La externalización del Estado social

La atención a la vulnerabilidad en vivienda, suministros esenciales y sistema de pagos

Belén Porta Pego (coord.)

Marcial Pons

LA EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

La atención a la vulnerabilidad en vivienda, suministros esenciales y sistema de pagos

AUTORES

Rafael Caballero Sánchez
Joseba K. Fernández Gaztea
Jorge García-Andrade Gómez
Fernando González Botija
Belén Porta Pego
M. Amparo Salvador Armendáriz

BELÉN PORTA PEGO
(COORD.)

LA EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

La atención a la vulnerabilidad en vivienda, suministros esenciales y sistema de pagos

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2024

Este libro se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación «La externalización del Estado social. Análisis y sistematización de los nuevos instrumentos de Derecho Público para ampliar la protección social de las personas vulnerables» (ref. PID2020-115857 RB-I00), otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y del que todos sus autores son miembros.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Belén Porta Pego (coord.)
© Los autores
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
Tamayo y Baus, 7, 1.º izq. 28004 MADRID
☎ 91 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-914-3
Depósito legal: M 27056-2024
DOI: *10.37417/externalizacion-del-estado-social*

Diseño de cubierta: ene estudio gráfico

MADRID, 2024

ÍNDICE

Pág.

ABREVIATURAS 13

PRESENTACIÓN 15

VULNERABILIDAD Y EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL, *por Jorge García-Andrade Gómez* 19

I. UNA NOVEDOSA FÓRMULA JURÍDICA DE EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL 20

1. Planteamiento 20
2. La externalización del Estado social 21
3. La retirada del Estado de ciertos ámbitos y sus alternativas 23
4. La singularidad de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad 26
5. La impronta del Derecho comunitario y la improvisación en el Derecho español 27
6. Los interrogantes que plantea para el Derecho 28

II. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD COMO MODERNO TÍTULO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA 29

1. Formación de un renovado título de intervención pública 29
2. Contenido del título de intervención 30
3. La evolución de los títulos de intervención en el Estado social 32

3.1. La acción social en el Estado prestacional 32
3.2. La vulnerabilidad en el Estado garante 33

Pág.

3.3. La operativa de la vulnerabilidad en el Estado garante 37

III. LAS BASES COMUNITARIAS Y CONSTITUCIONALES ... 38

1. La conciliación en los Tratados de la dimensión económica y social de la UE ... 38
2. La cláusula de Estado social en la Constitución española ... 41

2.1. La concepción tradicional ... 42
2.2. La sociedad solidaria ... 43
2.3. El despliegue de la cláusula social en la propia Constitución: los pilares tradicionales y el derecho a la vivienda ... 44
2.4. Las nuevas manifestaciones del Estado social ... 48

IV. CONSIDERACIÓN FINAL ... 50

BIBLIOGRAFÍA ... 52

LAS OBLIGACIONES TUITIVAS, UNA VERSIÓN SOCIAL DE LA *INDIENSTNAHME*, *por Joseba K. Fernández Gaztea* ... 55

I. INTRODUCCIÓN ... 55

II. LA *INDIENSTNAHME PRIVATER* ... 56

1. El origen y la evolución del concepto de *Indienstnahme Privater* ... 57
2. Dos aspectos de la *Indienstnahme Privater* ... 64

2.1. La modificación en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad ... 65
2.2. Faceta organizativa ... 70

III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA *INDIENSTNAHME PRIVATER* ... 71

1. Planteamiento ... 71
2. Sobre la legitimidad de obligar a una persona jurídico-privada a cooperar ... 72
3. Sobre la injerencia en determinados derechos subjetivos ... 75

IV. TRES EJEMPLOS DE OBLIGACIONES TUITIVAS COMO EXPRESIONES EN EL ÁMBITO SOCIAL DE UNA SITUACIÓN DE *INDIENSTNAHME PRIVATER* ... 80

1. Las obligaciones de garantizar un suministro eléctrico básico y de garantizar el acceso a una cuenta bancaria básica a consumidores vulnerables en la legislación austríaca ... 81

Pág.

2. La confiscación de bienes inmuebles vacíos para alojar refugiados y solicitantes de asilo en las ciudades de Bremen y Hamburgo durante la crisis migratoria de 2015 84
V. CONCLUSIONES 86
BIBLIOGRAFÍA 88

LA PROTECCIÓN DEL ARRENDATARIO VULNERABLE MEDIANTE OBLIGACIONES TUITIVAS EN UN ESTADO SOCIAL EXTERNALIZADO, *por Belén Porta Pego* 91

I. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL ARRENDAMIENTO COMO FÓRMULA PARA FACILITAR EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA 92
1. El Estado social y el acceso a la vivienda 92
2. La convergencia de una nueva realidad: la necesidad de respuesta ante situaciones de vulnerabilidad habitacional en un escenario de crisis 95
II. LAS MEDIDAS TUITIVAS VINCULADAS AL ARRENDAMIENTO 97
1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos de personas vulnerables sin solución habitacional .. 98
1.1. La suspensión en favor del arrendatario 98
1.2. La suspensión en el supuesto de ocupación 103
1.3. Compensación de arrendadores y propietarios 105
2. Establecimiento de condiciones para la admisión a trámite de la demanda en el juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual 109
3. Suspensión del juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual 111
4. Aplazamientos del pago de la renta 117
5. Prórroga extraordinaria del contrato de alquiler 120
III. EL CONTORNO DE UN ESTADO SOCIAL EXTERNALIZADO PARA TUTELAR LA VULNERABILIDAD DANDO ACCESO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DEL ALQUILER 123
1. Medidas no siempre coyunturales de efectos siempre temporales 123
2. La presencia de los poderes públicos en el desenvolvimiento de las medidas 126

Pág.

3. El beneficiario de la acción tuitiva y su repercusión en la naturaleza de las medidas 128
4. El sujeto obligado a tutelar la vulnerabilidad, la finalidad de la carga soportada y la repercusión sobre su compensación . 134

BIBLIOGRAFÍA..... 143

OBLIGACIONES TUITIVAS EN FAVOR DEL DEUDOR HIPOTECARIO VULNERABLE, *por Fernando González Botija* 147

I. MARCO NORMATIVO..... 147
1. Introducción..... 147
2. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y la introducción del «Código de Buenas Prácticas»..... 150
3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social 154
4. La justificación de la figura del Real Decreto-ley..... 158
5. Reparto competencial 165
II. COLECTIVOS VULNERABLES 178
III. MEDIDAS 182
IV. CONCLUSIÓN..... 187

BIBLIOGRAFÍA..... 192

LAS OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES PARA LA GARANTÍA DE SUMINISTROS DOMICILIARIOS ESENCIALES, *por Rafael Caballero Sánchez* 195

I. LA PROLIFERACIÓN DE BONIFICACIONES EN LAS TARIFAS DE SUMINISTROS ESENCIALES EN EL HOGAR COMO OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES 196
II. LAS DISTINTAS MEDIDAS SOCIALES DE PROTECCIÓN PARA CONSUMIDORES VULNERABLES EN SUS DOMICILIOS 200
1. El bono social eléctrico..... 202
2. El bono social térmico 211
3. El abono social telefónico..... 214
4. La tarifa social del agua..... 217

Pág.

III. LOS RASGOS CONFIGURADORES DE LOS BONOS SOCIALES POR RAZÓN DE VULNERABILIDAD 221
1. Son prestaciones sociales 223
2. Son una intervención pública en el precio del suministro 225
3. Constituyen una técnica de regulación contra la competencia 228
4. Se imponen como obligaciones de servicio público 230
5. Se proporcionan y se financian como prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria 235
6. Se configuran como obligaciones tuitivas entre particulares 237
IV. LA VERTIENTE ECONÓMICA DE LAS OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES. LA FINANCIACIÓN DE LOS DESCUENTOS Y SUS DISTINTAS POSIBILIDADES 243
1. Algunas consideraciones generales: los principios de proporcionalidad y de igualdad 244
2. Financiación pública versus financiación privada 247
3. Las diferentes soluciones ensayadas 250
V. HACIA UN MODELO SOSTENIBLE Y JUSTO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES 255
BIBLIOGRAFÍA 259

LOS SERVICIOS BANCARIOS ANTE LA VULNERABILIDAD: CUENTAS DE PAGO BÁSICAS Y OTRAS MEDIDAS DE INCLUSIÓN FINANCIERA, *por María Amparo Salvador Armendáriz* 261

I. INTRODUCCIÓN 262
II. SERVICIOS BANCARIOS Y ESTADO SOCIAL 264
III. ¿CÓMO SE MANIFIESTA LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO Y FINANCIERO? 268
1. Punto de partida 268
2. Estabilidad y confianza en el sector bancario 269
3. Accesibilidad al sistema de pagos en un contexto de desmaterialización del dinero 271
3.1. Bancarización y sistema de pagos 271
3.2. El acceso a una cuenta de pago básica en el derecho europeo como parte de la política europea de protección de los consumidores 275

Pág.

4. Inclusión en un sistema bancario digitalizado: problemas y oportunidades 277
5. Asequibilidad..... 278
IV. MARCO JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO..... 280
1. Breve mención a la garantía de los depósitos como pieza clave del sistema ¿también una medida para evitar la vulnerabilidad?..... 280
2. El régimen aplicable a las cuentas de pago básicas 283
2.1. Ámbito subjetivo: beneficiarios, beneficiarios cualificados, obligados y Administración responsable..... 284
2.2. Objeto: las cuentas de pago básicas..... 293
3. La inclusión financiera: de las soluciones «autorreguladas» para garantizar el acceso a servicios bancarios presenciales al principio legal de prestación personalizada de Ley para la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero..... 296
4. Medidas para asegurar la asequibilidad: la prohibición de comisiones para personas vulnerables por la retirada de efectivo..... 300
4.1. El uso de efectivo y su régimen jurídico:¿derecho fundamental? 300
4.2. La garantía de uso de efectivo a colectivos vulnerables 302
V. COMPLEJA CALIFICACIÓN Y GARANTÍA DE SU TUTELA JURÍDICA..... 305
1. Obligación de dar servicios a terceros: ¿derecho privado o derecho público?..... 305
2. ¿Cuál es la vía para garantizar la tutela de los derechos implicados?..... 307
3. En particular, el régimen de control en caso de denegación de apertura de cuenta de pago básica..... 309
VI. REFLEXIÓN FINAL 312
BIBLIOGRAFÍA..... 314

ABREVIATURAS

AAIDCF	Autoridad Administrativa Independiente para la Defensa del Cliente Financiero
AEB	Asociación de la Banca Española
AMB	Área Metropolitana de Barcelona
BdE	Banco de España
BGBl	Bundesgesetzblatt, Gaceta Jurídica Federal
BvL	Procedimiento de control concreto de normas del Tribunal Constitucional Federal de Alemania
BvR	Recurso de amparo o conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional Federal de Alemania
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorro
CESCE	Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (hoy CNMC)
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
ELA	Esclerosis Lateral Amiotrófica

ELWOG	Elektrizitätswirtschafts- und organisationsgesetz (Ley del Mercado y Organización de la Energía Eléctrica, de 30 de noviembre de 2010)
FGD	Fondo de Garantía de Depósitos
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
LDIEC	Ley de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio)
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre)
LF	Ley Fundamental de Bonn de 1949
LGT	Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)
LGTel	Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/2022, de 28 de junio)
LHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo)
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)
LOSSEC	Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito (Ley 10/2014, de 26 de junio)
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre)
OTP	Obligación tuitiva entre particulares
RGBl	Reichsgesetzblatt, Gaceta Jurídica Imperial
SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
TCF	Tribunal Constitucional Federal de Alemania
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio)
VZKG	Verbraucherzahlungskontogesetz (Ley de Cuentas de Pago para Consumidores, de 28 de abril de 2016)

PRESENTACIÓN

El estudio que el lector tiene ante sí es el fruto de una inquietud intelectual que los autores hemos compartido en los últimos años. En concreto, desde que comenzamos a advertir que en distintas regulaciones sectoriales del Derecho español se reproducían unos patrones normativos novedosos, por contraste con la clásica acción directa del Estado social para la protección de los más desfavorecidos en la sociedad, pero sin que existiera detrás de ellas una sistematización jurídica aparente, ni por parte de los poderes públicos ni de la doctrina científica. Invariablemente, entre la complejidad y disparidad de aquellas normas identificamos ciertos elementos comunes.

Por una parte, se trata de regulaciones dictadas para ofrecer soluciones a situaciones dramáticas en las que se hallan cada vez más personas y unidades familiares o de convivencia por carecer de los recursos necesarios para acceder a prestaciones o servicios que se pueden considerar básicos para la vida de los ciudadanos en la sociedad actual. Es el caso del acceso a una vivienda o residencia digna, de los suministros domiciliarios imprescindibles para el funcionamiento de esa vivienda, o de servicios aparentemente sofisticados, como contar con un sistema de pagos, sin los cuales un ciudadano queda a las puertas de la exclusión social. Con ligeros matices, el ordenamiento ha terminado por aludir a esta situación o a las personas que la atraviesan empleando los conceptos de «vulnerabilidad» o de «personas vulnerables». Y la singularidad del tratamiento jurídico con el que se aborda esa vulnerabilidad está conformando una auténtica categoría jurídica de nuevo cuño y de carácter transversal, que creemos merece ser estudiada con atención.

Por otra parte, se aprecia que en los ámbitos sectoriales mencionados la respuesta del Estado ante las situaciones descritas se ha

separado con frecuencia de las fórmulas tradicionales de regulación y organización de los servicios sociales, en cuanto que las autoridades ya no asumen la atención de aquellas necesidades de manera directa, y ni siquiera indirecta, sino que el Estado ha arbitrado fórmulas consistentes en imponer normativamente a los sujetos privados que se relacionan con las personas vulnerables la obligación de atenderlas por sí mismos. Incluso haciendo recaer el coste derivado de tales obligaciones sobre los sujetos privados, evitando así cargar aún más a un erario siempre acuciado por la escasez de recursos ante la multiplicación de sus compromisos de gasto y, últimamente, por una legislación europea y constitucional que impone con determinación una rigurosa sostenibilidad presupuestaria. De esta forma, el legislador contemporáneo externaliza ciertos aspectos del Estado social, al tiempo que alumbra la categoría de las obligaciones tuitivas entre particulares ante la vulnerabilidad, aun cuando no haya empleado estas denominaciones en sus disposiciones.

Si bien el fenómeno jurídico descrito viene de tiempo atrás, durante la pandemia el legislador ha profundizado y extendido la técnica de la imposición de las obligaciones tuitivas para atender la multiplicación de situaciones de vulnerabilidad, dotándolo de una magnitud y relevancia que supone un auténtico desafío para el Derecho y una oportunidad para los interesados en su estudio y sistematización. En este sentido, convendrá reparar en que, aunque España contaba con un Estado social plenamente consolidado y un ordenamiento jurídico moderno, el reto de la vulnerabilidad ha exigido dictar una normativa de nueva factura, que incorpora técnicas jurídicas innovadoras, para tratar de cubrir las necesidades más perentorias de importantes colectivos de nuestra sociedad a los que el Estado social no ofrecía ya suficiente apoyo.

La novedad y el interés que suscitan cada una de estas regulaciones sectoriales en particular han espoleado la publicación de numerosos estudios. En nuestro caso, la razón de ser de estas páginas es el entendimiento de que, más allá del concreto ámbito sectorial de que se trate, estamos ante *una nueva forma de entender las relaciones entre el Estado y la sociedad* que está transformando profundamente las técnicas jurídicas. Una vez más, las categorías de la parte general del Derecho público son innovadas y transformadas desde la regulación sectorial. Por tal motivo, hemos considerado conveniente presentar una obra de conjunto, que explique aquellas transformaciones jurídicas bajo una visión unitaria, que subraya la coherencia y las conexiones entre los distintos sectores.

A la vista de la magnitud del desafío que este fenómeno representa para el Derecho y de la diversidad de regulaciones sectoriales en que se manifiesta, desde el primer momento fuimos conscientes de que ninguno de nosotros podía abordarlo en solitario, sino que únicamente

aunando esfuerzos seríamos capaces de ofrecer alguna contribución valiosa. De aquí que decidiéramos formar un proyecto de investigación que hemos compartido con los siguientes profesores: de la Universidad de Alcalá, las profesoras Carmen Chinchilla Marín —catedrática de Derecho Administrativo—, Belén Marina Jalvo —profesora titular de la misma disciplina y acreditada a catedrática— y Berta Martín Jiménez —profesora postdoctoral—; de la Universidad Rey Juan Carlos, Alejandro Blázquez Lidoy —catedrático de Derecho Financiero y Tributario—; de la Universitat de Girona, M. Mercè Darnaculleta Gardella —profesora titular de Derecho Administrativo y acreditada a catedrática—, y, de la Universidad de Huelva, Rosario Leñero Bohórquez —profesora permanente laboral de Derecho Administrativo— y Rafael Vera Torrecillas —profesor asociado de la misma disciplina—.

Además, hemos celebrado en estos años varios seminarios monográficos en materia de pobreza energética, de sistema de pagos y de vivienda, en los que hemos tenido la fortuna de contar con las contribuciones de destacados expertos en los distintos ámbitos en los que se imponen las obligaciones tuitivas entre particulares frente a la vulnerabilidad. Sus contribuciones nos han ayudado de manera decisiva en el debate, reflexión y maduración de nuestras conclusiones, por lo que queremos agradecer su generosa participación a los profesores Íñigo del Guayo Castiella, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Almería; Mariano Bacigalupo Sagesse, profesor titular de Derecho Administrativo en la UNED; Jorge Noval Pato, profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Navarra; Javier Esteban Ríos, profesor permanente laboral de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza; Marcos Vaquer Caballería, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Carlos III de Madrid, y Andrei Quintiá Pastrana, contratado Ramón y Cajal en la Universidade da Coruña.

