009]). No obstante, los tribunales norteamericanos han subsumido en la categoría de mala fe y, por tanto, han negado la reducción de la *alimony*, los casos de jubilación anticipada: *Marriage of Sinks*, 204 Cal. App. 3d 586, 251 Cal. Rptr. 379 (1988); o

b. Mejora económica del beneficiario de la pensión compensatoria

El segundo grupo de casos que permitiría reducir la pensión compensatoria se da en supuestos tales como i) la disminución sustancial y permanente de obligaciones y cargas (por ejemplo, el término del abono del préstamo hipotecario), que no tiene relación con el que es objeto de este estudio, o ii) el incremento de los ingresos o el patrimonio del beneficiario (acceso a un puesto de trabajo, a una pensión pública³¹ o privada, herencias, loterías...), el cual sí puede ser relevante a los efectos de este trabajo. Aquí, entonces, se plantea la cuestión de si el acreedor de una pensión compensatoria que tiene la posibilidad de incrementar sus ingresos mediante la realización de una actividad laboral, profesional o empresarial, o simplemente porque puede adquirir un título lucrativo (donación, herencia), pero rechaza tal posibilidad o lo hace sin justificación relevante en derecho, puede ver extinguido o modificado su derecho a la pensión. La respuesta debería ser positiva por simetría con los casos antes analizados y por las mismas razones. La renuncia a una ganancia esperada que, a todas luces, esté motivada por el ánimo de continuar gravando al deudor de la pensión puede ser tenida en cuenta si se aprecia manifiesta mala fe. Obsérvese que el Código Civil establece al respecto que “el derecho a la pensión se extingue [...] por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona” (art. 101.I CC).

2.3. Imputación de rentas potenciales o hipotéticas de la propiedad de inmuebles en el IRPF

El tercer caso analizado en este trabajo es la imputación de rentas inmobiliarias en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³², regulado por el art. 85 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre:

Art. 85.1 LIRPF: “En el supuesto de los bienes inmuebles urbanos, [...] así como en el caso de los inmuebles rústicos con construcciones que no resulten indispensables para el desarrollo de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, no afectos en ambos casos a actividades económicas, ni generadores de rendimientos del capital, excluida la vivienda habitual y el suelo no edificado, tendrá la consideración de renta imputada la cantidad que resulte de aplicar el 2 por ciento al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo. En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados, modificados o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor a partir del 1 de enero de 1994, la renta imputada

Barbarine v. Barbarine, 925 S.W.2d 831 (Ky. App. 1996).

³¹ Refiérase este caso, por ejemplo, al conocido “earned income tax credit” (EITC) estadounidense: se trata de un beneficio fiscal consistente en una rebaja en el impuesto sobre la renta para individuos y parejas con ingresos bajos o medios, especialmente para aquellos con hijos menores o estudiantes. No acogerse a este subsidio sería un comportamiento de mala fe y, por tanto, el cónyuge deudor podría reclamar con éxito una rebaja de la pensión compensatoria por mejora económica (aunque desaprovechada) del acreedor.

³² En términos económicos la imputación de rentas inmobiliarias significa considerar como relevante a efectos de ingresos una estimación del coste de oportunidad por no haber arrendado una finca.

será el 1,1 por ciento del valor catastral.”³³

Ha de tratarse pues de inmuebles contruidos y acabados, de suelo edificado, y que no sean vivienda habitual del contribuyente, es decir segundas o ulteriores viviendas no ocupadas u otros inmuebles no afectos a actividades económicas ni generadores de rendimientos del capital, como por ejemplo locales comerciales que no se destinen a ningún uso. El efecto real de esta disposición no es tanto aproximar la tributación de la propiedad y el arrendamiento, pues se excluye el caso mayoritario de la vivienda habitual. Así, no grava el consumo sino la renta potencial, por lo que promueve la puesta en circulación (rentabilización) de inmuebles de propiedad individual deshabitados.

La STC núm. 295/2006, de 11 de octubre (RTC 2006\295; MP: *Javier Delgado Barrio*) declaró la compatibilidad de la imputación de rentas inmobiliarias con la Constitución española. Si bien el litigio no versaba directamente sobre este tema ³⁴, como cuestión previa, el Tribunal Constitucional se planteó si la propia figura de la imputación de rentas inmobiliarias era constitucional o si resultaba contraria al principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 CE (FJ 5º). Para el Tribunal Constitucional, las imputaciones de rentas conectan con una renta potencial: aquella que podría haberse obtenido en caso de que el titular del bien inmueble no hubiera renunciado a arrendarlo³⁵. Además, el Tribunal precisa que estas imputaciones de rentas inmobiliarias no podrían considerarse “rentas ficticias”, sino rentas potenciales (FJ 8º), con lo cual resolvió implícitamente la ambigüedad puesta de manifiesto en el apartado 2.1.

Por lo tanto, aunque no se hubiera generado una renta real o efectiva, el Tribunal Constitucional entiende que las rentas potenciales constituyen una manifestación de riqueza o de capacidad económica sobre la que puede recaer un tributo. En particular, el Tribunal se refiere a esta posibilidad en los siguientes términos:

“[L]os rendimientos de los inmuebles urbanos que contempla el precepto cuestionado integran la manifestación de una capacidad económica que si bien no deriva de una renta real -no hay un ingreso efectivamente producido- sí conecta con una renta potencial: cabe

³³ Igualmente, hay que tener en cuenta que en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) también se imputa una renta por los bienes inmuebles situados en territorio español de forma análoga a lo previsto en la Ley del IRPF (arts. 13.1.h y 24.5 del Texto refundido de la Ley del IRNR, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo).

³⁴ La constitucionalidad de esta figura tributaria fue puesta en cuestión a raíz de un litigio centrado en la forma de cuantificar las imputaciones de rentas inmobiliarias relativas al IRPF de 1992. En particular, una contribuyente consideró que debía aplicar el coeficiente del 2% sobre el valor catastral de la vivienda, pero la Administración de Tributos Directos de la Diputación Foral de Vizcaya rectificó tal declaración al entender que debía aplicarse sobre el valor de adquisición de la finca, muy superior al valor catastral. Formulada reclamación económico-administrativa contra la liquidación provisional, esta fue desestimada por el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Vizcaya de 22 de abril de 1997. Contra dicho Acuerdo, la actora interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), el cual elevó cuestión de inconstitucionalidad el 18 de mayo de 2001.

³⁵ Para cuantificar las rentas potenciales, parece imprescindible contar con una auditoría -general, no individualizada por sus inasumibles costes- que permitiese a la Hacienda Pública establecer el valor del alquiler potencial de las viviendas sitas en el mismo barrio o zona.

razonablemente entender que, en la medida en que tales inmuebles son susceptibles de generar un rendimiento al que “renuncia” su titular –el que podría obtenerse mediante su arrendamiento– estamos ante una “renta potencial” susceptible de ser sometida a imposición por el impuesto sobre la renta de las personas físicas, de la misma manera que –en relación con el impuesto andaluz de tierras infrautilizadas– hemos afirmado que la renuncia a obtener el rendimiento óptimo legalmente señalado para las fincas rústicas “es por sí mismo revelador de la titularidad de una riqueza real o potencial” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13º) (FJ 6º).