Los autores de este estudio nos hemos acercado a la materia tratando de desembarazarnos de nuestros apriorismos acerca de las formas más tradicionales del Estado social y de la manera en que los particulares han contribuido al sostenimiento de las cargas públicas; siendo conscientes de que la gravedad de las distintas situaciones de la vulnerabilidad exigía apertura de miras para articular fórmulas jurídicas innovadoras que permitieran conciliar la atención a las necesidades sociales y la realidad de un Estado sometido a severas limitaciones presupuestarias. Pero también desde el convencimiento de que estos avances en materia social y las técnicas jurídicas con que se instrumentan exigen asimismo el respeto de las garantías esenciales de nuestro Estado de Derecho, como son la igualdad, el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa, sin las cuales la respuesta a las necesidades sociales no será sostenible y difícilmente se consolidarán esas innovaciones jurídicas en el ordenamiento.

En fin, durante más de tres años nos hemos entregado a intensos debates que ahora hacemos llegar a los lectores bajo la forma de una obra escrita, con la confianza de que les despierte tanto interés como el que no ha dejado de suscitar entre nosotros.

Los autores

VULNERABILIDAD Y EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Jorge García-Andrade Gómez
Catedrático de Derecho Administrativo
UNED

SUMARIO: I. UNA NOVEDOSA FÓRMULA JURÍDICA DE EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL. 1. Planteamiento. 2. La externalización del Estado social. 3. La retirada del Estado de ciertos ámbitos y sus alternativas. 4. La singularidad de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad. 5. La impronta del Derecho comunitario y la improvisación en el Derecho español. 6. Los interrogantes que plantea para el Derecho. II. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD COMO MODERNO TÍTULO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA. 1. Formación de un renovado título de intervención pública. 2. Contenido del título de intervención. 3. La evolución de los títulos de intervención en el Estado social. 3.1. La acción social en el Estado prestacional. 3.2. La vulnerabilidad en el Estado garante. 3.3. La operativa de la vulnerabilidad en el Estado garante. III. LAS BASES COMUNITARIAS Y CONSTITUCIONALES. 1. La conciliación en los Tratados de la dimensión económica y social de la UE. 2. La cláusula de Estado social en la Constitución española. 2.1. La concepción tradicional. 2.2. La sociedad solidaria. 2.3. El despliegue de la cláusula social en la propia Constitución: los pilares tradicionales y el derecho a la vivienda. A. Los pilares tradicionales del Estado social. B. La nueva centralidad del derecho a la vivienda. 2.4. Las nuevas manifestaciones del Estado social. IV. CONSIDERACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. UNA NOVEDOSA FÓRMULA JURÍDICA DE EXTERNALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

1. Planteamiento

Desde hace algunos años se abre paso en el Derecho administrativo español una novedosa fórmula jurídica por la que el Estado externaliza la atención a las personas vulnerables. Se trata de una modalidad para la realización de la cláusula de Estado social cuya principal característica es que impone a determinados sujetos privados el cumplimiento de obligaciones de contenido social en favor de otros sujetos privados, con la particularidad de que los obligados no solo deben prestar la atención social que corresponda, sino que en ocasiones también deben soportar en todo o en parte su coste.

Como quiera que ya son varias las regulaciones sectoriales (vivienda, suministros esenciales, sistema de pagos) que se sirven de aquella fórmula, se advierte que el Derecho está conformando de esta manera casuística una técnica jurídica consistente en la imposición por ley de obligaciones tuitivas a los particulares ante la vulnerabilidad.

La figura jurídica de las obligaciones tuitivas impuestas normativamente por el Estado a los particulares para que atiendan a otros particulares en situación de vulnerabilidad no cuenta con una regulación general en nuestro ordenamiento; como tampoco cristaliza una sistematización previa sobre la necesidad y conveniencia de su introducción en el Derecho español, sobre su fundamento constitucional, sus características, límites, ni tampoco sobre sus garantías. Más bien, bajo la inspiración del Derecho de la Unión Europea, aquellas obligaciones tuitivas se han introducido en distintas regulaciones sectoriales para paliar los efectos de la pobreza energética y en otros suministros esenciales; proteger a los deudores hipotecarios que pierden sus viviendas; a los arrendatarios en riesgo de ser desahuciados; a quienes ocupan en precario viviendas; o a quienes no pueden acceder a la operativa más básica de cobros y pagos a través del sistema bancario. Todos ellos bajo la nota común de hallarse en una situación de vulnerabilidad.

La irrupción en el Derecho español de esta técnica jurídica de atención social es el fruto de una combinación de factores, tanto sociales como jurídicos, de entre los que destacan los siguientes, que inmediatamente se desarrollan: la genética evolutiva del Estado social; la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria; la previa retirada del sector público en los ámbitos de actividad donde surgen las necesidades sociales; el diseño por el Derecho de la Unión Europea de las obligaciones de servicio público; y la urgencia que ha exigido la respuesta a una concatenación de crisis económicas de extraordinaria gravedad en un breve periodo temporal.

2. La externalización del Estado social

En primer lugar, debe subrayarse que la técnica de las obligaciones tuitivas constituye una nueva manifestación del Estado social. En efecto, está en la genética del Estado social su constante evolución e incluso transformación para adaptarse a las nuevas necesidades que surgen en las sociedades contemporáneas, sin por ello renunciar a los restantes logros sociales alcanzados hasta la fecha. En este sentido, los Estados europeos del bienestar se enfrentan a nuevos retos, como son la pobreza energética, la dificultad de acceso a la vivienda y la falta de acceso al sistema de pagos por parte de determinados colectivos. Adicionalmente, España ha debido afrontar la problemática propia que ha supuesto el riesgo de pérdida de la vivienda a la que previamente habían accedido deudores hipotecarios, arrendatarios e incluso ocupantes en precario, particularmente acusada a raíz de la crisis financiera de 2007 y de la pandemia de 2020. En este contexto de surgimiento de nuevas necesidades sociales, desde las instituciones públicas comunitarias y españolas no se ha considerado que la responsabilidad de la respuesta deba recaer exclusivamente en las personas afectadas, sino que, en atención a la gravedad del problema y en la medida en que este afecta a nutridas colectividades de personas, la responsabilidad debe ser colectiva, con el resultado de que el Estado ha hecho suya la respuesta a las nuevas necesidades sociales. Es este último un dato que conviene resaltar, pues jurídicamente el Estado ni se inhibe, ni se limita a adoptar normas dispositivas encaminadas a que el problema se afronte privadamente, sino que hace suya la responsabilidad de ofrecer una respuesta ante las situaciones de vulnerabilidad. En suma, no hace renuncia de su condición de Estado social.

Ahora bien, la efectividad de la cláusula constitucional de Estado social siempre ha estado condicionada por una crónica falta de recursos presupuestarios públicos con los que atender las necesidades sociales[1]. Realidad que se ve agravada por la circunstancia de que la atención a las nuevas necesidades sociales se acumula a los costosos compromisos previamente asumidos por el Estado social; por las crecientes exigencias derivadas de la evolución de la pirámide poblacional; y muy singularmente por que en las últimas décadas aquella *vis* expansiva propia del Estado social ha entrado en abierta colisión con las cláusulas de estabilidad presupuestaria recogidas en los Tratados de la UE para el establecimiento de la moneda única y reforzadas en numerosas

[1] Sobre la vinculación entre los derechos en general (no solo los denominados sociales) y su coste para las arcas públicas, Holmes S. y Sunstein, C. R.: *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2011.

constituciones a raíz de la crisis desatada en 2007, que vienen a limitar con carácter permanente la capacidad de gasto del Estado[2].

Así las cosas, interesa destacar que la figura de las obligaciones tuitivas aquí analizada trata de conciliar los dos mandatos constitucionales en tensión a que se ha hecho referencia, la cláusula de Estado social y la estabilidad presupuestaria, haciéndolos converger en una misma dirección. De tal manera que el Estado social no renuncia ni a los logros alcanzados ni a seguir ampliándose, en este último caso para extender la protección a las personas en situaciones de vulnerabilidad. Y con tal propósito articula nuevos instrumentos jurídicos por los que se externalizan algunas de las funciones que asume el Estado social, descargándolo, como regla general, de sus costes mediante la imposición de obligaciones tuitivas a los particulares. Bajo esta fórmula se logra que el Estado ofrezca una solución a las demandas sociales indicadas sin tensionar, aún más, las cuentas públicas.

La externalización de actividades supone encomendar su prestación a un tercero distinto de quien asume la responsabilidad de su prestación o, como en este caso, la respuesta a las necesidades sociales. El principal interés jurídico de la fórmula de externalización que aquí se analiza es que se separa de las técnicas más tradicionales de la gestión indirecta (contractuales, convencionales o subvencionales[3]), que generalmente descansan tanto sobre la asunción voluntaria del compromiso por parte del prestador (contratista o destinatario de la subvención) como sobre la aportación de fondos públicos por la Administración. A diferencia del modelo tradicional, la respuesta que se articula frente a la pobreza energética, el riesgo de pérdida de la vivienda o la falta de acceso al sistema de pagos, consiste en la imposición por ley de obligaciones tuitivas a los particulares, quienes no solo deberán prestar el servicio correspondiente o soportar que la vivienda quede a disposición de la persona vulnerable sin haber otorgado su consentimiento, sino que generalmente también habrán de asumir de manera íntegra o parcial la carga económica que suponen tales obligaciones. Es, por tanto, una externalización del Estado social en grado máximo, que se impone legalmente a determinados sujetos privados, quienes resulta-

---

[2] García-Andrade Gómez, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66; y Esteve Pardo, J.: «La Administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública,* núm. 197, 2015, pp. 11-39.

[3] Véase al respecto, Villar Rojas, F. J.: «Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España», en Agulló Agüero, A. (dir.): *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant, 2020, pp. 197-229; Bauzá Martorell, F. J.: «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018; y García-Andrade Gómez, J.: «Panorama de las formas público-privadas para la atención de las necesidades sociales», en Darnaculleta Gardela, M. M. *et al.*: *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 197-259.

rán obligados a atender a la persona vulnerable y, en la mayoría de los supuestos, deberán asumir determinados costes económicos asociados a la obligación tuitiva.

Antes de continuar, conviene formular dos aclaraciones acerca de la externalización del Estado social que nos ocupa. La primera de ellas es que, como se desarrolla con mayor extensión en otro epígrafe, la cláusula de Estado social no exige que la respuesta colectiva a las nuevas necesidades sociales deba traducirse necesariamente en que la Administración asuma la responsabilidad directa de atender las necesidades sociales demandadas o el compromiso de sufragar su coste[4]. Antes al contrario, la categoría del Estado garante precisamente describe una manifestación del Estado social en cuya virtud este regula la actividad privada de que se trate para que los ciudadanos tengan a su disposición una respuesta a sus necesidades sociales[5]. Por otra parte, la externalización aquí analizada no sustituye la tradicional organización del Estado de bienestar, construida mediante la progresiva asunción por el Estado de funciones sociales (cuyos máximos exponentes han sido la educación y la sanidad públicas), ni a sus más recientes avances (como son la implantación de las ayudas a la dependencia, que arranca con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, reforzada con la creación del ingreso mínimo vital por parte del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo), sino que los complementa con nuevas técnicas que permiten al Estado ampliar la cobertura de su protección social.

3. La retirada del Estado de ciertos ámbitos y sus alternativas

Otro de los factores que ha contribuido decisivamente a la configuración de la novedosa técnica jurídica de las obligaciones tuitivas ha sido la previa retirada del sector público de los ámbitos de actividad donde han surgido las necesidades sociales. El proceso de privatizaciones de empresas públicas producido en España durante los años noventa del siglo pasado supuso que el sector público se retirara de los sectores de la energía, las telecomunicaciones y la banca minorista,

[4] A este respecto, puede resultar esclarecedora la distinción alemana que trae Fernández Gaztea, J. K.: «Las Verwaltungsaufgaben: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 99 y ss., entre, por una parte, los fines del Estado, como sería el que resulta de la cláusula de Estado social; de otra, las tareas o responsabilidades que el Estado asume en cumplimiento de tales fines, como puede ser la atención a la vulnerabilidad; y, finalmente, las tareas o responsabilidades propias de la Administración, que a esta incumben en cumplimiento de las responsabilidades estatales, que pueden ser muy accesorias cuando el Estado impone a los particulares la atención a la vulnerabilidad.

[5] Esteve Pardo, J.: «La Administración garante…», *op. cit.*

entre otros muchos[6]. En paralelo, se ha producido una fuerte reducción en la oferta de vivienda de protección social por parte de las Administraciones públicas, no solo en su construcción, sino también en la tenencia en régimen de alquiler[7].

Como resultado, cuando las necesidades sociales se han hecho más acuciantes en materia de pobreza energética, de suministros esenciales, de acceso al sistema de pagos y de riesgo de pérdida de la vivienda, el sector público español ya no contaba con medios propios con los que atender las demandas de las personas vulnerables o en riesgo de exclusión[8].

En este contexto, deben dejarse indicadas algunas reflexiones acerca de las alternativas al alcance del Estado ante aquellas situaciones de emergencia social. En primer lugar, ha de subrayarse que la atención directa de tales necesidades exige un entramado empresarial y organizativo altamente complejo y costoso, de imposible improvisación para que el sector público pudiera ofrecer una respuesta rápida a la demanda social acrecentada a raíz de las últimas crisis económicas. En este mismo discurso de ideas es necesario reconocer que el garantismo formalista que caracteriza a nuestro Derecho público frecuentemente entorpece la efectividad de las medidas de apoyo, particularmente cuando estas se contraen a colectivos especialmente afectados en situaciones de crisis, pues el proceso de determinación de los beneficiarios frecuentemente resulta en cierta parálisis administrativa, como se ha puesto de

---

[6] Martín-Retortillo Baquer, S.: «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 7-43; González-Varas Ibáñez, S.: «El concepto y las formas de privatización», *Revista española de control externo*, núm. 7, 2001, pp. 77-102; y Rodríguez-Arana Muñoz, J.: «Sobre las privatizaciones», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 181-194.

[7] La doctrina jurídica se ha hecho echo de la retirada del Estado del ámbito de la vivienda social y ofrece datos de distintas fuentes estadísticas: Nogueira López, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en Paleo Mosquera, N. *et al.* (ed.): *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 216; Lambea Llop, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 278 y ss.; Quintiá Pastrana, A.: «Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 6, 2022, p. 118; y Bastús Ruiz, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 159 y ss.

[8] En los últimos años estamos siendo testigos de cierta inflexión en la tendencia apuntada acerca de la retirada del sector público de tradicionales sectores económicos. Así, la gran crisis financiera obligó al Estado a rescatar numerosas entidades de crédito, asumiendo importantes participaciones en su capital, que aún conserva. Al igual que en el momento de redactar estas líneas el sector público estatal ha adquirido relevantes participaciones en empresas de telecomunicaciones para impedir su control por inversores internacionales que aprovechan la coyuntura de baja cotización de numerosas empresas. Sin embargo, debe aclararse que, hasta el momento, no consta públicamente que la Administración haya hecho uso de su condición de accionista de referencia en empresas financieras y de telecomunicaciones para ejecutar a través de estas políticas públicas.

manifiesto con las distintas medidas ensayadas durante las anteriores crisis y como han comenzado a reflejar la literatura[9] y la doctrina[10]. De aquí que en los últimos años las autoridades frecuentemente hayan optado por medidas de apoyo indiscriminado, dirigidas al conjunto de la población, por resultar de más sencilla implantación, como la rebaja del IVA en los productos y servicios, si bien resultan muy criticadas por su elevado coste económico, su escaso efecto redistributivo y la ineficiencia que revelan en la actuación pública.

Ciertamente, la fórmula elegida para la intervención pública frente a la vulnerabilidad podría haber consistido en el otorgamiento de ayudas directas a las personas afectadas con las que poder sufragar sus distintas necesidades, como parece ser el modelo de asistencia social seguido en numerosos países del centro y el norte de Europa[11]. Como también se podrían haber articulado compensaciones económicas generalizadas a los operadores que resulten obligados. Sin embargo, entre nosotros se opta por fórmulas asistenciales orientadas a cada tipo de necesidad, en las que todo o gran parte del coste patrimonial de las ayudas se hace recaer sobre otros sujetos privados.

Este conjunto de circunstancias contribuye a explicar que la fórmula de intervención pública finalmente elegida haya sido la imposición de obligaciones tuitivas. En efecto, las decisiones políticas sobre el papel del Estado en la sociedad y la economía, adoptadas décadas antes, que han llevado a la retirada de aquel de relevantes sectores económicos; unidas a la complejidad y coste que supone el establecimiento de organizaciones prestadoras; la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria; además de que seguramente pesen las tradiciones culturales; todas ellas han abocado a que la intervención pública para atender a las personas vulnerables en aquellos sectores de la actividad económica se haya proyectado sobre los propietarios y los operadores privados que prestan tales servicios y se relacionan de manera directa con las personas vulnerables.

---

[9] Mesa, S.: *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Anagrama, 2021.

[10] Nogueira López, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», *op. cit.*

[11] Distintos autores se hacen eco de estudios comparativos que clasifican los países en función de su modelo de cobertura social, donde los mediterráneos se caracterizan por la insuficiencia de los programas de ayudas sociales, lo que explica que estos se complementen o se sustituyan por medidas para objetivos específicos, por ejemplo, en materia de vivienda, energía, etc. Véanse al respecto Anderson, K. M.: *Social Policy in the European Union,* London, McMillan, 2015, pp. 182 y ss.; y Belzunegui Eraso, Á.: «Estudio preliminar. Agenda Social Europea y servicios sociales en la Unión Europea», en Forns i Fernández, M. V. (ed.): *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 41 y 42.

4. La singularidad de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad

Antes de seguir avanzando, conviene introducir una precisión acerca del tipo de obligaciones tuitivas a través de las que se articula la externalización del Estado social. Pues el origen de estas obligaciones es muy antiguo[12] y en la actualidad son relativamente numerosas las obligaciones de contenido social que el Estado impone a unos particulares en beneficio de otros. Sirvan como ejemplos, la figura del salario mínimo interprofesional que la legislación laboral establece[13]; la obligación de sufragar las prestaciones por baja laboral[14]; la limitación al incremento del precio de los arrendamientos[15]; o las obligaciones de servicio público distintas de aquellas dirigidas a afrontar la pobreza energética, que se encuentran establecidas en los distintos servicios de interés económico general para asegurar la accesibilidad en todo el territorio o la accesibilidad en los precios de los servicios[16]. En todos estos supuestos el Estado articula políticas sociales mediante la imposición a unos particulares de obligaciones tuitivas en favor de otros.

Pues bien, dentro de esta categoría amplia, nuestro objeto de estudio se centra únicamente en aquellas obligaciones tuitivas que el Estado impone para atender situaciones de vulnerabilidad personal y que, por sus características, presentan rasgos que las singularizan frente a las restantes.

En este sentido, la situación de vulnerabilidad de las personas beneficiarias de las obligaciones tuitivas las cualifica jurídicamente, pues en tales supuestos se reduce, cuando no desaparece, la nota de la generalidad en la imposición de las obligaciones, que ya no afectan por igual a todos los sujetos, sino que recaen únicamente en aquellos que se relacionen con alguna de las personas vulnerables. Esto es, la reducción en el número de beneficiarios también implica una correlativa reduc-

---

[12] Sobre el origen de los seguros sociales en la legislación de Bismark, véase del Valle Villar, J. M.: *El derecho a la seguridad social*, Madrid, Cinca, 2018, pp. 52 y ss.

[13] Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024.

[14] El art. 173.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) establece en favor del trabajador un subsidio en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que debe abonar el empresario entre el cuarto y el decimoquinto día de la baja.

[15] Véase el art. 46 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que establece una limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda.

[16] A título de ejemplo, durante la pandemia la prohibición de corte de suministro se amplió temporalmente al agua, gas y productos petrolíferos (art. 29 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

ción o al menos una desigual distribución del número de obligados a atenderlos. Circunstancia que exige tomar en consideración en qué medida, bajo qué garantías y con qué límites se pueden ver afectados el derecho de propiedad, la libertad de empresa, la igualdad ante las cargas públicas y la necesidad de compensación por la imposición de sacrificios individuales en beneficio del interés general.

5. La impronta del Derecho comunitario y la improvisación en el Derecho español

Al igual que en otros campos del Derecho, en este que nos ocupa se deja sentir muy vivamente la huella del Derecho de la Unión Europea, donde, como es conocido, se ha desarrollado ampliamente la figura de las obligaciones de servicio público en el ámbito de los servicios de interés económico general[17]. Posteriormente se analiza con mayor detenimiento el fundamento en los Tratados de estas obligaciones de servicio público y con qué alcance aquel es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pero ahora interesa reseñar cómo aquella técnica jurídica de las obligaciones de servicio público también se ha trasladado a otras regulaciones europeas que no comparten el mismo fundamento, como ocurre en el sector bancario, donde se han impuesto las obligaciones de prestación de servicios de pagos en favor de personas vulnerables. Del mismo modo, el Derecho español se ha inspirado en aquella técnica al configurar las obligaciones tuitivas en regulaciones ajenas al Derecho de la Unión Europea, como son las regulaciones establecidas para evitar la pérdida de la vivienda en situaciones de vulnerabilidad.

Conviene comenzar por precisar ya que la distinta gestación de sus dos categorías, en el Derecho comunitario y el Derecho español, se traduce en una fundamentación y una operativa jurídica igualmente diferentes. En efecto, la formulación de las obligaciones de servicio público de factura comunitaria no se encuentra vinculada a concretas crisis económicas, sino que responde a una sistematización jurídica acometida en la Unión Europea que trata de conciliar la economía de mercado con los valores sociales de los Estados miembro. Además, como posteriormente se expone, esta técnica jurídica encuentra una base sólida en los Tratados; al tiempo que se beneficia de una importante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo; y ha sido objeto de detallados estudios con la perspectiva del Derecho comunitario.

Distinto es el caso de las obligaciones tuitivas entre particulares establecidas en el Derecho español para afrontar las situaciones de vulnerabilidad. Un factor que contribuye a explicar su adopción es la

[17] Véase por todos Laguna de Paz, J. C.: *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas, 2009.

concatenación de dos crisis económicas de extraordinaria gravedad en un breve periodo temporal. La crisis financiera de 2007 y la crisis derivada de la pandemia en 2020 dejaron súbitamente a importantes grupos de población en situaciones de vulnerabilidad extrema que les impedían sufragar algunas de sus necesidades vitales más esenciales, como los suministros energéticos, las cuotas hipotecarias o el arrendamiento de sus viviendas. La profundidad, la extensión y lo inopinado de ambas crisis económicas exigió una reacción decidida del Estado para evitar que relevantes grupos de población entraran en la marginalidad. Cuantitativamente es importante destacar que los segmentos de la población afectada comprendían a un elevado número de personas, por mucho que porcentualmente representaran una minoría respecto del conjunto.

Este contexto de sucesivas crisis económicas y su impacto sobre la población gestaron un problema de gran dimensión social, ante el que los poderes públicos trataron de responder con la improvisación de legislaciones de emergencia, sin una reflexión previa, ni una adecuación del ordenamiento a los nuevos instrumentos articulados con tanta inmediatez[18]. Ahora bien, como es frecuente, una vez fue superada la situación de crisis y sus consecuencias más inmediatas, no se han derogado todas las medidas de emergencia, sino que se ha extendido la vigencia de un buen número de ellas[19], concibiéndose ahora como instrumentos ordinarios de la política social. A pesar de la novedad que encierran aquellas medidas de política social y de algunas de las dudas jurídicas que suscita su imposición a los particulares, tampoco su normalización en el Derecho español ha venido acompañada de una reconsideración sosegada sobre su encaje en el ordenamiento jurídico.

6. Los interrogantes que plantea para el Derecho

Las anteriores circunstancias animan a que se acometa el presente estudio en un intento de reflexionar sobre el fenómeno de la externalización del Estado social y de sistematizar la figura jurídica a través de la que esta se articula, como es la de las obligaciones tuitivas que la ley impone a ciertos particulares para atender situaciones de vulnerabilidad, que resulta por igual interesante y cuestionable. El objeto de análisis no deja fuera las obligaciones de servicio público con las que el Derecho comunitario también atiende situaciones de vulnerabilidad,

[18] A título de muestra, el análisis que facilita la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado sobre el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-1, da buena cuenta de la idea que quiere transmitirse, pues desde su entrada en vigor hasta el mes de junio de 2024 sus preceptos habían sido objeto de 28 modificaciones y derogaciones por distintas normas.

[19] Para mayor detalle sobre su vigencia, véanse los análisis sectoriales contenidos en los siguientes capítulos del libro.

pues presentan numerosos elementos comunes con la figura adoptada en el Derecho español. Además, la circunstancia de que la figura comunitaria de las obligaciones de servicio público cuente con una sólida fundamentación y teorización en el Derecho de la Unión Europea puede haber contribuido a la relativa desatención que ha suscitado la cuestión de su anclaje constitucional interno, que en el Derecho español presenta aún numerosos interrogantes.

Con tal propósito, en los siguientes epígrafes se aborda el examen del marco general de la figura, reflexionando sobre sus bases constitucionales. En particular, el estudio trata de responder a las grandes cuestiones que suscita esta novedosa evolución en la realización del Estado social.

II. LA PROTECCIÓN FRENTE A LA VULNERABILIDAD COMO MODERNO TÍTULO DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

1. Formación de un renovado título de intervención pública

Los poderes públicos, aun cuando tengan genéricamente reconocida en la norma la potestad de imponer restricciones en la esfera jurídica de los ciudadanos, con frecuencia también necesitan de concretos títulos de intervención con los que justificar el establecimiento de aquellas medidas. Si históricamente aquellos títulos bastaron por sí solos para justificar la intervención del poder al margen de expresas habilitaciones normativas[20], en la actualidad, bajo el dominio del principio de legalidad, los textos constitucionales contienen de manera expresa las correspondientes habilitaciones normativas y frecuentemente la concreción de los propios títulos justificativos. En este sentido, la Constitución no solo recoge las correspondientes habilitaciones generales de intervención (como acreditan los apartados 2 y 3 del art. 33 y 1 del art. 53), sino también numerosos títulos concretos de intervención entre los principios rectores de la política social y económica[21].

No obstante, este proceso de positivación constitucional no ha congelado el censo de títulos o justificaciones de la intervención pública, sino que se sigue enriqueciendo al compás de la evolución social, que genera la conciencia de nuevas o matizadas necesidades sociales en cuya atención deben intervenir los poderes públicos. De esta manera,

---

[20] Villar Palasí, J. L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, p. 531.

[21] Villar Ezcurra, J. L.: *Derecho administrativo especial*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 28-29.

la renovación de los títulos de intervención aún cumple una relevante función jurídica, en cuanto que la amplitud de las habilitaciones y de los títulos de intervención positivizados puede dar lugar a dudas acerca de si amparan la imposición de medidas restrictivas de las libertades o los derechos, particularmente cuando la intervención requerida tiene un marcado carácter innovador. Esto es, cuando el Estado debe justificar la adopción de medidas o actuaciones que se separan de las aplicadas hasta la fecha es donde los renovados títulos de intervención operan como causas de legitimación de la novedosa intervención pública, en cuanto permiten interpretar e incluso resignificar el Derecho vigente bajo el nuevo enfoque que incorporan, por ejemplo, ampliando el contenido tradicionalmente atribuido a los títulos de intervención positivizados.

Tal es el caso de las medidas de intervención del poder público consistentes en la imposición de las obligaciones tuitivas que nos ocupan, respecto de las cuales la protección de las personas frente a la vulnerabilidad opera como moderno título de intervención que legitima al poder público para su imposición como medidas de solidaridad. Pocas dudas pueden albergarse de que la protección frente a la vulnerabilidad constituye en la actualidad un incisivo título de intervención, que además presenta entidad propia, por cuando se diferencia de otras finalidades de carácter social que también persigue el Estado. El título de intervención se enuncia bajo distintas fórmulas: como cuidado hacia las personas vulnerables; como protección frente al riesgo de exclusión; amparo frente a la marginalidad; o tutela frente al sinhogarismo [art. 3, l) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda].

2. Contenido del título de intervención

Si la construcción del Estado social descansa fundamentalmente sobre las ideas de la dignidad de la persona y la igualdad efectiva frente a la igualdad formal característica del Estado de Derecho, el tratamiento de la vulnerabilidad como título justificativo de la intervención pública exige afinar la argumentación. En efecto, no cabe negar que las políticas sociales para hacer frente a la vulnerabilidad también se fundamentan en la dignidad de la persona y la igualdad efectiva[22], pero debe tenerse presente que la categoría de la vulnerabilidad emerge para poner de relieve una carencia detectada en el seno de un Estado

[22] Este es el planteamiento de Suárez Llanos, L., quien concibe la vulnerabilidad desde la desigualdad, como desventaja inmerecida en el disfrute de bienes, libertades y derechos por estar vinculada a unas condiciones de partida injustificadamente discriminatorias, que convierte una diferencia entre sujetos o grupos en una exigencia de actuación político-jurídica orientada a reequilibrar la situación del sujeto vulnerable respecto de todos los demás: «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en Presno Linera, M. Á. (coord.): *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, IPGPA, 2013, p. 40-41.

social que se encuentra muy desarrollado y consolidado. El surgimiento de la vulnerabilidad como título de intervención incorpora algunos matices como título legitimador de las políticas sociales y se explica precisamente porque las políticas sociales de carácter general que han legitimado aquellas dos ideas tradicionales dejan fuera de su tutela importantes necesidades de la sociedad contemporánea.

Cualquiera que sea la concreta denominación que se emplee para designar tales situaciones, la idea que late en su contenido se puede delimitar por contraste con los títulos generalmente empleados para justificar la adopción de medidas generales de política social, dirigidas al conjunto de la población, como la prestación de una sanidad pública, la oferta educativa pública e incluso las exigencias de universalidad impuestas en los servicios de interés económico general, como el suministro de energía, telecomunicaciones, agua o transporte. A diferencia de las políticas sociales dirigidas al conjunto de la población, la idea nuclear de este título de intervención se articula en torno a la vulnerabilidad, la exclusión social y la marginalidad.

Por otra parte, siguiendo a F. Macioce[23], debe subrayarse que la categoría de la vulnerabilidad no designa meros intereses de grupo más o menos razonables y que compiten por la atención de las políticas públicas en la sociedad plural, sino que revela auténticas necesidades sociales, merecedoras de la atención pública en el Estado social, de aquí su fuerza como título de intervención.

Cualitativamente, la vulnerabilidad define situaciones vitales de particular exposición a los riesgos en la sociedad contemporánea; de singular dificultad de adaptación en esta última; de severa carencia de medios y oportunidades para acceder a servicios y recursos considerados propios del bienestar y la dignidad personal en una sociedad moderna y desarrollada. La vulnerabilidad precisamente impide que quienes la padecen puedan beneficiarse de ciertas políticas sociales diseñadas para la mayoría, como por ejemplo las que se concretan en medidas de intervención pública para hacer accesibles casi todos los servicios de interés económico general. Y es que, por fortuna, en un cómputo cuantitativo la vulnerabilidad no afecta al conjunto de la población, sino únicamente a segmentos muy delimitados, que ciertamente pueden llegar comprender muy numerosos grupos de personas, pero que representan minorías dentro del conjunto de la sociedad.

Es evidente que la vulnerabilidad, la exclusión social o la marginalidad pueden venir determinadas o agravadas por razones de origen social, falta de formación, infortunios, género, orientación sexual, edad, raza, migración, religión, lengua, salud y un largo etcétera. Pero, cual-

[23] Macioce, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 195, 2022, p. 260.

quiera que sea la causa que la desencadene, aquí no interesa analizar la vulnerabilidad en general, sino como determinante de la política social, como título de intervención que justifica que los poderes públicos impongan a ciertos particulares obligaciones tuitivas, generalmente con un contenido patrimonial, en favor de quienes se hallan en aquella situación de vulnerabilidad. Así pues, en cuanto título de intervención, en este estudio debe dirigirse la atención a aquella vulnerabilidad que se traduce en carencias materiales, en las dificultades de acceso a recursos o servicios básicos para el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad.

Expresado en otros términos, la idea de la vulnerabilidad adquiere su pleno significado precisamente en el seno del Estado social: vulnerable es quien queda fuera de las medidas o del sistema que con carácter general articula el Estado social para atender las necesidades básicas de la población. Bajo tales premisas se explica que las medidas de intervención pública para afrontar la vulnerabilidad difieran de las adoptadas para la generalidad de la población. Luego, hablar del régimen jurídico de la vulnerabilidad equivale a ocuparse de un Derecho de contenido social, pero singularizado respecto de las medidas de intervención general. Hablamos de un estadio más avanzado de la cláusula de Estado social. Hablamos de un mejor Estado social.

3. La evolución de los títulos de intervención en el Estado social

3.1. *La acción social en el Estado prestacional*

El fenómeno de la vulnerabilidad, con esta u otras denominaciones[24], no es nuevo, sino que siempre ha habido colectivos en situación de exclusión social por razón de sus circunstancias personales o materiales. Ocurre que en el diseño tradicional de las políticas sociales, en las que el Estado interviene como prestador directo o indirecto de la acción social, estos colectivos recibían y siguen recibiendo un tratamiento jurídico singularizado y adaptado a sus circunstancias, bajo distintas fórmulas en las que generalmente el sector público asume la atención de las necesidades indicadas, al tiempo que soporta el coste de las políticas sociales en un ejercicio de política redistributiva.

---

[24] Caballero Sánchez, R. sitúa en una ley castellanoleonesa de 2013 el surgimiento de la categoría de la vulnerabilidad: «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», ponencia presentada en la mesa titulada «La protección de los colectivos vulnerables y su impacto en la gestión pública», dentro del «IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», 23-25 de noviembre de 2022 en la Universidad Complutense de Madrid.

Tratándose de servicios públicos para cuya recepción no se exige una contraprestación, como la enseñanza básica (art. 27.4 CE) o la atención sanitaria pública, no se produce una barrera de acceso por razones económicas, sin perjuicio de que existan otras derivadas de las desigualdades sociales, falta de conocimiento cultural y lingüístico, o, entre otras, distancia física a las instalaciones públicas. Cuando el acceso a las prestaciones públicas requiere el abono de una contraprestación por el ciudadano, incluso si la cuantificación de esta se guía por criterios sociales con la finalidad de facilitar a la generalidad de la población el acceso a las prestaciones accesibles, entonces las normas ordenadoras del servicio público correspondiente acostumbran a contemplar un régimen de medidas de apoyo que permita su disfrute a quienes de otra forma quedarían excluidos. Así sucede con las becas de comedor, estudio, las exenciones de matrícula. El Estado social se concreta también en medidas genéricas de apoyo en favor de las personas vulnerables, sin vinculación a la prestación de un determinado servicio, como ejemplifica el ingreso mínimo vital (Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital) y las figuras autonómicas análogas, en principio concebidas para que la persona afectada pueda atender sus diversas necesidades vitales, pero que, como ya se ha indicado, por su limitada cuantía con frecuencia resultan insuficientes para cubrir todas aquellas necesidades. En fin, la acción social también se instrumenta a través de apoyos específicos orientados a satisfacer concretas necesidades básicas cuya satisfacción general se confía al mercado, como es el caso de la vivienda protegida.

En este sentido, como ha estudiado M. Vaquer, la dimensión social del Estado tradicionalmente ha descansado sobre tres campos principales de actuación, como son la educación, la sanidad pública y la seguridad social, complementados por la llamada acción social. El carácter complementario de la acción social pública deriva de que ha consistido en prestaciones especializadas, en cuanto que no están dirigidas al conjunto de la población, sino a individuos o colectivos necesitados de particular integración. La acción social del Estado operaría así como una suerte de «segunda trinchera» (en expresión de F. Garrido Falla) de las medidas sociales dirigidas al conjunto de la sociedad, una vez que se comienza a desarrollar la previsión social[25].