En la doctrina establecida por el Tribunal, las rentas de los arrendamientos a que el propietario renuncia son rentas potenciales y no ficticias. Esto implica, traducido a términos económicos, que el legislador también puede tener en cuenta los costes de oportunidad, al menos en relación con los inmuebles urbanos.

Sin embargo, aunque la doctrina constitucional establecida por la sentencia citada mejora la anterior, todavía llama la atención alguna carencia de nota: el concepto de renta potencial debería matizarse pues, para ser gravable, las circunstancias deberían ser tales que permitieran colegir una ganancia esperada, con un grado de probabilidad razonable. Es decir, los inmuebles no destinados efectivamente a una actividad económica han de poder serlo, pues no debería gravarse en ningún caso una renta presuntamente potencial cuando en el supuesto no hay modo razonable de rentabilizar el recurso de que se trata. Ciertamente, como la base del cálculo utilizado por el legislador es el valor catastral, esto dará como resultado unos mínimos de rentabilización potencial y la anterior objeción podrá salvarse en la mayoría de los casos.

En general, esta jurisprudencia constitucional ha sido criticada por la doctrina. Así, CALVO ORTEGA (2007, pp. 11-13) no es partidario de que el IRPF recaiga sobre rentas potenciales habida cuenta de que la determinación de la renta a los efectos del IRPF sigue el sistema de flujos reales, para el que son relevantes las entradas de dinero o de bienes en el patrimonio de una persona, independientemente de su causa (rendimientos del trabajo, del capital...). Para el anterior autor, “en este sistema de flujos reales no tienen encaje las llamadas rentas potenciales, por la sencilla razón de que en ellas no hay flujo alguno”. Además, para ser coherente también habría que gravar otros casos de rentas potenciales, como “los capitales dinerarios colocados en cuentas bancarias corrientes con rentabilidad cero, los capitales en títulos mobiliarios (acciones) que no produjesen dividendos, las rentas potenciales de personas que, por su capacidad y titulación, podrían obtener rentas del trabajo o de actividades profesionales y no lo hacen por voluntad previa, etc.” (CALVO ORTEGA 2007, pp. 12-13). De ahí que para este autor lo más conveniente sería que la imputación de rentas inmobiliarias desapareciera del IRPF y la tributación de los inmuebles urbanos no arrendados se llevara al Impuesto sobre el Patrimonio y al Impuesto sobre Bienes Inmuebles. De esta forma, se “colocaría la tributación en el lugar correcto: imposición sobre la propiedad” (CALVO ORTEGA 2007, p. 20), postura que ha sido compartida por otros autores³⁶. Igualmente, RAMOS PRIETO (2008, pp. 221-225) también considera que las imputaciones

³⁶ Igualmente, RAMOS PRIETO (2008, pp. 221-225) también rechaza la figura de las imputaciones de rentas inmobiliarias ya que considera que es contraria al principio de capacidad económica por recaer sobre una renta

de rentas son contrarias al principio de capacidad económica y que sus criterios de cuantificación afectan negativamente al principio de igualdad.³⁷

2.4. Crisis financiera e inmobiliaria: normativa autonómica sobre expropiación de usos, disposiciones sobre arrendamiento “forzoso” e impuestos sobre viviendas vacías

En el entorno de la crisis financiera e inmobiliaria actual, Andalucía, Navarra y Cataluña han aprobado disposiciones legales o gubernamentales para favorecer la función social de la vivienda, como privaciones temporales de uso, sin indemnización, de inmuebles desocupados y que se encuentren en determinadas circunstancias que a continuación veremos. La constitucionalidad de las disposiciones en cuestión está siendo controvertida.

Sin embargo, antes de analizar sucintamente las disposiciones de que se trata, conviene recordar que el derecho español ha conocido regulaciones imperativas sobre duración obligatoria y bloqueo de rentas en los arrendamientos de viviendas y locales de negocio durante décadas sin que tales regulaciones hubieran sido puestas en cuestión por razones de constitucionalidad. En particular, y vigente la Constitución española de 1978, la liberalización de los contratos de arrendamientos de inmuebles urbanos comenzó en 1985 con el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica. A esta regulación le siguió la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE núm. 282, de 25.11.1994; última modificación por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas), que ha mantenido la tendencia liberalizadora.

Desde el punto de vista del análisis económico positivo, la congelación de rentas de alquiler en los arrendamientos rústicos y urbanos tiene efectos conocidos: si el precio máximo de alquiler que puede cobrarse es menor que el de equilibrio del mercado competitivo, habrá más personas dispuestas a alquilar viviendas y locales al precio máximo fijado que inmuebles vacíos.

virtual, es decir, basada en una ficción (confundiendo renta potencial con renta imaginaria o ficticia). Además, la actual configuración de los criterios de cuantificación de las imputaciones de rentas inmobiliarias en el IRPF resulta controvertida desde el punto de vista del principio de igualdad “al hacer de peor condición ante el IRPF la inversión en determinadas edificaciones urbanas y rústicas frente a otros elementos patrimoniales duraderos tanto o más valiosos (embarcaciones, vehículos, fincas rústicas, etc.)”. Tampoco parece que haya argumentos de peso que justifiquen el mantenimiento de esta figura. Al contrario, objetivos extrafiscales como el aumento de la oferta de viviendas en alquiler o la lucha contra el fraude fiscal pueden conseguirse igualmente mediante otras medidas más respetuosas con los principios del art. 31.1 CE, especialmente a través de la imposición sobre el patrimonio, como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (RAMOS PRIETO, 2008, p. 220). Como apuntan VARONA ALABERN y DE PABLO VARONA (2005, pp. 1660-1661), “la capacidad económica se advierte más claramente en la titularidad del inmueble que en su discutible disfrute”. Así pues, puede apreciarse que la doctrina mayoritaria, entre la que también puede citarse a GALAPERO FLORES (2009, p. 14), se ha mostrado mucho más crítica con esta figura que el Tribunal Constitucional.

³⁷ Según RAMOS PRIETO (2008, pp. 221-225) las imputaciones de rentas son contrarias al principio de capacidad económica por recaer sobre una renta virtual (entendida en el sentido de renta imaginaria o ficticia en vez de en el de renta potencial). Además, la actual configuración de los criterios de cuantificación de las imputaciones de rentas inmobiliarias en el IRPF resulta controvertida desde el punto de vista del principio de igualdad “al hacer de peor condición ante el IRPF la inversión en determinadas edificaciones urbanas y rústicas frente a otros elementos patrimoniales duraderos tanto o más valiosos (embarcaciones, vehículos, fincas rústicas, etc.)”.

Tendremos un exceso de demanda³⁸: a corto plazo, tal exceso solo se dejará notar en escasa medida, pues la oferta de inmuebles en alquiler es rígida en el corto plazo; pero a largo plazo tal oferta es elástica y se retraerá crecientemente —los propietarios no querrán ofrecer viviendas en alquiler por rentas bajas o muy bajas y sin garantía de recuperación del inmueble en caso de impago—, por lo cual su escasez será cada vez mayor y más evidente. En la práctica, el bloqueo histórico de rentas en la España anterior al Decreto de 1985 provocó que el porcentaje de viviendas y locales dados en arrendamiento en relación con el total y, en particular, con las viviendas y locales en propiedad, fuera inferior al promedio de países europeos comparables, algo que sigue siendo así³⁹, aunque otras circunstancias tales como el subsidio fiscal de la propiedad de la vivienda habitual —pero no de su alquiler— reforzaron este efecto. En este trabajo solo apuntamos al establecimiento de nuevas regulaciones restrictivas de las facultades de uso y disposición de los inmuebles de determinados propietarios y en casos muy particulares. Hay, pues, un primer argumento favorable a la introducción de dichas limitaciones: la tradición.