3.2. *La vulnerabilidad en el Estado garante*

Ahora bien, la vulnerabilidad adquiere una nueva significación jurídica en aquellas parcelas donde el Estado deja de ser prestador directo o indirecto y asume un cometido de garante, como ha sucedido

[25] Vaquer Caballería, M.: *La acción social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 19, 50, 55 y 162-163.

tras la privatización de los servicios de interés económico general. La posición de Estado garante no surge del tránsito del modelo de servicio público al de servicios de interés económico general, pues esta última categoría no predetermina una concreta fórmula pública o privada de prestación, por lo que no impide que el Estado siga siendo prestador de los servicios de interés económico general de manera directa o indirecta. En rigor, el Estado garante surge cuando el Estado privatiza las empresas prestadoras de tales servicios o se retira de determinados sectores, al tiempo que traslada a los sujetos privados responsabilidades en la atención del interés general en aquellos ámbitos.

Otro tanto ocurre cuando el Estado ni siquiera adquiere el papel de garante, sino que simplemente el sector público deja de satisfacer determinadas necesidades sociales de las que venía ocupándose, sin que el Estado articule mecanismos alternativos para permitir su disponibilidad, como ha acontecido en términos generales respecto de la vivienda protegida[26].

En tales supuestos, las tradicionales técnicas jurídicas de la acción social para la atención a las personas vulnerables que se relacionan con la Administración se ven desplazadas por nuevos instrumentos jurídicos de intervención pública, ahora adaptados a las relaciones jurídicas que se entablan entre el operador privado que ofrece en el mercado los bienes o servicios correspondientes y la persona vulnerable que no puede costear su importe. A título meramente enunciativo:

a) Se ejemplifica en los arts. 5 y 28 de la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE: desde la compensación pública al operador por la atención prestada a las personas vulnerables; pasando por la distribución de la compensación entre los operadores en el mercado; las ayudas públicas directas a la persona vulnerable para atender el coste de los servicios; o la imposición de obligaciones tuitivas (obligaciones de servicio público en la denominación comunitaria), sea incidiendo en el precio de los suministros o la prohibición de corte de estos por impago, haciendo recaer el coste en cada operador.

b) Como se ha anticipado, la fórmula jurídica de las obligaciones de servicio público se ha transmutado por el Derecho español fuera del ámbito de los servicios de interés económico general, concretamente para impedir que los deudores hipotecarios y los arrendatarios en situación vulnerable perdieran su vivienda por razón de los impagos,

[26] Véanse las obras citadas en la nota a pie número 7.

imponiendo a los propietarios obligaciones tuitivas que impiden el desahucio, sin que en algunos casos perciban una compensación íntegra (p. e. art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y los arts. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

c) Asimismo, se ha constatado que la evolución económica ha convertido el acceso al sistema bancario de pagos en una necesidad imprescindible para el desarrollo de la vida en sociedad, pero también que quedan fuera de él numerosas personas en situación vulnerable por su falta de un domicilio fijo, ser solicitantes de asilo o carecer de permiso de residencia. Desde el punto de vista de los instrumentos jurídicos de intervención pública de protección frente a la exclusión financiera, debe tenerse presente que el proceso de privatizaciones acometido durante los años 90 del siglo pasado en España también se extendió a la banca minorista en mano pública y, si bien el Estado ha vuelto a ostentar relevantes participaciones accionariales en determinadas entidades bancarias a raíz de los rescates exigidos por la crisis financiera de 2007, lo cierto es que el Estado ha renunciado a utilizar aquellas participaciones para la ejecución de políticas sociales. Así las cosas, para evitar esta exclusión financiera, y a pesar de que la prestación de servicios bancarios no se califica como servicio de interés económico general, el Derecho de la Unión Europea ha impuesto determinadas obligaciones tuitivas sobre los operadores de los servicios de pagos para garantizar la inclusión financiera de las personas vulnerables. En concreto, la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, impone a las entidades de crédito la obligación de poner a disposición de las personas vulnerables que se hallen en algunas de las situaciones anteriormente indicadas cuentas de pago básicas, gratuitas o a un coste inferior al que ofertan para los clientes no vulnerables (véase el art. 3 del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, que transpone al Derecho español la citada normativa y el art. 2 del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece

un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera).

Surge así la necesidad de que los poderes públicos cuenten adicionalmente con un sólido y renovado título de intervención que permita justificar tan incisivas intervenciones públicas sobre la esfera jurídica de los particulares. El Derecho de la Unión Europea y el Derecho español ofrecen ejemplos elocuentes de la necesidad de reforzar los títulos de intervención, según que las medidas de carácter social se adopten para la generalidad de los consumidores o solo respecto de un grupo más reducido de afectados:

a) En el ámbito europeo la categoría de los servicios de interés económico general descansa en el valor que los Estados otorgan a tales servicios como valores comunes y en la cohesión social y territorial (art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Mientras que las medidas más incisivas y de ámbito subjetivo reducido se apoyan en la situación de vulnerabilidad de ciertos consumidores (numerales 58 y 60; y art. 28 de la Directiva 2019/944, en materia de suministro eléctrico).

b) En el Derecho español, también la normativa reguladora de la vivienda invoca distintos títulos de intervención según que las medidas sociales sean de carácter general o sean más incisivas para atender a un determinado colectivo. Así, el art. 7 de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, justifica la función social de la vivienda y su régimen estatutario en el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la Constitución), así como su cometido para satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia. Mientras que invoca las situaciones de especial vulnerabilidad (las personas, familias y unidades de convivencia que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad, a los menores en riesgo de pobreza o exclusión social, a los menores tutelados que dejen de serlo y a cualesquiera otras personas vulnerables que se definan en el momento de la actuación) para sustentar un abanico de medidas de carácter tuitivo, como el establecimiento de requisitos especiales para demandar judicialmente la recuperación posesoria de una finca (disposición final quinta de la Ley por el Derecho a la Vivienda) o la suspensión de desahucios, lanzamientos y recuperaciones posesorias hasta el 31 de diciembre de

2023 (arts. 1 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

3.3. *La operativa de la vulnerabilidad en el Estado garante*

La vulnerabilidad presenta una doble operativa, pues, de una parte, su conexión con el valor de la igualdad efectiva y la dignidad humana opera como fundamento con el que exigir la intervención del Estado en los términos ya expuestos, de manera que su articulación se desenvuelve de abajo hacia arriba, como una exigencia desde la sociedad hacia el Estado para que este actúe. Así vista, se articula en una demanda al Estado social de ampliación de la esfera jurídica de las personas vulnerables.

Pero junto a ella, la vulnerabilidad también presenta otra dinámica propia de un título de intervención, pues dadas las circunstancias que rodean a los actuales Estados sociales (la multiplicación de compromisos económicos y la necesidad de conciliarlos con la exigencia de la sostenibilidad presupuestaria o viabilidad material del propio Estado a que se ha hecho ya referencia), la atención a la vulnerabilidad opera también como un título de intervención desde arriba hacia abajo, esto es, se convierte en una legitimación para el propio Estado, cuya invocación justifica la imposición a los ciudadanos de restrictivas medidas de intervención en la forma de obligaciones tuitivas. En el modelo tradicional de Estado prestacional, la atención a la vulnerabilidad se habría encauzado a través del sistema tributario de recaudación y presupuestario de redistribución, tan asentado que el recurso al mismo para ampliar el círculo de sujetos obligados y beneficiados por él no requiere de una particular legitimación. En cambio, en el Estado garante la intervención pública tiene generalmente carácter extrapresupuestario, por lo que el título de legitimación ampara una restricción innovadora de la esfera jurídica de quienes deben atender a las personas vulnerables. Se pone así de manifiesto la doble operativa de la vulnerabilidad, que en un ejercicio redistributivo de política social ampara tanto la demanda de ampliación por el Estado de la esfera jurídica de las personas vulnerables, como la imposición restrictiva por el Estado de cargas tuitivas a los sujetos que resultarán obligados. En el estudio de la atención a la vulnerabilidad en el Estado garante es necesario sopesar siempre ambos aspectos.

III. LAS BASES COMUNITARIAS Y CONSTITUCIONALES

La novedad que implica el fenómeno de la externalización del Estado social, articulado a través del sistema de obligaciones tuitivas entre particulares para atender la vulnerabilidad, suscita numerosas y relevantes cuestiones en el plano constitucional, por ejemplo, se plantea en qué medida, bajo qué garantías y con qué limites se pueden ver afectados el derecho de propiedad y la libertad de empresa por la imposición de obligaciones tuitivas en beneficio de un interés general como el que representa la atención a la vulnerabilidad. Además, algunas de las obligaciones tuitivas parecen estar resignificando la categoría de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, lo que precisaría una indagación acerca de si les resultan de aplicación los principios tributarios, particularmente el de capacidad económica. Sin embargo, el presente estudio constituye un primer acercamiento jurídico a la externalización del Estado social, por lo que es aconsejable centrar ahora la atención en sus bases dentro de los Tratados y de la Constitución y confiar en que el examen de aquellas interesantes cuestiones pueda ser abordado en posteriores estudios de mayor amplitud. Así pues, los epígrafes siguientes tratarán de ofrecer una aproximación a sus bases jurídicas en el Derecho de la Unión Europea y en la Constitución.

1. La conciliación en los Tratados de la dimensión económica y social de la UE

Es conocido que la existencia misma de la Unión Europea en gran medida se ha justificado en la conformación de un gran mercado interior que sirva de aglutinante entre los Estados (originariamente mercado común), en torno al cual se articulan instrumentalmente otros objetivos y técnicas de contenido económico, como las libertades, la libre competencia o, entre otras, la moneda única, con el resultado de que la dimensión económica de la integración europea presenta un valor prioritario en los Tratados. Pero con el paso de los años los Tratados también han incorporado junta a ella una relevante dimensión social que puede llegar a modular el rigor de la primera[27]. Así se advierte cuando, por ejemplo, los Tratados proclaman el carácter solidario de la sociedad (art. 2 TUE); la economía social de mercado altamente com-

[27] Sobre la evolución de la UE desde objetivos esencialmente económicos a una dimensión social, véanse Arroyo Jiménez, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 283; Jimena Quesada, L.: *Social Rights and Policies in the European Union*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 17; y Anderson, K. M.: *Social Policy in the European Union, op. cit.*, pp. 1 y 52 y ss.

petitiva, el progreso social, la protección social o, entre otros, el objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación (art. 3 TUE).

Vienen al caso estas ideas porque en la realización de estos valores —el mercado interior y la dimensión social de la UE— surgen inevitables tensiones que, sin embargo, encuentran determinados puntos de conciliación en los propios Tratados. Entre los que se cuenta la categoría jurídica de los servicios de interés económico general, que cristaliza en el plano de la técnica jurídica el objetivo de hacer efectiva una economía social de mercado altamente competitiva. En efecto, los arts. 14 y 106 TFUE reconocen el lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social. Y su desarrollo se contiene en el protocolo 26, donde se reconoce que aquellos valores incluyen, entre otros extremos, un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios. Previsiones que se han visto complementadas por el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En particular, el Tribunal de Justicia ha declarado que el art. 106.2 TFUE, relativo a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas como instrumento de política económica o social con el interés de la Unión en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común (SSTJUE Albany, de 21 de septiembre de 1999, C-67/96; Federutility, de 20 de abril de 2007, C-265/08, apartado 28; y ANODE, de 7 de septiembre de 2016, C-121/15, apartado 43).

La categoría de los servicios de interés económico general opera fundamentalmente como habilitación para introducir modulaciones e incluso excepciones al orden público económico que vertebra los Tratados con la finalidad de realizar los valores sociales que caracterizan a los Estados miembro y a la propia Unión[28]. De aquí que pueda afirmarse que tal categoría sintetiza la dimensión económica y social del Derecho de la UE. Y el instrumento técnico del que se sirve el Derecho derivado para articular aquellas modulaciones es la figura de las obligaciones de servicio público. En efecto, las obligaciones de servicio público constituyen una técnica que traduce bien al plano práctico el objetivo más elevado y abstracto de alcanzar una «economía social de mercado altamente competitiva» que proclama el art. 3 TUE, pues de conformidad con ella los postulados propios de la economía de mercado solo ceden ante los servicios de interés económico general «que les permitan cumplir su cometido», exceptuando o modulando la libre competencia y las libertades económicas sobre las que descansa el

[28] Sobre el entendimiento del orden público económico, véase Martín-Retortillo, S.: *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988.

proceso de integración económica (art. 14 TFUE). Para ello, y tomando las palabras del TJUE, las obligaciones de servicio público constituyen medidas de intervención pública en el funcionamiento del mercado, para la consecución de un interés económico general, que exigen a las empresas actuar en dicho mercado con criterios impuestos por las autoridades, de manera que de no existir tales obligaciones las empresas habrían actuado de otra manera (SSTJUE Engie Cartagena, de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, apartado 45).

De hecho, la lectura de la jurisprudencia comunitaria sobre esta materia revela un esfuerzo por preservar el equilibrio entre los dos valores prevalentes de los Tratados, la solidaridad y la idea abstracta de mercado competitivo. Así desde la STJUE Federutility, de 20 de abril de 2007, C-265/08, apartados 20 a 22, el Tribunal de Luxemburgo establece que la intervención pública con fines sociales es posible en un mercado competitivo si se cumplen tres requisitos: debe perseguirse un objetivo de interés económico general; debe respetarse el principio de proporcionalidad (limitarse a lo estrictamente necesario para lograr la finalidad social); y las obligaciones de servicio público deben estar claramente definidas, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores (véanse también las SSTJUE Engie Cartagena, de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, apartados 42-45, y Viesgo Infraestructuras Energéticas, de 14 de octubre de 2021, C683/19, apartado 31).

De cuanto se acaba de exponer cabe destacar las siguientes ideas relevantes para la fijación de las bases comunitarias de la externalización del Estado social a través de obligaciones tuitivas entre particulares. En primer lugar, la dimensión social de los Tratados no se ha construido en torno a la idea del Estado social, entendido este último en su fórmula más tradicional y subjetiva de existencia de una organización pública prestadora de los servicios, que seguidamente se analiza respecto del Derecho español, sino que el Derecho de la Unión Europea atiende más al resultado o disponibilidad para la ciudadanía. De aquí que, en lugar de proclamar la existencia de un Estado social, los Tratados recurran a fórmulas como las de «sociedad caracterizada por […] la justicia, la solidaridad» y «economía social de mercado altamente competitiva» (arts. 2 y 3 TUE). En coherencia con este planteamiento, se sigue con naturalidad que los Tratados tampoco recurran a la figura tradicional de los servicios públicos, sino a los servicios de interés económico general, concebidos como síntesis de las exigencias de la dimensión económica y social de la Unión, cuya operativa no prejuzga la condición pública o privada del prestador (arts. 106 y 345 TFUE). Bajo tales premisas, la fórmula de la externalización del Estado social y su articulación a través de la imposición de obligaciones tuitivas en favor del interés general no solo no resultan extrañas al Derecho de la

Unión Europea, sino que comparten una misma genética jurídica. En rigor no hay Estado social que pueda externalizarse, aunque tampoco se rechaza, sino dimensión social proyectada sobre los operadores económicos mediante la técnica de intervención de las obligaciones de servicio público.

2. La cláusula de Estado social en la Constitución española

A la hora de abordar las bases constitucionales de la externalización del Estado social no puede desconocerse la efectiva integración del Derecho de la UE con el Derecho español y la necesidad de interpretar este último, incluido el Derecho constitucional, a la luz de las transformaciones que el Derecho comunitario ha traído a nuestro ordenamiento jurídico[29]. Por esta vía de integración, las categorías del Derecho de la Unión Europea pasan a incorporarse en el Derecho interno, no solo por su aplicación por parte de las autoridades nacionales o por la obligada adaptación del ordenamiento interno a las exigencias del Derecho comunitario, sino también porque una vez que llegan al Derecho interno este las hace suyas y dejan de ser técnicas exclusivamente comunitarias, para convertirse en fórmulas compartidas entre ambos ordenamientos. Reflexión que cabe predicar de las técnicas que aquí nos ocupan, como la realización de la dimensión social a través de la imposición de obligaciones a los operadores jurídicos, sean estos sujetos privados o formen parte del sector público.

Ahora bien, la invocación del origen comunitario de una técnica o categoría jurídica no es suficiente para garantizar su compatibilidad con los postulados constitucionales. A este respecto, no podrá perderse de vista que la idea abstracta del mercado interior no es un valor tan prevalente en la Constitución española como en los Tratados y tampoco puede desconocerse que solo algunas de las obligaciones tuitivas aquí analizadas tienen origen comunitario, por lo que las restantes deben encontrar su fundamento exclusivamente en el Derecho interno. Además, a este respecto ha de tenerse presente que el Derecho de la UE no impone que la atención a los consumidores vulnerables se organice necesariamente a través del establecimiento de obligaciones de servicio público, sino que permite que la asuman directamente los Estados. De manera que la forma de organizar la atención de tales necesidades sociales queda a opción de aquellos.

Por tanto, y ya en clave de Derecho constitucional, interesa particularmente dilucidar en qué medida esta modalidad de organizar la solidaridad responde a la cláusula de Estado social recogida en el art. 1.1 CE.

---

[29] García Roca, J.: *Lecciones de Derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2023, pp. 46-47.

2.1. *La concepción tradicional*

Es indudable que no existe un único modelo o concepción del Estado social[30], como también es evidente que la articulación de la protección social a través de la fórmula de las obligaciones tuitivas aquí analizadas se separa notablemente del modelo de Estado social al que la cláusula constitucional tradicionalmente ha dado lugar entre nosotros[31], en la medida en que impone a unos particulares la responsabilidad de atender a otros en situación de vulnerabilidad, limitándose la intervención del Estado al ejercicio de la potestad legislativa, eventualmente al reconocimiento de las situaciones individualizadas de vulnerabilidad y marginalmente al pago de determinadas aportaciones. Por lo que cabe preguntarse si este modelo puede considerarse una manifestación renovada de la cláusula de Estado social que la Constitución proclama en la primera oración de su articulado[32].

Como punto de partida, cabe destacar que la concepción más arraigada de la cláusula de Estado social se ha proyectado fundamentalmente en dos grandes planos: en primer lugar, acoge un criterio subjetivo por el que se atribuye al Estado el protagonismo en la atención pública de las necesidades sociales, esencialmente a través de una Administración prestacional; pero también se proyecta fuera de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, para conformar normativamente ciertas relaciones jurídicas entre sujetos privados, fundamentalmente las que se entablan entre los trabajadores y sus empleadores y entre los consumidores y los empresarios[33]. Ambas manifestaciones laten sin duda en la proclamación de la cláusula constitucional de Estado social (art. 1) y se concretan en distintos mandatos de la CE. Así, la dimensión subjetiva o prestacional del Estado social se refleja en la

---

[30] Sobre las interpretaciones acerca de la cláusula de Estado social, véase Santamaría Pastor, J.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 227. Por su parte, González Moreno, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 36 y ss., sintetiza bien las distintas acepciones del Estado social y señala que tiene tantos posibles significados y opera en fórmulas tan diversas de organización política y social que en ocasiones se ha considerado que se le ha hurtado su sentido progresista originario.

[31] Como ejemplo de la concepción más arraigada del Estado social como Estado prestador, Parejo, L.: «Estado social y Administración prestacional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, p. 19, señala que la realización del Estado social resulta en un Estado administrativo, para la ejecución de la intervención social, si bien este autor no limita el concepto a esta realidad histórica.

[32] Al tratar de dilucidar si existe un determinado contenido arquetípico del Estado social, puede ser útil traer aquí las reflexiones de Stolleis, M.: *Origins of the German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer-Verlag, 2013, p. 151, en el sentido de que en realidad todos los sistemas públicos occidentales de protección social presentan un carácter singular y atípico tanto en la evolución histórica como en la comparación entre países.

[33] García-Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1994, p. 52.

previsión de gratuidad para la enseñanza básica (art. 27.4); la garantía de asistencia y prestaciones sociales frente al desempleo y la necesidad (art. 41); o el régimen de pensiones (art. 50). Nótese que estos dos últimos preceptos se refieren a los beneficiarios de la acción pública como «ciudadanos», en cuanto individuos que se relacionan con el Estado. Mientras que la proyección del Estado social sobre determinadas relaciones entre particulares se concreta en la tutela de los trabajadores y consumidores (repárese en que los arts. 28.2, 37, 42 y 51 emplean precisamente estas últimas designaciones, propias de la posición que ocupan en las relaciones privadas correspondientes, y no la de ciudadanos). Bajo esta última concepción de la cláusula de Estado social se han desarrollado las distintas regulaciones que imponen obligaciones tuitivas entre sujetos privados caracterizadas por la generalidad tanto de los beneficiarios como de los obligados.

Cabe añadir que, más allá de las concretas disposiciones en las que la Constitución contempla un régimen público de prestación, el legislador goza de un amplio margen de configuración del contenido de la cláusula social[34], como recuerda la STC 63/2019, f. j. 6 b), en relación a «cuál deba ser el modo de prestación o los mecanismos de financiación de los servicios públicos, tarea que ha de corresponder en todo al legislador, dentro del ámbito de configuración que le permite la Constitución, que ni define de antemano cuáles deban ser los servicios públicos, ni predetermina tampoco un único régimen de definición y prestación de servicios públicos ni, por lo tanto, un único régimen de financiación». Conclusión coherente con el principio democrático, que debe permitir el desarrollo de distintas políticas, también en el campo social.

2.2. *La sociedad solidaria*

Junto a la anterior concepción del Estado social, se registra aquí el surgimiento de la utilización por el Estado de la técnica de las obligaciones tuitivas para atender la vulnerabilidad, que supone un desplazamiento desde el Estado prestador al Estado regulador en aquellas concretas parcelas donde se aplica. Este modelo responde a los planteamientos que ya vimos, contenidos en los arts. 2 y 3 TUE de «una sociedad caracterizada por […] la justicia, la solidaridad» y «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» (art. 3.2), donde se puede apreciar que el

[34] Para Aragón Reyes, M.: «Constitución española: economía de mercado y Estado social» en García San Miguel, L. (ed.): *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 112-1115, del principio de Estado social no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines. En relación con el amplio margen configurador del Estado social que corresponde al legislador: Parejo, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.* pp. 46-47; y González Moreno, B.: *El Estado social…*, *op. cit.*, p. 234.

centro de gravedad en torno al que se articula la dimensión social de la Unión Europea se sitúa más en la solidaridad dentro de la sociedad que en el protagonismo del Estado social que proclama el art. 1 CE, entendido como Estado prestador.

En este sentido, es preciso constatar una vez más que el proceso de integración europea no se detiene en la transposición a la legislación ordinaria de unas determinadas técnicas jurídicas, sino que inevitablemente también irradia unas ideas y concepciones que terminan por transformar el ordenamiento jurídico nacional más allá del inicial punto de recepción. En el plano de la legislación ordinaria, la integración jurídica también implica que el ordenamiento jurídico receptor haga suyas las técnicas jurídicas transpuestas y que posteriormente las emplee ya como propias en ámbitos ajenos al Derecho comunitario. Y en el más alto rango, la integración acaba por provocar una relectura del texto constitucional[35] abierta a las fórmulas jurídicas innovadoras que resultan tanto del distinto planteamiento que se contiene en los Tratados al que se acaba de hacer referencia, como a las técnicas jurídicas a través de las que se concretan aquellos planteamientos (en este caso las obligaciones de servicio público). La anterior circunstancia se une a la que resulta del impacto que ha tenido en la propia Constitución la introducción del principio de la estabilidad presupuestaria en la reconsideración sobre la forma de articular la respuesta a las demandas de atención social, como ha quedado expuesto en el primer epígrafe; y a la propia necesidad de apertura de la interpretación constitucional a la evolución del Derecho.

De manera que, traídas estas ideas al caso concreto, en la actualidad difícilmente puede sostenerse una concepción del Estado social que se identifique únicamente con el Estado prestador, a través de distintas fórmulas, y no se abra también a otras manifestaciones, como las que resultan de la externalización aquí examinada.

2.3. *El despliegue de la cláusula social en la propia Constitución: los pilares tradicionales y el derecho a la vivienda*

A. Los pilares tradicionales del Estado social

Ciertamente la inclusión de la cláusula de Estado social en el título preliminar de la Constitución sintetiza el mandato genérico, abierto y difuso de que los poderes públicos desarrollen un orden social orientado a la redistribución y la integración social[36]; al establecimiento y la

[35] Muñoz Machado, s.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.

[36] García-Pelayo, M.: *Las transformaciones…*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

garantía de la justicia social; así como a la eliminación de situaciones de desigualdad y necesidad[37], pero junto a aquel mandato genérico, la propia Constitución concreta determinados contenidos en los que necesariamente debe sustanciarse la dimensión social del Estado. Contenidos cuya relevancia y significación constitucional han evolucionado a lo largo del tiempo, como seguidamente se justifica.

En efecto, la Constitución concreta los tres elementos que tradicionalmente han conformado el paradigma del desarrollo y consolidación del Estado social: la educación, la seguridad social y la sanidad pública (arts. 27, 41 y 43), junto a las que importa aquí destacar la denominada la acción social. Esta última se ha ubicado tradicionalmente en el art. 41 CE como una fórmula complementaria a la Seguridad Social, por la que se articulan asistencia y prestaciones, habiendo recibido muy diversas denominaciones. También el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE contempla que, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

Merece la pena recordar ahora cómo ha definido la jurisprudencia constitucional la acción social hasta la fecha: «la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean» (STC 36/2012, de 15 de marzo, f. j. 4; y, en el mismo sentido, SSTC 33/2014, de 27 de febrero, f. j. 4, y 18/2016, de 4 de febrero, f. j. 7 b; y STC 18/2017, de 2 de febrero, f. j. 3). Como se observa, se trata de un planteamiento propio de la concepción más tradicional del Estado social, en cuanto prestador a la ciudadanía de la atención social, pues únicamente contempla que la dispensación de la asistencia se efectúe por entidades del sector público.

---

[37] González Moreno, B.: *El Estado social…*, *op. cit.*, p. 234. En igual sentido lo expresa Burgi, M.: «El estado social en Alemania: implantación, relaciones, responsabilidades y desafíos», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2023, p. 33, respecto de la cláusula de Estado social en la Constitución alemana.

En todo caso, la nota característica de la acción social es que encierra el conjunto de políticas públicas de naturaleza social singularizadas por estar dirigidas a individuos o colectivos necesitados de particular integración[38]. Por razón del círculo restringido de sus destinatarios, en la actualidad la acción social presenta un papel un tanto ancilar respecto del conjunto de políticas del Estado social. Sin embargo, no debe perderse de vista que el Estado social se justificó en sus orígenes decimonónicos precisamente en la atención a los más menesterosos, esto es, a un sector minoritario de la población, y que tendría que avanzar mucho el siglo XX antes de que el Estado social se convirtiera en el instrumento de integración e igualación para el conjunto de la sociedad que hoy conocemos[39].

No obstante su dimensión ancilar, para el objeto de nuestro estudio, la acción social presenta una relevancia de primer orden, pues constituye una de las bases constitucionales de la intervención de los poderes públicos para afrontar el reto de la vulnerabilidad. Precisamente al dilucidar si medidas tan innovadoras como las obligaciones tuitivas frente a la vulnerabilidad encuentran adecuado soporte constitucional, conviene destacar que la Constitución no dispone que deba existir una fórmula organizativa pública respecto de la acción complementaria del art. 41 CE, a diferencia de lo que establece el mismo precepto para la Seguridad Social, sino que el propio precepto afirma que «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres». Como ha interpretado la jurisprudencia constitucional[40], la asistencia o acción social constituye una técnica pública de protección, que carece de perfiles nítidos en la norma constitucional y está por ello remitida en ella a la legislación ordinaria[41].

B. La nueva centralidad del derecho a la vivienda

En este mismo plano constitucional debe subrayarse la centralidad que por diversas razones ha adquirido el reconocimiento por el art. 47 del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La reciente y especial relevancia que se está otorgando a este derecho cuando entra en conflicto con otros valores constitucionales se explica, en primer término, en atención al mandato constitucional que exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y

---

[38] Vaquer Caballería, M.: *La acción social*, *op. cit.*, p. 19.

[39] García-Pelayo, M.: *Las transformaciones…*, *op. cit.*, pp. 17-19.

[40] SSTC 146/1986, de 25 de noviembre, f. j. 2; 13/1992, de 26 de febrero, f. j. 14; y 36/2012, de 15 de marzo, f. j. 4.

[41] Parejo, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.* p. 28.

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), pues también los instrumentos internacionales que lo reconocen están siendo objeto de una pujante interpretación expansiva, como el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ya citado[42]. En segundo lugar, debe tenerse presente que la mayoría de las obligaciones tuitivas frente a la vulnerabilidad que nos vienen ocupando, bien tienen por objeto garantizar el disfrute de una vivienda, bien tienen por finalidad hacer de aquella un espacio digno y adecuado, garantizando que la persona tiene en ella acceso a los suministros hoy considerados imprescindibles en una sociedad desarrollada[43], por lo que las necesidades que con ellas se quieren atender son en muy buena medida reconducibles al derecho a la vivienda.

Dada aquella centralidad y las dimensiones que ha alcanzado el problema del acceso a la vivienda, es creciente el número de autores que aboga por que el reconocimiento del acceso a la vivienda deje de ser un principio informador de la política social[44] y adquiera la categoría de derecho subjetivo exigible[45]. Se advierte aquí aún cierto desajuste entre las garantías tradicionales del Estado de Derecho y las del Estado social[46], en cuanto la Constitución reconoce como derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio bajo unos planteamientos tradicionales, ya que prima el componente reactivo del derecho frente a la injerencia del Estado, así como su operativa parte de la premisa de que los ciudadanos hayan logrado previamente el disfrute de tal derecho, pero dispensa una protección sensiblemente más débil cuando se trata de garantizar el acceso a aquel domicilio (arts. 18.2 y 47 CE).

---

[42] Véase al respecto Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 26 y ss.

[43] Por ejemplo, véase al respecto la Resolución Parlamento Europeo de 11 junio de 2013, punto A, sobre la importancia de la vivienda como eje para la vida digna. También, Quintiá Pastrana, A.: Más allá del art. 47 CE…», *op. cit.*, p. 122 y ss.; Moreu Carbonell, E.: «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en Alonso Pérez, M. T. (coord.): *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 372.

[44] Canals Ametller, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en Paleo Mosquera (ed.): *Políticas y derecho a la vivienda. Gentes sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 104 y ss.

[45] Entre otros, Ponce Solé, J.: «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en Ponce Solé, J. *et al.* (coords.): *El derecho a la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 65-175; Moreu Carbonell, E.: «Sanción y expropiación…, *op. cit.*, pp. 369-420; López Ramón, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, pp. 49-91; y Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

[46] En el sentido de la célebre controversia entre Estado de Derecho y Estado social a que se hará referencia inmediatamente.

Por las anteriores razones, entre la doctrina se aboga por la ampliación del número de pilares que deberían definir el Estado social, para incluir la vivienda junto a los tradicionales de la educación, la sanidad y la Seguridad Social[47]. Ahora bien, a este respecto conviene hacer algunas precisiones adicionales. La primera es que, como se ha justificado al comienzo de este estudio, en el sector de la vivienda social se ha producido una retirada del sector público, por lo que la ampliación del Estado social a un cuarto pilar no sería tanto un campo novedoso para el Estado, como más bien la recuperación de una presencia en un sector donde el sector público llegó a tener un gran protagonismo en el pasado y al que ahora busca regresar.

Asimismo, debe matizarse que la actuación del Estado social en materia de vivienda también presenta otra notable diferencia con respecto a los pilares tradicionales, educación, sanidad y Seguridad Social, y es que carece de carácter universal. El ordenamiento contiene muy numerosas medidas de carácter general encaminadas a facilitar la adquisición o el arrendamiento de la vivienda por la población (urbanísticas, financieras, fiscales, de duración y limitación de alquileres, etc.), sin embargo, la acción propiamente social del Estado en materia de vivienda se orienta a un grupo reducido de la ciudadanía, aquel que conforman las personas vulnerables, precisamente caracterizadas como tales porque ni siquiera la aplicación de aquellas medidas generales favorecedoras del derecho a la vivienda les permite acceder a ella o conservarla. Esta característica de la acción pública la encuadra dentro de la acción social que acaba de exponerse en el epígrafe anterior, en cuanto medida de intervención pública de carácter complementario y dirigida a colectivos reducidos, a diferencia de las medidas del Estado social de orientación universal.

2.4. *Las nuevas manifestaciones del Estado social*

La ampliación del Estado social al pilar de la vivienda plantea enormes retos de orden económico, organizativo y jurídico, pues, a diferencia de lo que ocurre con los otros tres pilares, aquí no existe una organización pública ni una provisión universal pública, ni tan siquiera la estructura mínima para atender a los colectivos más vulnerables bajo planteamientos de acción complementaria del Estado social. Como ya se ha justificado, la expansión del Estado social a este cuarto pilar de la vivienda implica un desafío desde el punto de vista organizativo, toda vez que en las últimas décadas el Estado se ha retirado de manera paulatina y constante del sector de la vivienda social y que la reconstrucción de la estructura administrativa necesaria para gestionar un

[47] Lambea Llop, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, *op. cit.* p. 44.

parque público de vivienda social es muy compleja, costosa y requiere largos periodos de maduración normativa, administrativa, financiera y edificativa para alcanzar su efectividad. Económicamente, también las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria comprometen seriamente la posibilidad de costear la expansión del Estado social sin renunciar a otros logros ya consolidados. En coherencia, bajo los anteriores condicionantes, tampoco el tradicional modelo jurídico del Estado prestador resulta adecuado para la finalidad perseguida, por lo que cumple al Derecho arbitrar la fórmula que permita reforzar el Estado social con un cuarto pilar relativo a la vivienda, siquiera sea respecto de los colectivos más vulnerables, que hoy se antoja ineludible en una sociedad moderna, conjurando los obstáculos organizativos y económicos indicados.

Este contexto explica que la ampliación de este pilar del Estado social adopte las formas innovadoras de la externalización. Concretamente las del Estado garante, donde este ya no es prestador, sino que, para hacer efectivos los derechos sociales, impone un modelo de sociedad solidaria esencialmente por vías extrapresupuestarias, trasladando a los ciudadanos la atención a las personas vulnerables mediante la imposición de obligaciones tuitivas.

Esta reformulación del Estado social en relación con la vulnerabilidad reabre viejos debates bajo nuevas perspectivas. En efecto, el advenimiento del Estado social suscitó la discusión acerca de su compatibilidad con el entendimiento que hasta entonces se tenía del Estado de Derecho[48]. El núcleo de la controversia se planteó porque las garantías ciudadanas propias del Estado de Derecho habían surgido precisamente para proteger las libertades y los derechos frente a la intervención del Estado, mientras que la generalización de un Estado social inevitablemente implicaría una minoración de aquellas garantías, en la medida en que la efectividad de los derechos sociales requeriría que el Estado allegase importantes recursos económicos e interviniera de manera decidida en la libertad de los ciudadanos, singularmente reduciendo el alcance del derecho de propiedad o de la libertad de empresa. Sin que sea preciso profundizar en aquel debate, que M. Burgi califica con razón de desfasado[49], sí importa subrayar que el núcleo de la discusión se desenvolvía bajo la premisa de una construcción pública triangular, en la que el Estado intervenía a través del sistema tributario y presupuestario sobre los derechos de los ciudadanos para dotarse de los medios económicos con los que posteriormente atender

---

[48] Schmitt, C.: *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 135-136; Abendroth, W., Forsthoff, E. y Doehring, K.: *El estado social*, Madrid, CEC, 1986; García-Pelayo, M.: *Las transformaciones…*, *op. cit.*, pp. 26-27 y 51 y ss.; Parejo, L.: «Estado social y Administración prestacional», *op. cit.*, p. 18; y González Moreno, B.: *El Estado social*, *op. cit.* 38.