Las regulaciones recientes que a continuación analizaremos brevemente, en lo fundamental, gravan con una exacción a medio camino entre el impuesto y la sanción a determinados propietarios de viviendas desocupadas, normalmente entidades financieras. También establecen expropiaciones de facultades de uso en casos de viviendas habitadas por personas y familias con escasos recursos y sujetas a un procedimiento de desahucio.

Entrando ya en la consideración de los casos actuales, las regulaciones que estudiaremos, además de un trasfondo social —la contención de los desahucios por impago del crédito hipotecario⁴⁰—, tiene una fundamentación económica: parecería preferible mantener a los propietarios de la vivienda en ella durante un tiempo razonablemente acotado —a corto plazo— aunque no puedan satisfacer las cuotas de sus hipotecas, pues i) ello podría permitir a estos deudores disponer de un plazo adicional para satisfacer el crédito en un futuro próximo, ii) ahorraría gastos públicos relacionados con la provisión de vivienda a personas y familias desahuciadas, y iii) contendría el elevado número de viviendas deshabitadas que existe hoy en España y amortiguaría así el incremento de una oferta a todas luces excesiva. Como es obvio, las entidades financieras soportan a corto plazo el sobrecoste consecuencia de la aplicación de estas regulaciones, pero a medio y largo plazo lo repercuten sobre sus accionistas y clientes, por lo cual, y en definitiva, este

³⁸ Hal R. VARIAN (2010), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, 8a ed., W. W. Norton & Company, Nueva York, pp. 13-14.

³⁹ Todavía en 2014, Eurostat, *Housing Statistics, Population by Tenure Status* ([http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/File:Population_by_tenure_status_2012_\(1\)_\(%25_of_population\)_YB14_II.png](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/File:Population_by_tenure_status_2012_(1)_(%25_of_population)_YB14_II.png)), informa que el promedio europeo (EU 28) de viviendas en propiedad es del 70% contra el 30% en alquiler (de las cuales dos tercios arrendadas a precios de mercado y un tercio a precios subsidiados). En España, la ratio es 78,9:13,5 a finales de 2013. Hay Estados miembros, de culturas muy distintas, como Italia, Gran Bretaña o Suecia con relaciones cercanas a 70:30. Francia (62:38), Alemania (53:46), o Suiza (44:55) presentan relaciones mucho más equilibradas que la española. Una distinción importante en las viviendas en propiedad es la que media entre aquellas gravadas con una hipoteca o equivalente y las que no lo están.

⁴⁰ Vemos que aún no se han planteado desahucios por impago de rentas arrendatarias.

sobrecoste se difunde al menos parcialmente en la sociedad⁴¹. No obstante, a largo plazo, el equilibrio de mercado no puede romperse sin costes elevados: la clave sigue residiendo en no ofrecer incentivos perversos dirigidos a dejar de pagar las deudas hipotecarias sin tener que soportar consecuencias gravosas derivadas de este incumplimiento. El incremento de la morosidad que conllevaría esta creencia supondría un golpe durísimo al sistema financiero y, por extensión, a todo el entramado económico.

También la normativa sobre arrendamiento forzoso tiene una justificación económica clara: el incremento de la oferta de viviendas y locales en alquiler y, por tanto, el abaratamiento relativo de esta opción con respecto a la compra de inmuebles.

a. Andalucía

(i) Expropiación forzosa para dar cobertura a la necesidad de vivienda de personas en emergencia social

La Disposición adicional segunda del Decreto Ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, regula la denominada “Declaración de interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social”, cuyo tenor literal es el siguiente:

Disposición adicional segunda del Decreto Ley andaluz 6/2013:

“1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

2. Este Decreto-ley será de aplicación a las viviendas incurso en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

3. Podrán ser beneficiarias de esta expropiación de uso las personas que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Tener su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, siendo su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria la titularidad de ninguna vivienda.
- b) Tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios.
- c) El lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social.
- d) Cumplir los siguientes requisitos de carácter económico:

1º Que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un

⁴¹ En qué medida pagan más los accionistas o los clientes de las entidades financieras depende técnicamente de las elasticidades cruzadas de las respectivas funciones de oferta y demanda. Es una simple ingenuidad, cuando no pura demagogia, y no sabemos qué es peor, si lo primero o lo segundo, afirmar como a veces ocurre que tales impuestos, exacciones o sanciones gravan a los bancos, es decir a sus accionistas, y no también a sus empleados y clientes.

préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona.
2º Que las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo, provocando una situación de endeudamiento sobrevenido respecto a las condiciones y circunstancias existentes cuando se concedió el préstamo hipotecario. Se entenderá que las circunstancias económicas han sufrido un importante menoscabo cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,5 y ello suponga más de un tercio de los ingresos familiares.

3º El conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere el 3 del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM)⁴².

4. El procedimiento de expropiación temporal del uso de la vivienda deberá ajustarse a la legislación de expropiación forzosa y, en su caso, a lo establecido por la legislación sectorial aplicable. La resolución que dé inicio al mismo se comunicará al órgano judicial que esté conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trate.”

Esta disposición se relaciona claramente con la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad de los arts. 71 a 75 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, por incumplimiento de la función social de la propiedad. Los beneficiarios de la normativa reseñada quedan obligados al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al abono del justiprecio “en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma, ni superior a la cuantía del justiprecio” (Disp. Ad. 2ª.9 Decreto Ley andaluz 6/2013).

El mencionado Decreto Ley 6/2013 entró en vigor el 12 de abril de 2013 y su Disposición adicional segunda se aplicó en 18 casos⁴³ hasta que, como veremos, en enero de 2014, el Tribunal Constitucional suspendió cautelarmente su aplicación.

En efecto, la constitucionalidad de este Decreto impulsado por el gobierno andaluz (PSOE e IU) se puso en cuestión. Así, el 9 de julio de 2013, el gobierno español (PP) presentó un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en el cual solicitaba asimismo la suspensión cautelar de la norma, que el Alto Tribunal concedió dos días después.

Para tratar de superar el obstáculo, la Junta de Andalucía aprobó, en sustitución del Decreto Ley

⁴² El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples es el índice de referencia en España para la asignación de ayudas y subsidios en función de los ingresos. El IPREM mensual para el 2014 es de 532,51 euros. Podrán ser beneficiarias de la expropiación temporal del uso de la vivienda las familias cuyos ingresos no superen los 1.597,52 euros al mes (tres veces el IPREM).

⁴³ Reyes RINCÓN, “La Junta expropia la primera vivienda con la duda de si Rajoy recurrirá la ley”, *El País*, 15.10.2013, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/10/15/andalucia/1381836695_871383.html.