[49] Burgi, M.: «El estado social en Alemania…», *op. cit.*, p. 35.

las necesidades del conjunto de la población. La contraposición entre viejos y nuevos derechos se presentaba intermediada por la acción redistributiva del Estado, salvo en materia de protección laboral y de consumidores, donde la intervención pública incidía de manera directa en las relaciones entre particulares.

Ahora, sin embargo, la contraposición entre las garantías propias del Estado de Derecho y el reconocimiento de los derechos del Estado social se plantea bajo premisas algo distintas, pues en el modelo de Estado garante las leyes llevan a confrontar de manera directa derechos y libertades constitucionalmente garantizadas, como el de propiedad privada y la libertad de empresa, con los derechos sociales que se reconocen a las personas vulnerables. Esto es, hace más de medio siglo la pregunta que se formulaba era si la concepción garantista de las libertades individuales frente al poder, concepción marcadamente formalista, podía conciliarse con una concepción igualitaria y efectiva que tratara de salvar las manifiestas desigualdades de la vida social, con el resultado que ya conocemos. En cambio, hoy la pregunta es si resulta posible afirmar que se preserva el respeto de los derechos patrimoniales y de la libertad de empresa de determinados particulares y al mismo tiempo que aquellos sirvan a una renovada concepción del Estado social que articula una sociedad solidaria, donde el Estado impone obligaciones tuitivas de contenido social a unos particulares en favor de un grupo reducido de otros, como es el que constituye el colectivo de las personas vulnerables[50].

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Las anteriores razones llevan a sostener desde estas páginas que el sistema de atención a la vulnerabilidad a través de la imposición de obligaciones tuitivas entre particulares constituye una nueva manifestación del Estado social, donde ciertamente debe subrayarse el calificativo de novedosa, pues incorpora a la propia sociedad con un

[50] La importante transformación operada en los últimos años en el Estado social inevitablemente evoca su contraste con las ideas de Anton Menger cuando en el siglo XIX reflexionaba acerca de la asimetría que él comenzaba a observar entre las leyes civiles y constitucionales de distintos ordenamientos respecto del derecho de propiedad. Señalaba este autor que las leyes civiles generalmente predicaban la inviolabilidad del derecho de propiedad frente a otros particulares (los pobres, en expresión del autor); mientras que advertía cómo simultáneamente la propiedad estaba cediendo terreno frente a la acción de los poderes públicos. De aquí que numerosas constituciones trataran de garantizar la propiedad privada, no tanto por el temor a los conciudadanos (pues las leyes civiles ya protegían frente a estos últimos), como frente a los poderes públicos. A diferencia de este planteamiento, las legislaciones que ahora nos ocupan abren la propiedad (y determinadas prestaciones de los operadores económicos) entre particulares, concretamente en favor de las personas vulnerables por imposición del Estado, MENGER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898, pp. 264 y ss.

protagonismo y una responsabilidad que antes no había tenido. Esto es, el contenido de la cláusula de Estado social adquiere un nuevo significado, pues también pasa a designar la introducción de mecanismos de solidaridad en las relaciones sociales entre particulares, ya no solo en los tradicionales ámbitos de las relaciones laborales o de consumo, sino también para satisfacer las necesidades de colectivos reducidos, como el de las personas vulnerables.

Sentada la anterior idea general, debe completarse con algunas reflexiones adicionales, algunas de ellas ya formuladas anteriormente. En primer lugar, aquí se sostiene que estamos en presencia de una manifestación del Estado social porque ante la vulnerabilidad el Estado decide asumir una determinada responsabilidad, concretamente la de asegurar que las personas en aquella situación reciban la atención necesaria de otros particulares. En este sentido, repárese en que, si las personas en situación de vulnerabilidad hubieran quedado a su suerte, como había ocurrido hasta muy recientemente, no se cuestionaría jurídicamente si se adultera la cláusula de Estado social por razón del concreto modelo elegido para hacerla efectiva, pues corresponde a una decisión política la determinación del alcance que se le deba dar con los recursos disponibles. Luego, una vez que el Estado irrumpe legislativamente para afrontar el problema de la vulnerabilidad, no cabe cuestionar si esta es una acción pública propia de un Estado social: estábamos en presencia del Estado social incluso cuando no atendía las situaciones de vulnerabilidad; y lo estamos en la actualidad, cuando articula la atención social mediante la imposición de obligaciones a determinados particulares.

Por otra parte, el esfuerzo que aquí se desarrolla por dilucidar si el modelo de solidaridad entre particulares que impone el Estado garante puede también enmarcarse en la cláusula de Estado social no tiene por finalidad determinar su constitucionalidad o no, pues en todo caso tendría cabida en nuestro modelo constitucional en la medida en que no fuera contrario a los límites, valores o garantías constitucionales. La cuestión es que si se considera que esta forma de organización de la solidaridad encuentra amparo en un determinado valor constitucional, y más en particular si ese valor es tan prevalente en el texto como la cláusula de Estado social y en algunas de sus concreciones entre los principios rectores de la política social y económica, como el derecho a la vivienda, entonces en caso de entrar en conflicto con otro valor o garantía constitucional se impondrá un ejercicio de ponderación entre ambos, que puede modular sus respectivos contenidos[51]. Mientras que, si se concluyera que

[51] Para de la Quadra-Salcedo Janini, T.: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 28 y ss., la caracterización de nuestro Estado como social supone el reconocimiento expreso en la Constitución de un haz de fines legítimos que pueden llegar a tener una proyección especialmente intensa sobre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, generando un potencial conflicto entre los derechos sociales de la Constitución y los derechos fundamentales de contenido económico. Por su parte,

esta fórmula del Estado garante no encuentra un amparo constitucional explícito, habría de ceder o presentaría un menor peso en la ponderación en caso de colisión con algún mandato constitucional.

Al hilo de esta última idea, debe dejarse sentada una última aclaración, pues, aun cuando aquí se afirma que la cláusula de Estado social debe abrirse a nuevas manifestaciones, es dudoso que todo el sistema de protección social pudiera basarse en una configuración que lo hiciera descansar íntegramente sobre los particulares. No solo porque las premisas de nuestra Constitución son distintas de las contenidas en los Tratados, Estado social frente a sociedad solidaria, sino también porque la cláusula social no opera en el vacío, sino que se apoya en la organización general que contiene la CE, en particular en un sistema tributario y presupuestario de carácter redistributivo, rodeado de garantías para los ciudadanos, con el que se atienden los gastos públicos, incluidos los propios del Estado social.

BIBLIOGRAFÍA

Abendroth, W., Forsthoff, E. y Doehring, K.: *El estado social*, Madrid, CEC, 1986.

Anderson, K. M.: *Social Policy in the European Union,* London, McMillan, 2015.

Aragón Reyes, M.: «Constitución española: economía de mercado y Estado social» en García San Miguel, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 105-120.

Arroyo Jiménez, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Bastús Ruiz, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*, Barcelona, Atelier, 2023.

Bauzá Martorell, F. J.: «Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018.

Belzunegui Eraso, Á.: «Estudio preliminar. Agenda Social Europea y servicios sociales en la Unión Europea», en Forns i Fernández, M. V. (ed.), *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de*

Rodríguez Fernández, I.: *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 224 y 271, señala que las cláusulas de Estado social y democrático implican una atribución a los poderes públicos de una acción conformadora de la sociedad y la correlativa necesidad de permanente adaptación de los derechos fundamentales a las condiciones en las que se desenvuelven. En fin, en el Derecho alemán, Burgi, M.: «El estado social en Alemania…», *op. cit.*, p. 35, considera que si el Estado no puede realizar plenamente las ideas sociopolíticas por sí mismo (especialmente a través del dinero de los impuestos), debe intervenir en los derechos fundamentales de terceros para que hagan lo que el Estado considera socialmente necesario, y pone como ejemplos precisamente determinadas obligaciones tuitivas de carácter general, como la obligación de los empresarios de cotizar a la Seguridad Social, el pago del salario mínimo, la contratación de un determinado número de trabajadores con discapacidad.

servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 37-50.

Burgi, M.: «El estado social en Alemania: implantación, relaciones, responsabilidades y desafíos», *Cuadernos de Derecho Regulatorio*, 2023, 31-43.

Caballero Sánchez, R.: «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», ponencia presentada en «La protección de los colectivos vulnerables y su impacto en la gestión pública», dentro del «IV Congreso Internacional del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», 23-25 de noviembre de 2022 en la Universidad Complutense de Madrid.

Canals Ametller, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en Paleo Mosquera (ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gentes sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 97-136.

De la Quadra-Salcedo Janini, T.: *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2022.

Del Valle Villar, J. M.: *El derecho a la seguridad social*, Madrid, Cinca, 2018.

Esteve Pardo, J.: «La Administración garante. Una aproximación»*, Revista de Administración Pública,* núm. 197, 2015, pp. 11-39.

Fernández Gaztea, J. K.: «Las Verwaltungsaufgaben: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, núm. 221, 2023, pp. 93-120.

García Roca, J.: *Lecciones de Derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2023.

García-Andrade Gómez, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.

— «Panorama de las formas público-privadas para la atención de las necesidades sociales», en Darnaculleta Gardela, M. M. *et al.*, *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 197-259.

García-Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1994.

González Moreno, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002.

González-Varas Ibáñez, S.: «El concepto y las formas de privatización», *Revista española de control externo*, núm. 7, 2001, pp. 77-102.

Holmes S. y Sunstein, C. R.: *El costo de los derechos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.

Jimena Quesada, L.: *Social Rights and Policies in the European Union*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Laguna de Paz, J. C.: *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas, 2009.

Lambea Llop, N.: *La gestión de la vivienda social en clave europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

López Ramón, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, pp. 49-91.

Macioce, F.: «El valor y la importancia política de los grupos vulnerables», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 195, 2022, pp. 245-265.

Martín-Retortillo Baquer, S.: *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988.
— «Reflexiones sobre las privatizaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pp. 7-43.
Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, Madrid, 1898.
Mesa, S.: *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Barcelona, Anagrama, 2021.
Moreu Carbonell, E.: «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en Alonso Pérez, M. T. (coord.), *Vivienda y crisis económica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 369-420.
Muñoz Machado, S.: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, Madrid, 1993.
Nogueira López, A.: «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en Paleo Mosquera, N. *et al.* (ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 213-244.
Parejo, L.: «Estado social y Administración prestacional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, pp. 17-48.
Ponce Solé, J.: «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en Ponce Solé, J. *et al.* (coords.), *El derecho a la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 65-175.
Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
— «Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 6, 2022, pp. 115-153.
Rodríguez Fernández, I.: *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
Rodríguez-Arana Muñoz, J.: «Sobre las privatizaciones», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 3, 2007, pp. 181-194.
Santamaría Pastor, J.: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
Schmitt, C.: *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
Stolleis, M.: *Origins of the German Welfare State: Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer-Verlag, 2013.
Suárez Llanos, L.: «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en Presno Linera, M. Á. (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, IPGPA, 2013, pp. 35-92.
Vaquer Caballería, M.: *La acción social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
Villar Ezcurra, J. L.: *Derecho administrativo especial*, Madrid, Civitas, 1999.
Villar Palasí, J. L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 509-572.
Villar Rojas, F. J.: «Los modelos de gestión de los servicios sanitarios en España», en Agulló Agüero, A. (dir.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 197-229.

LAS OBLIGACIONES TUITIVAS, UNA VERSIÓN SOCIAL DE LA *INDIENSTNAHME*

Joseba K. Fernández Gaztea
Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. El origen y la evolución del concepto de *Indienstnahme Privater*. 2. Dos aspectos de la *Indienstnahme Privater*. 2.1. La modificación en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad. 2.2. Faceta organizativa. III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. Planteamiento. 2. Sobre la legitimidad de obligar a una persona jurídico-privada a cooperar. 3. Sobre la injerencia en determinados derechos subjetivos. IV. TRES EJEMPLOS DE OBLIGACIONES TUITIVAS COMO EXPRESIONES EN EL ÁMBITO SOCIAL DE UNA SITUACIÓN DE *INDIENSTNAHME PRIVATER*. 1. Las obligaciones de garantizar un suministro eléctrico básico y de garantizar el acceso a una cuenta bancaria básica a consumidores vulnerables en la legislación austríaca. 2. La confiscación de bienes inmuebles vacíos para alojar refugiados y solicitantes de asilo en las ciudades de Bremen y Hamburgo durante la crisis migratoria de 2015. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una perspectiva comparada sobre las obligaciones tuitivas debería enriquecer el resto de contribuciones a este libro. Teniendo en cuenta que este tipo de obligaciones es una modalidad de externalización del Estado social que se ha ido abriendo paso de la mano del Derecho de

la Unión Europea[1], es razonable asumir que se comprenderá mejor su verdadera naturaleza, la realidad de su ejecución y su grado de adecuación a la Constitución fijándose en figuras de otras jurisdicciones del continente. De entre las referencias disponibles, no se puede dejar de lado una categoría que se emplea en las jurisdicciones de lengua alemana, dentro de la cual las obligaciones tuitivas encuentran encaje: la *Indienstnahme Privater* (en adelante también, la *Indienstnahme*). Las reflexiones que se han hecho sobre esta última son valiosas para el fin que esta obra colectiva persigue. Obviarlas sería imprudente.

Desde esta óptica, este capítulo quiere ponerla en valor como elemento dogmático útil desde el cual ahondar la comprensión de las obligaciones tuitivas. Si esta aportación consigue su objetivo, la *Indienstnahme*, o al menos las reflexiones sobre ella, comenzarán a ser en nuestra jurisdicción una referencia difícil de ignorar. Con esta meta en mente, a continuación se enhila una exposición en los cuatro apartados que siguen a esta introducción. En el primero se presenta la explicación académica de la categoría de la *Indienstnahme* (apartado II.); en el segundo, se comentan resoluciones judiciales que la han tenido por objeto (apartado III.); en el tercero, se evidencia el provecho de esta noción mediante tres ejemplos concretos de obligaciones tuitivas, concebidas estas como ejemplificaciones o expresiones de situaciones de *Indienstnahme* (apartado IV.), y; en el cuarto se concluye el análisis con unas observaciones (apartado V.). A lo largo del texto se recurre principalmente a doctrina y jurisprudencia alemanas y, en menor medida, a las austríacas.

II. LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*

Sin necesidad de forzar los conceptos, las obligaciones tuitivas pueden concebirse como un tipo o concreción de una situación de *Indienstnahme Privater*. Cuando se hace referencia a esta última, se está aludiendo a una circunstancia o tesitura que se repite en distintos sectores de actividad, en la cual se imponen obligaciones legales de contenido diverso a personas jurídico-privadas con el propósito de que estas personas desarrollen una función que, en principio, corresponde a los poderes públicos. La literalidad del término evoca la toma en servicio de alguien sin su consentimiento previo, el reclutamiento involuntario para cumplir una misión[2]. Al referirse a esta categoría, la literatura

[1] *Vid*. el primer artículo de este libro: «Vulnerabilidad y externalización del estado social», de Jorge García-Andrade.

[2] El sustantivo femenino singular «(die) *Indienstnahme*» designa la sustantivación del verbo «nehmen in Dienst, (das) *Indienstnehmen*», que se podría traducir literalmente como la asunción o toma en servicio. *Vid*. *https://www.duden.de/*.

académica emplea como sinónimas[3] expresiones como *Inpflichtnahme*[4] o, menos frecuentemente, *Indienststellung*[5]. Muy raramente se ha denominado esta situación como el traslado de cargas administrativas adicionales a sujetos privados[6]. En Alemania y Austria los análisis de determinadas prestaciones sociales[7], también los que se centran en la organización y ejecución del Derecho social en un sentido más amplio[8], asumen sin mayor oposición el marco que constituye en sí el concepto de *Indienstnahme*, y desarrollan el estudio de situaciones específicas desde esta premisa, como en el caso de la confiscación de inmuebles vacíos para alojar a refugiados y solicitantes de asilo[9]. Lo que entendemos por obligaciones tuitivas se ha subsumido pacíficamente en esta categoría más amplia de *Indienstnahme Privater*.

1. El origen y la evolución del concepto de *Indienstnahme Privater*

La doctrina que ha reflexionado sobre el concepto no duda en atribuirle a Ipsen la primera elaboración de la *Indienstnahme Privater*[10], una noción que sus colegas asumirían pronto, como constata el hecho de que Forsthoff hiciese mención a ella en la tercera edición de su manual, fechada en 1953[11]. El capítulo de veintiún páginas con el que Ipsen contribuía entonces a un libro homenaje y que tituló «La captación o reclutamiento por ley de sujetos privados para la ejecución de funciones o tareas administrativas»[12] es la primera reflexión detallada de la figura. Como reconocía el autor en sus primeras líneas, faltaban

---

[3] Una referencia al hecho de que ocasionalmente se emplean los términos para realidades distintas se encuentra en Pielow, 2001: 451. La matización que proponía Waechter entre la *Indienstnahme* como el traslado de tareas propiamente estatales y la *Inpflichtnahme* como el traslado de tareas de interés general no se enuentra, sin embargo, en otros autores. *Vid*. Zellenberg, 2017: 134, nota a pie de página núm. 30.

[4] Más recientemente, con ánimo de abogar por la conveniencia de este segundo término, Zellenberg se refiere a la *Inplifchtnahme* en el capítulo dedicado en exclusiva a esta figura que se encuentra en el segundo de los tres tomos de una colección sobre la intervención de sujetos privados en la realización de funciones públicas o estatales; *vid*. Zellenberg, 2017. También se opta por el término *Inpflichtnahme* en Damjanovic, 2017. Las referencias a *Inpflichtnahme* son menos frecuentes en los textos alemanes; un ejemplo se encuentra en Burgi, 2010: 313, núm. marg. 8.

[5] *Vid*. la referencia al uso que hace de este término Forsthoff en Pielow, 2001: 367. *Vid*. también el título en Gause, 1967.

[6] «Überburdung von Verwaltungsobliegenheiten auf Private»; *vid*. Forsthoff, 1953: 151.

[7] *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016; Damjanovic, 2017.

[8] *Vid*. Eichenhofer, 1996; Pielow, 2001; Jarass, 2007; Wissmann, 2009; Pitschas, 2010.

[9] *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016.

[10] *Vid*. von Heimburg, 1982: 38; Drüen, 2012: 11; Zellenberg, 2017: 132.

[11] Forsthoff, 1953: 151.

[12] El título original del capítulo es «Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben».

hasta la fecha elaboraciones sistemáticas de esta realidad[13]; de hecho, el estudio más detallado que existía por aquel entonces se había centrado en obligaciones propias de tiempos de guerra[14]. De lo que se trataba en ese momento era de esbozar el perfil dogmático de un fenómeno que se estaba haciendo más frecuente de la mano del crecimiento del Estado social y que estaba desbordando el ámbito financiero, que era el que había atraído la atención de Ipsen en un primer momento. Su interés en investigar la cuestión estaba inspirado por la cuestión acerca de la compensación de los costes en los que estaban incurriendo las entidades financieras por llevar a cabo tareas adicionales en beneficio del público[15].

El jurista comenzó por plantear las cuestiones fundamentales sobre la *Indienstnahme*; cuestiones que todavía no están resueltas del todo. Sus preguntas se referían, primero, a su naturaleza particular: ¿Qué tipo de obligaciones son las que se generan en una situación de *Indienstnahme*? ¿Qué es lo que diferencia esta situación de otras fórmulas de ejecución de tareas administrativas? ¿Qué ejemplos encarnan esta noción? Segundo, las preguntas pretendían aclarar el esquema de relaciones entre el Estado, el sujeto privado obligado y el beneficiario de las obligaciones de una *Indienstnahme*: ¿Son este conjunto de relaciones de naturaleza jurídico-pública? ¿Procede compensación al obligado por la *Indienstnahme*? ¿Podría la Administración incurrir en responsabilidad frente al beneficiario tercero de las obligaciones impuestas?

En síntesis, la realidad que se captó con la locución *Indienstnahme Privater* es el traslado a manos privadas *ope legis* de lo que en el Derecho público alemán se conoce por funciones o tareas del Estado (*Staatsaufgaben*), incluidas también las funciones o tareas administrativas (*Verwaltungsaufgaben*)[16]. El traslado está justificado por razones de eficacia y eficiencia: bien porque no se cuenta con recursos públicos suficientes, bien porque se quiere optimizar los existentes[17]. La *Indienstnahme* se ha de ver como una puesta en servicio imperativa de la capacidad privada para el bien común que implica el que el sujeto obligado deba cumplir una función que le correspondería a los poderes públicos. *«Abwälzen»* (transferir, trasladar) es el verbo que se empleaba para identificar lo que ocurre con la responsabilidad del Estado sobre sus tareas[18]. De este modo, el sujeto privado pasa a desarrollar una serie

---

[13] El único precedente al que se refería el autor era un capítulo escrito en 1943 sobre las obligaciones de servicio y prestación de los alemanes. *Vid*. Ipsen, 1950: 141, nota a pie de página núm. 2.

[14] *Vid*. Weber, 1943.

[15] *Vid*. Drüen, 2012: 12.

[16] *Vid*. Fernández Gaztea, 2023.

[17] *Vid*. Ipsen, 1950: 141.

[18] *Ibid*., 141, 145.

de funciones añadidas que guardan cierta conexión material[19] con las que realiza habitualmente y que, de no realizarlas él, las tendría que realizar el Estado por sí mismo[20]. Cuando la persona obligada actúa para cumplir las funciones que se le asignan lo hace como sujeto de Derecho común, y no como lo haría un privado al que se le ha cedido potestad pública para actuar en el tráfico por medio de actos administrativos[21]. Hasta donde este autor llega, ni Ipsen, ni la literatura adscriben la *Indienstnahme* a un credo político particular, a pesar de que optar por ella es una decisión con cierta relevancia organizativa, y, como tal, no es neutra políticamente[22]. Se podría suponer que quien espere que un poder público asuma en primera persona todas las tareas que le corresponden tendrá reparos frente la *Indienstnahme*. También sería de esperar cierta oposición ideológica desde posiciones que tienden a rechazar toda intromisión en la libertad individual.

En las situaciones de *Indienstnahme* se da una relación jurídica triangular que comprende al Estado, al sujeto obligado, y al que se beneficie de la acción del segundo. El contenido de estas relaciones no se puede precisar solo con las previsiones de la ley que crea la *Indienstnahme*, para lo cual Ipsen sugirió recurrir a los principios del Derecho, al Derecho administrativo no escrito[23], y a la recién aprobada Ley Fundamental (en adelante también, la LF).

Llegó a la conclusión de que, en la situación de *Indienstnahme,* la persona obligada se encuentra en una relación jurídico-pública nacida de imperativo legal, que no es equiparable a aquella que nace de un contrato o concesión[24], y que tampoco es equiparable a una relación de sujeción especial como la de un funcionario[25]. Esa persona tendrá que realizar una serie de tareas con los medios de los que dispone habitualmente[26]. En tanto que la obligación no se le impone por medio de un acto administrativo, no está en sus manos impugnarla por vía de una pretensión de impugnación (*Anfechtungsklage*)[27]. Más bien, el único mecanismo de reacción directa que tiene a su disposición es la pretensión de que se declare la vigencia de la obligación que sobre ella recae por medio de la acción específica (la *Feststellungsklage*)[28]. La na-

---

[19] *Ibid*., 150.

[20] *Ibid*., 148.

[21] *Ibid*., 143, 144; von Heimburg, 1982: 39.

[22] Sobre el carácter político de las decisiones organizativas, *vid*. Schmidt-Assmann, 2023: 208-211. Es de ayuda la traducción española a la primera edición de 2013 que se encuentra en Schmidt-Assmann, 2021: 273-277. En este aspecto las ediciones alemanas de 2013 y 2023 no varían, por lo que la traducción española de la edición de 2013 sigue vigente.

[23] *Ibid*., 154.

[24] *Ibid*., 151.

[25] *Ibid*., 153.

[26] *Ibid*., 150.

[27] *Ibid*., 149-150.

[28] *Ibid*.

turaleza jurídico-pública de la relación implica el que los órganos de las Administraciones estén facultados para supervisar el cumplimiento de las obligaciones impuestas y para, en su caso, forzar su cumplimiento[29]. En tal eventualidad, la persona obligada sí que tendría a su disposición acción contra los actos administrativos dictados[30].

La *Indienstnahme* no despoja de su estatuto de sujeto de Derecho común[31] al obligado, lo que indica que la actividad que desplegará para satisfacerla y la relación que compartirá con los beneficiarios de su actividad se regirán por este. Ipsen analizó varios supuestos[32] antes de concluir que, por regla general, la ley, efectivamente, recurre al Derecho común para configurar la relación entre privado obligado y tercero beneficiario [33]. En concreto se detuvo en la relación entre los institutos privados de crédito y los clientes que querían compensar sus títulos valores, así como en la relación que existe entre una institución financiera o compañía aseguradora y los clientes cuyos tributos se han de retener. Entendía que las pretensiones que pudiera tener un obligado frente a los beneficiarios de su actividad —p. ej., en relación con el cobro de aquellos costes que la ley hubiera trasladado a los beneficiarios— se rigen, primero, por lo que establezca la ley creadora de la *Indienstnahme* y, en su defecto, por el Derecho común[34]. Lo entendía así también respecto del cauce procedimental para hacerlas efectivas[35].

Se podría pensar que el autor defendería que en los supuestos que se dan en la dirección inversa, es decir, cuando un beneficiario exige responsabilidad por la ejecución de la *Indienstnahme*, no regirían las reglas sobre la responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, no es así. Regirían primero las normas de Derecho común si así lo preveía la norma de la que surgía la *Indienstnahme*[36], como en el caso del art. 51 de la ley sobre transacciones de títulos-valores[37], pero no debería descartarse la responsabilidad del Estado. Apoyaba su argumento en el hecho de que alguna sentencia puntual había reconocido tal responsabilidad del Estado por actos de personas privadas que no eran sujetos de una relación de servicio o de sujeción, pero que habían asistido a este en el desempeño de sus planes[38].

---

[29] *Ibid*., 151.
[30] *Ibid*., 152.
[31] *Ibid*., 151.
[32] *Ibid*., 159-160.
[33] *Ibid*., 160.
[34] *Ibid*.
[35] *Ibid*.
[36] *Ibid*., 161.
[37] *Wertpapierbereinigungsgesetz* del 20 de julio de 1949, que se podría entender como ley sobre las transacciones de títulos valores, y que tenía por objeto instaurar un sistema o red de pago y compensación entre entidades para posibilitar este tipo de operaciones.
[38] Ipsen, 1950: 161, nota a pie de página núm. 37.

La cuestión —¡importante!— de la compensación por los costes incurridos fue también objeto de las primeras consideraciones. A este respecto, explicaba Ipsen que el perjuicio patrimonial generado por las obligaciones no tiene la misma naturaleza que una expropiación o privación de bienes[39]; figuras que operan más bien sobre una distinción clara entre poder público y esfera privada[40]. La contraprestación o remuneración que cabe esperar por la realización de tareas en el marco de una *Indienstnahme* es, por tanto, distinta a un justiprecio[41]. No obstante esta matización, razonaba que la puesta en servicio de los medios de la persona privada obligada implica una injerencia en su derecho de propiedad comparable a la que causa la expropiación o privación, y que esta debe ser objeto de contraprestación compensatoria[42].

El razonamiento proponía considerar una serie de parámetros antes de llegar a una conclusión acerca de la posibilidad de exigir una compensación. En concreto, invocaba el principio en virtud del cual no se puede pedir a los ciudadanos que soporten cargas particulares[43]. Se mencionaban también: el hecho de que, en principio, es el Estado quien debería asumir la tarea que se le exige a las personas obligadas, y que, estas segundas, en realidad, le sustituyen en su posición[44]; la interpretación que hasta la fecha se venía haciendo de las leyes que regulaban situaciones análogas[45]; el argumento de Derecho civil de que el proveedor en una relación comercial tiene derecho a compensación por su prestación[46], y; el carácter necesariamente limitado de cualquier intromisión del poder público en los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 1 a 19 de la Ley Fundamental; en especial se aludía a la prohibición de trabajo forzoso del art. 12.2. Se tenía por relevante a estos efectos el hecho de que la propia configuración legal de la *Indienstnahme* en cuestión prevea una compensación, como ocurre, p. ej., cuando los beneficiarios de la acción que lleva a cabo la persona obligada tienen la obligación de satisfacerle una contraprestación[47]. A efectos de determinar si procede una compensación a estas personas, se ha de tener en cuenta la circunstancia de si las obligaciones de la *Indienstnahme* les reportan algún beneficio, en cuyo caso tales

---

[39] *Ibid*., 156.
[40] *Ibid*.
[41] *Ibid*.
[42] Ipsen, 1950: 156.
[43] *Ibid*., 157.
[44] *Ibid*.
[45] Hacía referencia a una interpretación aceptable, desnazificada, de la *Reichsleistungsgesetz* del 1 de septiembre de 1939. En el texto se hace referencia a las obligaciones que recaían sobre las empresas del art. 3.
[46] Se refería al art. 675 del Código Civil.
[47] Ipsen, 1950: 158.

obligaciones son equiparables a una tasa para compensar beneficios o servicios (una *Vorzugslast*)[48].

Como ejemplos de *Indienstnahme* se identificaron obligaciones de carácter tributario y laboral como, p. ej., la obligación de retener cantidades de la nómina de los trabajadores y abonar sus cuotas de la seguridad social[49], la de retener rendimientos de capital e indemnizaciones de seguros, o la de retener cantidades a cuenta del impuesto de sociedades, de transporte, o del mercado de capitales[50]. En estos casos la finalidad de la *Indienstnahme* es simplificar y asegurar el pago de esos impuestos. Como ejemplo más reciente en el tiempo se ponían las obligaciones de las instituciones de crédito que tenían por objetivo acelerar el recambio de la divisa obsoleta, o las dirigidas a instaurar un sistema de transacciones de títulos valores (p. ej., la obligación de compensar los títulos de otra institución o la de emitir certificados de disponibilidad)[51]. Sin dedicarle mayor atención en su capítulo, Ipsen apreció que en este último ejemplo (en las obligaciones sobre las operaciones con títulos valores) los costes que asumían los beneficiarios compensarían a las entidades financieras y, por tanto, estas no podían exigir una contrapartida[52]. Entendía que, teniendo en cuenta todo lo anterior, tampoco se debía resarcir a las personas jurídico-privadas obligadas a la deducción y pago de impuestos[53].

El concepto de *Indienstnahme* evolucionó[54].

En la misma década de 1950 la noción aparecería reflejada en la literatura académica. Pronto lo haría también en las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán (en adelante también, el Tribunal Constitucional Federal o TCF). De este modo, se encuentra la expresión literal en un auto de los últimos meses del año 1967[55]; en concreto, en el resumen de los motivos por los que una sociedad dedicada a la actividad financiera alegaba la inconstitucionalidad de una disposición que obligaba a estas entidades a retener parte de los rendimientos de capital de sus clientes. Se leería poco después otra mención a una *Indienstnahme* en un auto —este segundo, más transcendente— que obligaba a las empresas importadoras de hidrocarburos a almacenar cantidades de combustible en prevención de futuras variaciones repen-

---

[48] *Ibid*., 155.
[49] *Ibid*., 147.
[50] *Ibid*., 145-147.
[51] *Ibid*., 147-149.
[52] *Ibid*., 158.
[53] *Ibid*.
[54] Una descripción detallada de la evolución del concepto en la doctrina y jurisprudencia alemanas se puede encontrar en Drüen, 2012: 16 y ss., y en el largo listado de escritos que incluye al comienzo de su monografía en la nota a pie de página núm. 28.
[55] Auto del TCF de 29 de noviembre de 1967 en el asunto 1 BvR 175/66, recogido en el vol. 22 de la colección del tribunal, p. 380.

tinas del precio[56]. Salvo error de este análisis, en Austria el Tribunal Constitucional no mencionaría expresamente el término *Indientsnahme*, ni *Inpflichtnahme,* hasta comienzos de la primera década de los 2000, si bien, es cierto que había analizado situaciones muy similares asimilables al concepto denominándolas con otras expresiones como, p. ej., *Mitwirkung* (cooperación)[57].

El concepto de la *Indienstnahme* se ha difundido, pero a costa de su precisión, como revela el hecho de que se empezara a utilizar para describir realidades muy diversas entre sí[58]. La doctrina alemana se refiere a una ausencia de contornos del concepto[59], y la austríaca afirma que lo único común en las acepciones de la expresión es que en todas existe una obligación que se impone a un sujeto jurídico-privado[60]. Además de las que identificó Ipsen inicialmente, la literatura ha ido subsumiendo en la figura un largo listado de situaciones que afecta a sectores de actividad dispares. En ocasiones las obligaciones que se imponen son de carácter social-prestacional, en otras no. Hasta ahora se ha subsumido en el concepto, al menos: la obligación de contratar trabajadores con algún tipo de discapacidad[61]; la de recopilar información con fines estadísticos para las Administraciones[62]; la de almacenar ciertas cantidades de crudo de petróleo para atenuar el impacto de oscilaciones repentinas del mercado[63]; la de recoger determinados residuos peligrosos y aceites usados[64]; la de reemplazar físicamente los buzones de las casas para facilitar la actividad a todas las empresas que operan en el sector postal[65]; la de realizar lo necesario para proporcionar los servicios universales postal y de telecomunicaciones[66]; la de monitorizar las telecomunicaciones de clientes [67]; la obligación de las compañías aéreas de controlar la identidad de sus pasajeros[68], así

---

[56] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292.

[57] Zellenberg, 2017: 140.

[58] *Ibid*., 133-135.

[59] Drüen, 2012: 46.

[60] Zellenberg, 2017: 135.

[61] *Ibid*., 144.

[62] *Ibid*.

[63] *Ibid*.

[64] *Ibid*.

[65] Esta obligación, que recayó sobre la sociedad pública estatal Österreichische Post AG, tenía por finalidad la de adecuar todos los buzones del país para que el resto de empresas postales pudieran tener acceso a ellos. Era habitual que para acceder a los buzones de las casas se necesitara la denominada llave «Z», que solo esta compañía tenía, impidiendo así de hecho el que otros proveedores de servicios postales pudieran acceder a ellos y, por tanto, desarrollar su actividad en igualdad de condiciones. Por esta razón recayó en esta empresa la obligación de reemplazar buzones en los términos del art. 34 de la ley del mercado de servicios postales.

[66] Zellenberg, 2017: 144.

[67] *Ibid*.

[68] Damjanovic, 2017: 140.

como la de estas y la de los operadores aeroportuarios de protegerse a sí mismos de amenazas terroristas[69]; la de controlar la tenencia del permiso de residencia de los extranjeros que se está transportando dentro del país[70]; la de los titulares de redes sociales de impedir la publicación de contenidos ilícitos[71]; la de los titulares de inmuebles vacíos de tolerar su ocupación para el alojamiento temporal de refugiados[72]; la de asegurar el suministro de luz eléctrica con arreglo a unas condiciones favorables mínimas[73]; la de proporcionar acceso a personas susceptibles de protección a una cuenta básica de pago en condiciones más favorables que las del resto de clientes[74], o; la de transportar gratis viajeros de movilidad seriamente impedida[75].