La Disposición adicional segunda del Decreto Ley 6/2013 empezó a aplicarse con la apertura del expediente de expropiación de uso de un piso de 87 m² sito en Huelva (Anuncio de 17 de mayo de 2013, de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda y Comercio en Huelva, por el que se somete a información pública el expediente que se cita con carácter previo a la declaración de interés social de la cobertura de necesidad de vivienda y de la necesidad de ocupación a efectos expropiatorios conforme a la Disposición Adicional Segunda del Decreto Ley 6/2013 [BOJA núm. 99, de 23.5.2013]). Los dos siguientes pisos sobre los que se aplicó la Disposición adicional segunda estaban en Granada (Anuncio de 7 de junio de 2013, de la Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio en Granada [BOJA núm. 114, 13.6.2013]).

paralizado, la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda (BOJA núm. 198, 8.10.2013; y BOE núm. 263, de 2.11.2013), cuyo tenor literal en la parte que aquí interesa es idéntico al Decreto Ley 6/2013. De este modo, la Ley 4/2013 dio continuidad a los expedientes incoados y, en concreto, el del piso de 87 m² situado en Huelva se convirtió en el primer caso de expropiación temporal de uso de vivienda a una entidad financiera. El 18 de diciembre de 2013, el gobierno español volvió a recurrir la norma andaluza ante el Tribunal Constitucional, que la suspendió el 14 de enero de 2014⁴⁴.

(ii) Sistema sancionador para el fomento del alquiler de viviendas vacías

El mismo Decreto Ley andaluz 6/2013, en su art. 1.5 añadió los nuevos los Títulos VI y VII a la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía⁴⁵. En lo que aquí interesa, ello supone la incorporación de una política, también polémica, de fomento del alquiler de viviendas vacías en Andalucía mediante un sistema sancionador. Así, el art. 53.1.a Ley 1/2010 considera “infracción muy grave” “no dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25 (“definición de viviendas deshabitadas”), siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares”. Y el art. 61.1 Ley 1/2010 establece que “las infracciones muy graves se sancionan con una multa de hasta 9.000 euros”⁴⁶.

Así pues, la Junta de Andalucía mediante la imposición de multas coercitivas pretende favorecer que las entidades bancarias (y sus sociedades filiales) arrienden sus inmuebles desocupados, favoreciendo así un funcionamiento de la economía globalmente más eficiente⁴⁷. El análisis

⁴⁴ El motivo de inconstitucionalidad genéricamente aducido por el gobierno español en su recurso ante el TC fue la “infracción de los preceptos impugnados de la competencia estatal prevista en el artículo 149.1.13 CE en relación con las <<bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica>>”. El ejecutivo español también entendió que la norma andaluza “innova el contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas situadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al integrar en él un deber hasta ahora inexistente y que consiste en destinar tales viviendas a un determinado uso a través del cual se busca satisfacer la función social que el derecho de propiedad está llamado a tener, configurándolo constitucionalmente como un elemento que determina su contenido”, lo que contravendría el art. 53.1 CE en relación con el 33 CE. Finalmente, el gobierno apuntó que la potestad expropiatoria incluida en la legislación recurrida “tiene como único sujeto pasivo las <<entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos>>. Esta restricción del ámbito subjetivo de aplicación de la norma discrimina, sin fundamento constitucional legítimo, a las entidades de crédito y de gestión de activos, frente a otras personas jurídicas que pueden actuar en el mercado (inmobiliarias, promotores, fondos de inversión, etc.)[, lo que] vulnera el principio de la proporcionalidad con la finalidad perseguida (exigida por el Tribunal Constitucional en las SSTC 66/1991 o 142/1993).”

⁴⁵ BOJA núm. 54, de 19.3.2010; y BOE núm. 77, de 30.3.2010.

⁴⁶ Art. 61.2 Ley 1/2010: “Cuando las infracciones afecten a varias viviendas, aunque pertenezcan a la misma promoción, podrán imponerse tantas sanciones como infracciones se hayan cometido respecto de cada vivienda cuando la conducta infractora sea individualizada en relación con viviendas concretas”. Véanse los arts. 62, 63 y 64 Ley 1/2010 para sanciones accesorias, reducción de sanciones y destino de las multas impuestas, respectivamente.

⁴⁷ De modo similar, el alcalde de la ciudad de Barcelona, Sr. Xavier Trias i Vidal de Llobatera, anunció el 15 de enero de 2014 que el Consistorio impulsaría una ordenanza que permita sancionar pecuniariamente a aquellas

positivo y normativo que cabe realizar es el mismo que en el caso anterior. Como en el supuesto presentado previamente, algunas posiciones doctrinales manifiestan dudas sobre la constitucionalidad de estas disposiciones, aunque en este trabajo y por las razones ya dichas defendemos su arreglo a la Constitución española de 1978. Es opinable cuál sea en cada momento la proporción óptima entre viviendas en propiedad y arrendadas, pero un *stock* de viviendas desocupadas es fácilmente subóptimo desde un punto de vista económico. Una vivienda desocupada durante un tiempo prolongado es claramente un coste hundido y, por encima de los mínimos razonables de oferta, la ocupación forzosa –e inocua, *big if*– tendente por lo menos a cubrir los gastos de su amortización puede estar justificada por razones de eficiencia. Con todo, el análisis económico-positivo tiene sus limitaciones y no cabe ignorar que la imposición generalizada de disposiciones de contratación forzosa o de expropiación de facultades de uso estrangularía el mercado de los productos o servicios a los cuales se aplicara, pues a medio y largo plazo los expulsaría del mercado mismo. La tradición, que ampara históricamente la legitimidad circunstancial de disponer de estos instrumentos jurídicos, también previene analíticamente contra su aplicación universal.

b. Navarra

Como en el caso andaluz, la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra (BON núm. 133, de 12.7.2013; y BOE núm. 24, de 27.7.2013), que modifica la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, ha establecido una regulación similar a la andaluza, tanto respecto a la expropiación de usos como al arrendamiento “forzoso”:

Art. 7 de la Ley Foral 24/2013:

“Se añade una nueva disposición adicional a la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, con la siguiente redacción.

<<Disposición adicional décima.-Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social.

1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de cinco años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente o, en su caso, desde que finalice el plazo de suspensión del lanzamiento establecido por Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

2. Esta Ley Foral será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por

entidades financieras que mantuvieran pisos vacíos en zonas de la ciudad con necesidades de vivienda (Meritxell M. PAUNÉ, “Barcelona también multará a los bancos que mantengan pisos vacíos en zonas con necesidades”, *La Vanguardia*, 15.1.2014, www.lavanguardia.com/local/barcelona/20140115/54398158075/barcelona-multara-bancos-mantegan-vacios-pisos.html). Una iniciativa similar ya había sido adoptada por otros ocho municipios catalanes: Terrassa, Sabadell, Mollet del Vallès, Granollers, Girona, Olesa de Montserrat, Sant Vicenç dels Horts y Esplugues de Llobregat (“Críticas a las leyes que sancionarán a la banca por sus pisos vacíos”, *El Mundo*, 17.1.2014, www.elmundo.es/economia/2014/01/17/52d92a11ca4741e7798b4572.html). El Parlamento de Cataluña también está legislando sobre la materia (véase el epígrafe 2.4.c).

entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

3. Podrán ser beneficiarias de esta expropiación de uso las personas que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Tener su residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, siendo su única vivienda en propiedad y no poseer ningún miembro de la unidad familiar que conviva en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria la titularidad de ninguna vivienda.
- b) Tener la condición inicial de propietarios y deudores hipotecarios.
- c) Que el lanzamiento pueda generar una situación de emergencia o exclusión social.
- d) Cumplir los siguientes requisitos de carácter económico:
 1. Que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona.
 2. Que las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo, provocando una situación de endeudamiento sobrevenido respecto a las condiciones y circunstancias existentes cuando se concedió el préstamo hipotecario. Se entenderá que las circunstancias económicas han sufrido un importante menoscabo cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por, al menos, 1,5 y ello suponga más de un tercio de los ingresos familiares.
 3. Que el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Cuando la unidad familiar tenga tres miembros dicho límite se fija en 3,25, cuando tenga cuatro miembros en 3,50, y en caso de más miembros se añadirá un 0,25 por cada uno de ellos.>>"

En cuanto a la expropiación de uso a entidades financieras, las diferencias entre las dos regulaciones son solo dos: Navarra fija dicha expropiación temporal en un periodo máximo de 5 años, mientras que Andalucía hace lo propio por 3 años, y la legislación navarra afina más en el requisito de carácter económico consistente en que "el conjunto de ingresos de la unidad familiar no supere tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples". En comparación con la regulación andaluza, la disposición navarra detalla que cuando la unidad familiar tenga tres miembros el límite no es 3 sino 3,25, y añade 0,25 más por cada miembro adicional. Estos dos elementos no modifican el análisis sustantivo y normativo expuesto en las páginas anteriores, pero el analista hará bien en tener en cuenta la intensidad del grado de aplicación coercitiva de estas disposiciones si llegan a superar el obstáculo constitucional, como defendemos que aquí debería ser el caso. Si es así, y por las mismas razones que adujera Ludwig VON MISES en 1920, sigue siendo defendible que la aplicación de las medidas en cuestión sea efectiva pero la justa, es decir, la ideal y exclusivamente necesaria para incentivar a los agentes sociales a celebrar los contratos correspondientes sin esperar a que la Administración lo haga directamente, pues casi siempre los primeros contratarán mejor que la segunda.

De nuevo, en el ámbito sancionador como medio para promocionar el alquiler de viviendas, las diferencias entre Navarra y Andalucía son pocas: la regulación navarra añade a la infracción el componente temporal ("dos años") en que no se dé efectiva habitación a la vivienda. Y las cuantías de la sanción son mucho más elevadas en la Ley Foral ("multa desde 30.001 hasta 300.000 euros") que en la Ley andaluza ("multa de hasta 9.000 euros"). En concreto, la normativa navarra dispone:

Art. 5 de la Ley Foral 24/2013:

“El artículo 66 de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra, queda con la siguiente redacción:

<<Artículo 66. Infracciones muy graves.

Son infracciones muy graves: 1. No dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en esta Ley Foral durante dos años siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares.>>”

Art. 67 de la Ley Foral 10/2010:

“1. Las infracciones a que se refiere la presente Ley Foral darán lugar a las siguientes sanciones: [...] c) Infracciones muy graves: multa desde 30.001 hasta 300.000 euros.”

Como en el caso andaluz, el 14 de octubre de 2013 el gobierno central interpuso recurso ante el TC, admitido a trámite el 5 de noviembre de 2013 mediante Providencia que llevó aparejada la suspensión de la vigencia y aplicación de dicha Ley Foral.

c. Cataluña

Por su parte, actualmente se encuentra en tramitación en el Parlamento de Cataluña el Proyecto de ley del impuesto sobre las viviendas vacías (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 28 de julio de 2014, núm. 375, p. 50), que tiene como sujetos pasivos únicamente a las personas jurídicas, por lo que afectará especialmente a las entidades financieras que como consecuencia de la crisis y del aumento de ejecuciones hipotecarias se han convertido en titulares de un elevado número de viviendas. Algunos aspectos destacados de la regulación del impuesto que prevé el proyecto de ley son los siguientes:

Artículo 1. Naturaleza y objeto

“Se crea, como impuesto propio de la Generalitat de Cataluña, el impuesto sobre las viviendas vacías, de naturaleza directa que grava el incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas por el hecho de permanecer habitualmente desocupadas.”

Artículo 4. Hecho imponible

“1. Constituye el hecho imponible la desocupación habitual de una vivienda por más de dos años sin causa justificada, en cuanto que esta desocupación afecta a la función social de la propiedad de la vivienda.”

Artículo 7. Base imponible

“1. Constituye la base imponible el número total de viviendas sujetas al impuesto de que es titular el sujeto pasivo en la fecha de devengo del impuesto.”

Artículo 8. Cuota íntegra

“La obtención de la cuota íntegra se obtiene de aplicar a la base imponible los tipos de gravamen de la escala siguiente:”

<i>Base imponible hasta (viviendas)</i>	<i>Cuota íntegra (euros)</i>	<i>Resto de base imponible hasta (viviendas)</i>	<i>Tipo gravamen (euros/vivienda)</i>
0	0	120	500
120	60.000	480	825
600	456.000	En adelante	1.650

Igualmente, hay que destacar que se ha previsto la posibilidad de aplicar una bonificación en la cuota, que puede llegar al 100%, en función del porcentaje de viviendas que el sujeto pasivo destine a alquiler asequible (art. 9). Así pues, este tributo tiene un claro carácter extrafiscal.

2.5. Eficiencia económica, buena fe y *business judgment rule*

En las páginas anteriores hemos analizado supuestos históricos y actuales de establecimiento de reglas que limitan la libertad de individuos y empresas sobre sus bienes o sobre su propio capital humano. A continuación nos referiremos a supuestos mucho más generales y veremos cómo deberes u obligaciones de comportarse eficientemente pueden imponerse de modo efectivo con carácter general con tal que lo sean mediante principios, de los cuales el más importante es el de la buena fe. Ya hemos tenido ocasión de referirnos al principio de buena fe en el supuesto de pagar la pensión compensatoria, y en el derecho del Código Civil es absolutamente pacífico el principio general en cuya virtud todos los contratos obligan a cumplir lo establecido por sus pactos o estipulaciones expresas y, además, y entre otras fuentes de integración del contrato, a las exigencias normativas de la buena fe (art. 1258 CC).

a. Buena fe contractual: el artículo 1258 del Código Civil

En el origen del derecho español de los contratos –en sus fuentes primarias– se incluye el art. 1258 del Código Civil de 1889, el cual establece:

“[L]os contratos [...] obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Conviene, pues, tener muy en cuenta a los efectos de las tesis sostenidas en este trabajo que en todo contrato, sea de la naturaleza que fuere, la exigencia de que el comportamiento de las partes sea conforme a la buena fe integra su contenido. Esto implica que, al menos en el límite, las partes no podrán poner en acto comportamientos manifiestamente subóptimos desde el punto de vista de la eficiencia económica y que a ojos de cualquier observador razonable constituyan una infracción flagrante del principio de buena fe como, solo por ejemplo, será el caso cuando, dadas dos alternativas de conducta cuyo coste esperado sea idéntico para la parte deudora, esta opte por la menos eficiente de las dos.

Por ejemplo, “el caso en que consta que se ha autorizado un aumento de obra (cfr. Art. 1593 CC) pero no constan los términos en que las partes han querido con ello afectar al precio inicial (STS, 1ª, 10.5.1997 [R] 1997\3831; MP: *Eduardo Fernández-Cid de Temes*)” es un “supuesto reiterado de integración por la buena fe de un elemento esencial del contrato”⁴⁸. Lo mismo sucede cuando una situación contractual se prorroga en el tiempo sin previsión contractual al respecto.

b. Obligaciones y responsabilidades de los administradores de sociedades mercantiles y la recepción de la *business judgment rule* en la legislación mercantil española

Si la relación de continuidad entre el derecho de la contratación civil y la contratación laboral parece clara, cabría preguntarse si ocurre lo mismo ente el derecho privado general y la regulación especial de las sociedades de capital, instrumento regulatorio básico del derecho mercantil.

(i) Buena fe contractual, daño puramente económico y relación contractual entre la sociedad y sus administradores

Antes de iniciar el análisis, conviene recordar que la exigencia normativa del art. 1258 CC relacionada con la integración del principio de buena fe en (todos) los contratos está expresamente subordinada a la naturaleza propia de cada uno de ellos. Esta primera acotación es relevante para lo que a continuación se va a tratar de defender sobre las obligaciones de los administradores con la sociedad que les ha contratado, obligaciones que están en función de la naturaleza del contrato y de sus determinaciones específicas, así como del marco normativo de la propia Ley de Sociedades de Capital.

En efecto, los arts. 236 a 241 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC) regulan la acción social de responsabilidad contra los administradores. Siempre en el marco de las tesis defendidas en este trabajo, planteamos la cuestión de si tal acción podría llegar a ser ejercitada plausiblemente por socios minoritarios que pretendieran mejorar la productividad empresarial del negocio o los resultados económicos de la compañía en el caso de que juzgaran que el órgano de administración no realiza o no lleva a cabo eficientemente una actividad incluida en el objeto social y sobre la base de que el beneficio esperado de llevar a cabo la actividad pretendida sería superior al obtenido con la gestión histórica de la compañía, llevada a cabo por sus administradores⁴⁹.

Al efecto, el art. 239 LSC dispone que “los socios que representen, al menos, el cinco por ciento

⁴⁸ Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de Contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 492.

⁴⁹ No confundamos la acción social de responsabilidad de los administradores con el hecho de que las decisiones de gestión son competencia del órgano de administración (art. 209 LSC) por lo que, si el socio minoritario considera que no son correctas y propone un cambio en las actividades (siempre que estén incluidas en el objeto social), su única fuerza es la persuasión: al final, deciden los administradores.

del capital social” (los llamados minoritarios) “podrán [...] entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social⁵⁰”. La minoría está así legitimada para exigir responsabilidad a los administradores sociales –aunque de modo subsidiario a la junta general (cfr. art. 238 LSC) –. A su vez, el art. 236.1 LSC establece los presupuestos de prosperabilidad de la acción: “Los administradores [...] responderán [...] del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.”

En lo que aquí interesa, dos cuestiones relevantes son si una asignación subóptima de recursos por parte de los administradores puede considerarse un daño y, en caso afirmativo, si ello implicaría incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador.

En cuanto a la cuestión sobre el daño, la doctrina mercantilista pone de manifiesto que, en general, este debe incidir (repercutir) directamente sobre el patrimonio social, pero, a lo que se nos alcanza, no construye un concepto de daño distinto al propio del derecho general de daños. En este, es relevante aquí la doctrina sobre el daño puramente económico (*pure economic loss*). Son daños puramente económicos aquellos que no resultan de un daño causado a bienes o derechos de la víctima (*property damages*) o que, si esta es una persona física, no derivan de un daño personal a esta misma (*personal injury*).

En el ejemplo clásico, el empleador del trabajador que ha sufrido un accidente de circulación carece de acción por las pérdidas exclusivamente económicas que experimenta como consecuencia de haberse visto privado de los servicios de su empleado mientras dura el tiempo de su baja laboral. En cambio, el empleado mismo tiene una pretensión indemnizatoria contra el causante del accidente por los daños personales sufridos *y* por las pérdidas económicas derivadas del tiempo de baja (*loss of profit*).

Entonces, y como recoge el *American Law Institute* para el derecho común norteamericano en el *Restatement Third, Torts: Liability for Economic Harm*⁵¹, un criterio normativo defendible –e inferido de un criterio empírico razonable– es aquel en cuya virtud las contingencias de pérdidas o daños puramente económicos se regulan óptimamente en de derecho de contratos y no, en línea de principio, en el derecho imperativo de la responsabilidad civil o extracontractual. El desarrollo de esta tesis, objeto de análisis específico en un trabajo en curso de elaboración y de próxima publicación, no corresponde a esta sede, pues aquí bastará con sintetizar su fundamentación más elemental: los daños emergentes y lucros cesantes que derivan de daños a derechos de propiedad o de daños personales son, por lo general, mucho más fácilmente identificables y acotables que las pérdidas exclusivamente económicas que puede sufrir quien no ha sido víctima de ninguno de aquellos dos tipos de daños. *Ex ante*, la víctima potencial de

⁵⁰ Art. 239.2 LSC: “los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social” (los llamados minoritarios) “podrán (...) entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad”.

⁵¹ Aprobado en el transcurso del ALI’S 91st Annual Meeting, Washington D.C., May 19-21, 2014 (www.ali.org).

pérdidas o daños exclusivamente económicos tiene a su alcance los contratos, como herramientas específicas para la asignación de tales contingencias de daños y, aun más concretamente, el contrato de seguro, como contrato arquetípico de distribución de riesgos. La intuición es que las contingencias exclusivamente económicas que no derivan de lesiones a bienes y derechos de la víctima son el objeto propio de los contratos. Naturalmente, ello no obsta a que las leyes establezcan supuestos de responsabilidad extracontractual por daños puramente económicos en determinadas constelaciones de casos —así, en competencia desleal—, pero como ya hemos indicado esta cuestión no es objeto de análisis en esta sede, y en todo caso el principio general, tanto empírica como normativamente, es el expuesto.

Así pues, y en cuanto a los deberes inherentes al cargo de administrador, habrá que estar en primer lugar al contrato mismo, es decir al negocio concreto que vincule al administrador con la sociedad. En él se habrán podido establecer expresamente los estándares de riesgos asumibles en la gestión de la compañía, gestión que podrá ajustarse a un perfil conservador, abrirse a la asunción de riesgos moderados o, por supuesto, a la de otros muy elevados. Además de lo dispuesto específicamente por el contrato, o en su defecto, y tal y como establece el art. 1258 CC, la naturaleza de la relación contractual, el objeto social y características de la compañía, el sector industrial del que esta forme parte y los usos del tal sector, permitirán integrar las eventuales lagunas en la regulación contractual, como lo harán por supuesto el principio de buena fe y la regulación genérica establecida en la LSC, en particular sus arts. 225 a 232 LSC.

El parámetro profesional del “ordenado empresario” concreta el deber de diligencia del art. 225.1 LSC, y según doctrina autorizada (QUIJANO, 2011, p. 1697-1698), tal deber “tolera un [amplio] grado de flexibilidad, en el que debe ponderarse el margen razonable de discrecionalidad y riesgo en las decisiones empresariales, y todo un conjunto de circunstancias de lugar y tiempo (la coyuntura de mercado en el momento de tomar la decisión), tamaño, objeto y sector empresarial, posición orgánica en que se realiza el acto (ejecutiva o supervisora), etc. [...] El acto ilícito imputable a los administradores debe ser, además, culpable, [lo que admite] el dolo o intencionalidad y la culpa, en cualquiera de sus formas (*in comittendo, in omittendo, in vigilando, in eligendo, in instruendo*)”⁵², en línea con lo ya señalado.

(ii) Sobre la viabilidad de la acción de responsabilidad en interés social contra los administradores en supuestos de manifiesta ineficiencia

¿Resultaría entonces viable la acción de responsabilidad, ejercitada por los socios minoritarios, contra los administradores cuando estos estuvieran gestionando la compañía de modo manifiestamente ineficiente? En una primera aproximación, incumplimientos esenciales de lo expresamente dispuesto en el contrato entre los administradores y la sociedad permitirían, al menos indiciariamente, el ejercicio de tal pretensión. En ausencia de una estipulación contractual expresa, únicamente en casos de ineficiencia flagrante y si se prueba la existencia de otras alternativas de gestión comparables en cuanto a sus costes esperados, pero manifiestamente más

⁵² Véanse DÍAZ-ECHEGARAY (2006, pp. 121-133) y RIBAS (2011, pp. 1608-1618) para un análisis más detallado del deber de diligente administración.

eficientes, sería admisible la acción por incumplimiento del deber de administración diligente por violación de los deberes de un ordenado empresario o, en términos generales, del principio de buena fe. Fuera de estos dos grupos de casos, los administradores estarían protegidos por la inevitable aleatoriedad asociada al riesgo empresarial, en los términos que analizaremos en el epígrafe siguiente.

(iii) Doctrina jurisprudencial

En los epígrafes precedentes hemos utilizado expresiones tales como ineficiencia flagrante o manifiesta para referirnos a la gestión de aquel o aquellos administradores que optan, entre varias alternativas de gestión cuyos costes esperados son comparables pero cuyo ingreso también esperado es muy distinto, por aquella claramente menos rentable. Desde luego, la fuente primaria de delimitación de los márgenes de riesgo asumibles por los administradores es el contrato que les vincula con la compañía. Pero el contrato se integra con los criterios expuestos en el apartado anterior.

Más allá del contrato debidamente integrado, la doctrina jurisprudencial ya había apuntado a un criterio según el cual al dato de la opción menos rentable sumaba la exigencia de que concurrieran una o más circunstancias adicionales que pusieran de manifiesto la injustificabilidad del acto de gestión del administrador. Se trataría de un criterio que podemos denominar del *doble indicio*: la ineficiencia crasa señala frecuentemente un interés espurio por parte del administrador, es decir, mala fe o abuso de confianza.

Así, la conocida STS, 1ª, 18.5.1999 (RJ 1999\3476; MP: Alfonso Villagómez Rodil) había avalado la aplicación de la acción de responsabilidad en interés social por parte de la minoría contra los administradores de una sociedad con base al:

“[...] actuar malicioso y con abuso de facultades de los administradores de referencia, pues su deslealtad a la sociedad, por su conducta taimada, artera y decidida a privarle con daño del único activo social importante, resulta notoria, en relación a la venta precipitada de la finca, con las circunstancias extrañas que la rodearon, pues se llevó a cabo tres días antes de la Junta convocada para su destitución, en domingo y ante Notario de guardia, a espaldas de la mayoría social y sin una justificación, medianamente racional de tal venta urgente, y a familiar tan próximo, así como que *el precio obtenido resultó cinco veces inferior a las ofertas de otros interesados en la adquisición del inmueble, y del que pericialmente resultó por tasación pericial, habiéndose también declarado probado la producción de efectivo daño patrimonial-social y la concurrencia de causalidad eficiente.*”
(FJ 1º)

Efectivamente, en el caso concurrían dos circunstancias independientes: una, la celebración de un negocio manifiestamente subóptimo, y la otra, el incumplimiento flagrante de deberes básicos de lealtad del administrador, que estaba en claro conflicto de intereses cuando acordó una transacción subóptima con una persona vinculada. No se trató, pues, de una cuestión de exclusiva ineficiencia. El doble indicio, luego sustanciado en juicio, delataba el incumplimiento.

De lege ferenda, la probable recepción en el derecho mercantil español legislado de la *business judgment rule* reforzaría la doctrina del doble – o, como veremos, triple – indicio.

(iv) *Business judgment rule como limitación del deber de diligente administración*

En efecto, según la formulación más conocida de la *business judgment rule*, incluida en los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute*⁵³, se entiende que un administrador cumple con el deber de diligencia propio del cargo si en su conducta concurren *cumulativamente* las tres circunstancias siguientes, establecidas en el art. 4.01.(c) de los *Principles*:

“A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills his duty under this Section if:

- (1) he is not interested [...] in the subject of his business judgment;
- (2) he is informed with respect to the subject of his business judgment to the extent he reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
- (3) he rationally believes that his business judgment is in the best interests of the corporation.”

Se trata, pues, de salvaguardar la actuación objetivamente desafortunada del administrador si este, cumulativamente, se ha comportado lealmente, no hay ningún tipo de conflicto de intereses, se ha informado adecuadamente sobre el objeto de su decisión y creyó racionalmente que su criterio empresarial estaba alineado con los mejores intereses de la compañía.

Esta formulación ha inspirado de algún modo el art. 215-8.1 (“Protección de la discrecionalidad empresarial”) del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, cuyo tenor es como sigue:

“En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.”

Obsérvese que, en la proyectada regulación española, la regla no dilucida el concepto de actuación de buena fe del administrador sino que añade a la exigencia general de buena fe las circunstancias que en los *Principles* integran concretamente aquel concepto general. Asimismo, hay que hacer notar que, en el contexto legislativo español, el requisito originario de la creencia racional en la adecuación de la decisión adoptada a los mejores intereses de la compañía se sustituye por un criterio formal, el arreglo de la resolución a un procedimiento de decisión

⁵³ Aprobados en 1994. Con ellos, el ALI inauguraba una nueva línea de productos, los *Principles*, que se diferencian de los *Restatements* en que no tratan, como estos, de decir el derecho, sino de proponer razonadamente su cambio.

adecuado. Cabría con todo interpretar materialmente este último requisito pues un procedimiento, como todo protocolo de actuación, solo sería efectivamente adecuado si a sus elementos formales se sumaran aquellos estrictamente materiales exigidos por el objeto y alcance de la decisión misma.

En cualquier caso, si la *business judgment rule* se incorpora formalmente a la legislación mercantil española, podrán efectivamente darse casos en los cuales la gestión realizada fuera manifiestamente subóptima y, por lo tanto, quedara al margen del ámbito de protección de la regla misma. La recepción legal de la regla matizaría la regla del doble indicio, si no es que la superaría, pues bastaría la concurrencia de una sola de las circunstancias descritas por la regla para excluir su aplicación. Dejaría, así, de resultar exigible una concurrencia de circunstancias independientes cuando la gestión, además de producir un resultado manifiestamente subóptimo, resultare injustificable por cualquiera de las tres razones que constituyen la esencia de la *business judgment rule*⁵⁴. En la práctica, sin embargo, decisiones flagrantemente ineficientes y adoptadas a igualdad de riesgos esperados raramente se adoptan si no concurren motivos torcidos o, por lo menos, negligencia crasa en la gestión. El doble indicio, expulsado por la puerta, entra por la ventana.

Finalmente, recordemos que el concepto de beneficio económico es útil para integrar el contenido de la tesis propuesta, pues cuando el resultado de la gestión de los administradores de la compañía, aunque sea contablemente positivo, sea económicamente negativo, habida cuenta del coste del capital empleado, entonces concurrirá un indicio de que la actividad gestora puede haber sido irrazonablemente ineficiente, destructora de riqueza y, en tal sentido, dañina para la sociedad.

Bibliografía

Oriol AMAT (2002), *EVA: un nuevo enfoque para optimizar la gestión, motivar y crear valor*, 2a ed., Gestión 2000, Barcelona.

Alan J. AUERBACH y James R. HINES Jr. (2002), "Taxation and Economic Efficiency", en Alan J. AUERBACH y Martin FELDSTEIN (eds.), *Handbook of Public Economics*, vol. 3, Elsevier, Amsterdam, pp. 1347-1421.

Eugen VON BÖHM-BAWERK (1921), *Kapital und Kapitalzins*, G. Fischer, Jena. (Versión en inglés: Eugen VON BÖHM-BAWERK (1980), *Capital and interest*, Macmillan & Co., Londres, disponible en <http://mises.org/books/capitalandinterest.pdf>). (Versión en español: Eugen VON BÖHM-BAWERK (1998), *Teoría positiva del capital*, Acosta, Madrid).

⁵⁴ Como afirma DÍAZ-ECHEGARAY (2006, p. 231): "[s]i se cumplen estas exigencias, la infracción [del deber de diligente administración] solo se produce si el acto o acuerdo de los administradores es considerado irracional, esto es, si no resulta posible ofrecer una explicación lógica o coherente a su actuación".

Rafael CALVO ORTEGA (2007), "La imputación de rentas inmobiliarias en el IRPF y el principio de igualdad tributaria", *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2007, pp. 9-22.

Ángel CARRASCO PERERA (2010), *Derecho de Contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), p. 492.

Ehsan C. CHOUDRY y Lawrence L. SCHEMBRI (2002), "Productivity performance and international competitiveness: an old test reconsidered", *Canadian Journal of Economics*, vol. 35, núm. 2, pp. 341-362.

Robert D. COOTER y Neil SIEGEL (2012), "Not the Power to Destroy: An Effects Theory of the Tax Power", *Virginia Law Review*, núm. 98 (6), pp. 1195-1253.

Antonio DELGADO (1989), "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza y el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 61, pp. 87-108.

José Luis DÍAZ-ECHEGARAY (2006), *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 121-133.

Luis María DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, 3a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 46.

Elroy DIMSON, Paul MARSH y Mike STAUNTON (2013), *Credit Suisse Global Investment Returns Sourcebook* (www.investmenteurope.net/digital_assets/6305/2013_yearbook_final_web.pdf).

Ward FARNSWORTH (2007), *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Aspen, the University of Chicago Press, Chicago and London.

Carolina GALA DURÁN (2013a), "Movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo", en Salvador DEL REY GUANTER (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3\2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 259-292.

Carolina GALA DURÁN (2013b), "Art. 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", en Salvador DEL REY GUANTER (Dir.), *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia*, 3a ed., La Ley, Las Rozas (Madrid), pp. 507-531.

Rosa GALAPERO FLORES (2009), "Imputaciones de rentas inmobiliarias - Su gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", *Impuestos*, vol. 25, núm. 3 (www.laleydigital.es).

Friedrich August VON HAYEK (1944), *The Road to Serfdom*, edición de 1986, Ark Paperbacks, Londres. (Versión en español: Friedrich August VON HAYEK (1978), *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid).

Louis KAPLOW (1992), "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, vol. 42, núm. 3, pp. 557-629.

Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADDY (2013), *Fundamentos de Economía*, 2a ed., Reverté, Barcelona.

N. Gregory MANKIW y Esther RABASCO (2007), *Principios de economía*, 4a ed., Thomson, Madrid, p. 189.

Ludwig VON MISES (1920), "Die Wirtschaftsrechnung im sozialistischen Gemeinwesen", *Archiv für Sozialwissenschaften*, núm. 47, pp. 86-121. (Versión en inglés: Ludwig VON MISES, "Economic Calculation in the Socialist Commonwealth", en VON HAYEK, Friedrich August (ed.), *Collectivist Economic Planning*, Georg Routledge and Sons, Londres, 1935, pp. 87-130). (Versión en español: Ludwig VON MISES, "El cálculo económico en el sistema socialista", *Estudios Públicos*, núm. 10, 1983, pp. 213-241).

--- (1951), *Planned Chaos. An Excerpt from "Socialism: An Economic & Sociological Analysis"*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, edición de 2009 (versión en español -*Caos Planificado*- disponible en <http://www.miseshispano.org/>).

José Ramón NAVARRO MIRANDA (2011), "Comentario al artículo 100 del Código Civil", en Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 540-543.

Carlos PALAO TABOADA (1995), "Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 88, pp. 629-642.

Javier PÉREZ ROYO (1988), "Crónica jurídica de la reforma agraria andaluza", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 5, pp. 11-36.

Jesús QUIJANO y Gaudencio ESTEBAN (2011), "Comentario a los artículos 236 a 241 LSC", en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1691-1736.

Jesús RAMOS PRIETO (2008), *La imputación de rentas inmobiliarias en la imposición sobre la renta de las personas físicas*, Ediciones CEF, Madrid.

Vicenç RIBAS (2011), "Comentario al artículo 225 LSC", en Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 1608 a 1618.

Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA (1999), *Comentario al art. 1 del Codi de*

Família. En: Joan EGEA I FERNÀNDEZ, Josep FERRER I RIBA (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Barcelona, Tecnos, pp. 43-66.

Klaus SCHWAB, Xavier SALA-I-MARTÍN *et al.* (2013), *The Global Competitiveness Report 2013-2014*, World Economic Forum (www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2013-2014).

Isabel SIERRA PÉREZ (2011), "Comentario al artículo 152 del Código Civil", en Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 756-759.

G. Bennett STEWART III (1999), *The Quest for Value: A Guide for Senior Managers*, 2a ed., HarperCollins, Nueva York, pp. 118-178.

Hal R. VARIAN (2010), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*, 8a ed., W. W. Norton & Company, Nueva York, pp. 13-14.

Juan Enrique VARONA ALABERN y Carlos DE PABLO VARONA (2005), "La imputación de rentas inmobiliarias en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas", en Isidoro MARTÍN DÉGANO *et al.* (Coords.), *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, tomo II, Lex Nova, Valladolid, pp. 1629-1664.

Zofia WYSOKINSKA (2003), "Competitiveness and Its Relationships with Productivity and Sustainable Development", *Fibres & Textiles in Eastern Europe*, vol. 11, núm. 3, pp. 11-14.