Hoy la doctrina no se limita a levantar acta de las disparidades de criterio sobre la noción y la confusión subsiguientemente generada[76] y hace por delimitarla. En consonancia con estos esfuerzos, se entiende aquí la *Indienstnahme* como una fórmula particular de cooperación obligatoria con el Estado que consiste en la imposición a un sujeto jurídico-privado de la realización de una serie de funciones o tareas de interés general que son responsabilidad del primero, también de carácter prestacional. Si, como algún autor puntualmente ha propuesto, se redujera la figura a los supuestos en los que se obliga a una persona jurídico-privada a la ejecución de tareas que requieren del ejercicio de potestades unilaterales[77], entonces carecería de sentido acudir a ella para analizar las obligaciones tuitivas.

2. Dos aspectos de la *Indienstnahme Privater*

Interesa reflexionar sobre dos aspectos de este concepto, que se expondrán a continuación.

---

69 Lennartz, 2019: 438.

70 *Ibid*.

71 *Ibid*.

72 Guckelberger *et al*., 2016.

73 Damjanovic, 2017.

74 *Ibid*.

75 Jarass, 2007.

76 No siempre se ha descrito la figura con nitidez. Así, p. ej., puntualmente, la *Indienstnahme* se funde con supuestos en los que sujetos privados asisten al Estado o la Administración en la realización de tareas respecto de las cuales no se ha alterado la responsabilidad de estos últimos (supuestos de *Verwaltungshilfe*), y también se compara la *Indienstnahme* con casos en los que se habilita a sujetos privados al ejercicio de potestades públicas (supuestos de *Beleihung*). *Vid*. Heintzen, 2003: 254 y ss., y Burgi, 1999: 83 y ss.

77 *Vid*. Zellenberg, 2017: 137-138.

2.1. *La modificación en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad*

El primero de ellos es el hecho de que la situación que genera la *Indienstnahme* introduce una novedad en el reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad para satisfacer los intereses generales.

Considerado más pausadamente, en realidad el motivo por el que destaca el hecho de que una entidad financiera esté obligada a abrir una cuenta básica de pago en favor de una persona susceptible de protección social, y no destaque tanto el hecho de que esa misma entidad deba abonar las cotizaciones del seguro social de sus empleados, radica, no en el carácter obligatorio de la apertura de la cuenta básica, ni en su carácter gravoso, ni en su orientación hacia el interés general, pues también el pago del seguro social es obligatorio, gravoso y está dirigido hacia el interés general. La obligación de abrir una cuenta bancaria destaca porque *altera una distribución de roles o funciones entre el Estado y entidades bancarias que se asume como premisa*. Hasta recientemente, se entendía que, mientras que la tarea de abonar las cotizaciones sociales *sí debía ser responsabilidad del empleador*, la de proveer una cuenta bancaria básica porque es algo imprescindible para poder llevar una existencia digna, *debería ser responsabilidad de los poderes públicos y no de una persona jurídico-privada*. Este es el equilibrio preexistente que la creación de una *Indienstnahme* rectifica y actualiza, es la premisa que trastoca. Esta es, por tanto, la profundidad de su calado.

La línea entre Estado y sociedad que la *Indienstnahme* redibuja no tiene de por sí perfiles claros. Se escribió hace ya tiempo que tal límite no se ha de entender como una frontera, sino como una membrana semipermeable a través de la cual una suerte de ósmosis posibilita distintas modalidades de cooperación entre sujetos jurídico-públicos y jurídico-privados[78]. La *Indienstnahme Privater* se debe ver como una más de esas modalidades de cooperación alumbrada en la zona intermedia entre Estado y sociedad.

Tiene sentido, entonces, que el contexto teórico en el que se ha elaborado la noción de *Indienstnahme* sea el de la discusión acerca de los modos del Estado de cumplir con sus cometidos. De acuerdo con el canon explicativo, la noción de *Indienstnahme* encuentra su sitio en el último peldaño de la escala descendente en grado de generalidad que distingue entre fines (*Staatszwecke*), principios u objetivos (*Staatsziele*) y funciones o tareas (*Staatsaufgaben*) del Estado[79]. Es decir, la *Indienstnahme* se discute cuando se trata de las funciones, los cometidos

[78] Ossenbühl, 1971: 144.
[79] *Vid*. Fernández Gaztea, 2023: 97-99.

concretos que se han de llevar a cabo para satisfacer los propósitos u objetivos que fija la Constitución. En concreto, es un modo de procurar una retirada parcial del poder público en un ámbito concreto. La *Indienstnahme* se identifica también como un modo de privatización[80] o de privatización forzosa (*Zwangsprivatisierung*)[81].

De ahí que se haya argumentado que lo verdaderamente significativo en ella es que el Estado da un paso atrás[82], y que sea algo menos significativo el que un sujeto jurídico-privado tenga que asumir una obligación más. La *Indienstnahme* implica que el poder público decide modificar *su* grado de responsabilidad respecto a una de sus funciones o tareas. Cambia de peldaño[83] y pasa, de ser responsable de la ejecución, a ser responsable del marco de la ejecución; pasa a ocupar la posición de garante. En lugar de prestar él mismo, se ocupa de controlar, supervisar, coordinar, y dirigir que otros lo hagan[84].

Es obligado señalar que la reasignación de funciones o responsabilidades que la *Indienstnahme* en sí misma propone es *el primer dato a tener en cuenta cuando se reflexiona acerca de su legitimidad*. Así se deduce aquí del modo de razonar del Tribunal Constitucional Federal, pues este aplica los parámetros de control a las restricciones subjetivas que una *Indienstnahme* implica sobre la base de que, en primer lugar, la reasignación de funciones, tareas o responsabilidades *es admisible porque persigue un propósito legítimo*[85]. La justificación teleológica de la responsabilidad forzada a la que somete a los sujetos privados es la primera pregunta de todas porque subyace al juicio que se hace sobre la proporcionalidad del menoscabo que la *Indienstnahme* en cuestión inflige al principio de igualdad, a la libertad, a la garantía patrimonial, o a la libertad de empresa de los sujetos jurídico-privados obligados. Esta es por su carácter fundamental, quizás, la pregunta más difícil. Es una pregunta que, aunque se puede considerar en abstracto separadamente como se hace aquí, la doctrina judicial no la ha disociado del análisis del impacto de la *Indienstnahme* en la esfera de las personas afectadas.

Trasladado a un supuesto hipotético, esto supondría que si, p. ej., para reducir el desperdicio de alimentos se obligara a las superficies comerciales a suscribir convenios con entidades privadas para hacer operativa la donación gratuita de sus excedentes —en este sentido se

---

[80] Esto se deduce de la ponencia de Ossenbühl en la reunión anual de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado; *vid*. Ossenbühl, 1971. También de las ponencias de Heintzen y Vosskuhle en la reunión de 2002; *vid*. Heintzen, 2003 y Vosskuhle, 2003.

[81] Burgi, 2010: 313, núm. marg. 8.

[82] Weiss, 2002: 47.

[83] La descripción del escalonamiento de los grados de responsabilidad está en Wissmann, 2009, 378.

[84] Weiss, 2002: 291; Pielow, 2001: 453.

[85] Drüen, 2012: 188-191.

está discutiendo ahora en España[86]—, la primera cuestión de todas sería la de si es legítimo involucrar a estas empresas en esta función o tarea que no les correspondía hasta la fecha. La cuestión es jurídica y política, y exige asumir que el legislador goza de inicio de cierto margen[87]. De las resoluciones del TCF no se deduce un modo de razonar metódico y claro para responder, pero sí que es cierto que la doctrina se hace eco de una serie de criterios orientativos[88].

Se admite casi unánimemente que el legislador no puede obligar a la realización tareas que él mismo viene realizando solo con el fin de aligerar la carga que soportan los poderes públicos[89]. La Ley Fundamental no justificaría una merma de derechos y libertades fundamentales si su única finalidad es la de incrementar la eficacia y eficiencia de la Administración[90]. Si lo que se persigue es reducir el presupuesto o redistribuir el peso de las cargas fiscales entre sujetos privados[91], se ha de recurrir a la legislación fiscal. Se entiende también que, tal como se predica respecto de las exacciones fiscales, la cercanía entre la actividad ordinaria de la persona jurídico-privada obligada por la *Indienstnahme* y el contenido material de la obligación que se le impone es relevante (lo que se denomina como *Sachnähe*, proximidad material)[92]. Lo mismo ocurre respecto de la capacidad para desenvolverse con las obligaciones que se imponen. Ambas circunstancias implican mayor responsabilidad.

En consecuencia, a mayor semejanza o cercanía entre la actividad regular del sujeto jurídico-privado obligado y la actividad cuya ejecución se quiere desvincular el Estado o, a mayor capacidad para desarrollarla, más razonable es, más justificado está, hacer corresponsable a ese sujeto privado. Y, en sentido inverso, cuanto más lejos quede de la actividad habitual del sujeto jurídico-privado la actividad de cuya ejecución se quiere desvincular el Estado, o cuanto más difícil le sea satisfacerla, menos justificado está el que el legislador le involucre. Un tercer indicio que habla a favor de la razonabilidad del reclutamiento de una persona privada es el de su participación en un riesgo que se quiere paliar: cuanto más tenga que ver su actividad con ese riesgo, más se le puede exigir que lo asuma ella misma[93]; p. ej., a una compañía aérea

---

[86] Según informa el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, el proyecto de ley prevé esta obligación; *vid*. *https://www.mapa.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-pone-en-marcha-el-proyecto-de-ley-de-prevenci por 100C3 por 100B3n-de-las-p por 100C3 por 100A9rdidas-y-el-desperdicio-alimentario/tcm:30-673097* (consultado por última vez el 23 de marzo de 2024).

[87] *Ibid*., 190.

[88] Drüen, 2012: 193-205.

[89] *Ibid*., 194-200.

[90] *Ibid*., 195-196.

[91] *Ibid*., 196-200.

[92] *Ibid*., 201-203.

[93] *Ibid*., 203-204.

respecto al riesgo de atentados terroristas, o a una red social respecto a su mal uso. De modo similar, otro indicio tiene que ver con cuánto se está beneficiando la entidad privada de una determinada situación, hasta el punto de que se ha justificado la imposición de obligaciones como compensación de una serie de ventajas fiscales; p. ej., en el caso de sociedades que se dedican a la actividad inmobiliaria[94].

De algún modo, estos criterios indican que, a mayor conexión subjetiva, o mayor cercanía de una persona jurídico-privada con una necesidad de interés general, sea por razón de la actividad que desarrolla habitualmente, por su especial capacidad para satisfacerla, porque participa en el riesgo que entraña, o por el beneficio que le pueda acarrear, mayor solidaridad se le exige. Es decir, más justificado está implicarle en esa necesidad de interés general, incluso si se llega a interferir con sus derechos y libertades fundamentales. Viene muy al caso, por tanto, el hecho de si el obligado es ya parte de una relación jurídica en la que participan también aquellos en cuyo favor deba redundar la situación de *Indienstnahme*. La prexistencia de una relación tal no haría más que confirmar la intensidad de la cercanía que se requiere para admitir la redistribución de funciones que una *Indienstnahme* trae consigo.

Hay que añadir que la sensibilidad social a este respecto evoluciona, y que por medio de razonamientos jurídicos imaginativos se le puede acabar encontrando acomodo a un nuevo sentir sobre obligaciones impuestas a personas jurídico-privadas. Muestra de ello es cómo la ley a finales del sig. XIX introdujo la obligación de los empleadores de asumir parte del seguro social obligatorio de los trabajadores[95]. Como explica Fuchs[96], una postura más conservadora abogaba por mantener las responsabilidades de empleador y empleado incomunicadas: que cada uno asumiera sus propios riesgos conforme a la regla de Derecho romano en virtud de la cual solo el dueño, el *dominus*, debe asumir las contingencias que afecten a lo suyo: *Casum sentit dominus*[97]. Sin embargo, el planteamiento se acabó por superar gracias a un razonamiento inspirado en la pandectística[98] que justificaba la corresponsabilidad de empleadores y trabajadores en el futuro del trabajador arguyendo que la necesidad de un seguro social que compense la disminución de la capacidad de trabajo del empleado viene propiciada por la paulatina acumulación en la propia persona del empleado del esfuerzo realizado a lo largo de su vida laboral; y, precisamente, de ese esfuerzo y trabajo origen de esa necesidad de compensación por el seguro es de lo que se ha estado beneficiando el empleador durante ese período de

---

94 *Ibid*., 203.

95 Ley de 22 de junio de 1889 sobre el seguro de invalidez y jubilación (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Alterversicherung*).

96 Fuchs, 2018: 171-174.

97 *Ibid*., 172.

98 *Ibid*., 172. Se atribuye el argumento de la responsabilidad compartida a J. Baron.

acumulación. El futuro del empleado no le puede ser indiferente al empleador porque está fuertemente condicionado por la relación que ambos han tenido a lo largo de los años de trabajo. Obligaciones que se habrían considerado antijurídicamente impuestas, como la de obligar a satisfacer cotizaciones del seguro del trabajador, se acabaron por imponer por la propia ley como una forma de solidaridad obligada[99], hoy anclada en la cláusula de Estado social. Uno de los borradores de la exposición de motivos de aquella ley hacía mención expresa a la noción de solidaridad[100].

Nótese, además, que la redistribución de funciones que introduce una *Indienstnahme* no se limita a reposicionar al Estado y al sujeto jurídico-privado. La *Indienstnahme* tiene que alterar también las reglas sobre la actividad habitual de ese sujeto y sus relaciones con terceros. Trasladado al supuesto hipotético planteado antes, si finalmente se obligara a las grandes superficies comerciales a suscribir convenios de colaboración con entidades privadas que redistribuyen alimentos excedentes, entonces se tendrían que alterar las normas de Derecho privado que rigen para estos convenios, al menos en lo que respecta a la autonomía de las partes para celebrarlos.

Ciertamente, la reinterpretación social de las normas de Derecho privado no es nueva, ni se da únicamente cuando se obliga a la satisfacción de funciones de interés general por medio de un mecanismo como el que aquí se estudia. La llamada de von Gierke a preguntarse cuáles deben ser las funciones o tareas del Derecho privado[101] o la propia expresión de Derecho privado social (*soziales Privatrecht*)[102] son dos testimonios muy puntuales de esta reflexión. Axiomas de Derecho privado como el principio de la autonomía de la voluntad, la igualdad formal de las partes o la facultad de exclusión inmanente al derecho subjetivo han sido alterados en cierto grado[103]. El fenómeno es patente hoy en el Derecho de los consumidores, en los arrendamientos de vivienda o en las normas laborales.

---

[99] La noción de solidaridad es clave en la fundamentación jurídica de las obligaciones que se derivan de la cláusula constitucional de Estado social, también de aquellas con origen en una situación de *Indienstnahme*. Sobre las diversas acepciones del término, incluida la jurídica, *vid*. Thüsing *et al*., 2022.

[100] *Ibid*., 174.

[101] El 5 de abril de 1889, publicado ya el primer borrador del código civil alemán, el insigne historiador y jurista impartió ante la sociedad jurídica de Viena una conferencia sobre la función del Derecho privado en la que profetizaba que el Derecho privado tendría que ser más social o no sería, y en la que reclamaba, por un lado, un Derecho público aireado por la brisa de la libertad individual y, por otro, un Derecho privado engrasado con una gota de aceite socialista. *Vid*. Eichenfofer, 1996: 857.

[102] *Ibid*., Rösler, 2007.

[103] *Vid*. Eichenhofer, 1996; Rösler, 2007.

A pesar de lo sobradamente conocida que sea esta última apreciación, es necesario dejar apuntado que la puesta en servicio forzada para colaborar con el poder público, tal como la *Indienstnahme* la prevé, tiene un efecto sobre las reglas del ordenamiento jurídico-privado que rigen las relaciones de las personas obligadas. Si se puede expresar así, en la *Indienstnahme*, *junto con las personas que se van a corresponsabilizar en el desarrollo de una función de interés general, se recluta también el ordenamiento jurídico-privado en la medida necesaria para hacer posible que esas personas cumplan*.

2.2. *Faceta organizativa*

El segundo aspecto a destacar de la *Indienstnahme* es su faceta organizativa.

Después de leer el texto de Ipsen, pudiera parecer que los obligados en una situación de *Indienstnahme* se integran de algún modo en la organización pública. La razón es que el autor afirmaba que, si no fuera por las empresas obligadas a practicar retenciones y liquidar pagos a cuenta de determinados impuestos, entonces «debería hacerlo la Administración tributaria *sin recurrir a estos sus órganos auxiliares* (*Hilfsorgane*)»[104]. De esta afirmación se podría deducir que cuando estas personas jurídico-privadas actúan en cumplimiento de las obligaciones impuestas lo hacen como órganos del Estado o de la Administración.

Sin embargo, no parece que este sea el caso. Una *Indienstnahme* no modifica la planta organizativa de la Administración, sino, más bien, su responsabilidad sobre determinadas tareas, puesto que se le descarga de su ejecución directa[105]. En contraste con lo que ocurre con la *Beleihung* (el traslado de ciertas potestades a sujetos jurídico-privados), la *Indienstnahme* no es una categoría con relevancia organizativa directa, sino que despliega sus efectos, primero de todo, sobre la relación que existe entre el Estado y el sujeto privado obligado y, en consecuencia, llama la atención, principalmente, sobre la cuestión de la protección de la posición jurídica de ese sujeto privado[106]. La distinción que propone Burgi entre una privatización organizativa y una privatización funcional descansa, precisamente, en esta diferenciación[107]. En las fórmulas del primer tipo, como es el caso de la *Beleihung* o de las entidades jurídico-privadas en mano pública, no se altera la responsabilidad pública, sino

---

[104] Ipsen, 1950: 145-146. La cita literal es: «Ihnen werden gesetzlich Aufgaben der Steuereinbehaltung und -abführung auferlegt, die die Steuerverwaltung ohne Inanspruchnahme dieser ihrer "Hilfsorgane" selbst erledigen müßte».

[105] Burgi, 2010: 324, núm. marg. 31.

[106] Lennartz, 2019: 437.

[107] Burgi, 2010.

la forma de hacerse cargo de esa responsabilidad; lo que cambia es el esquema organizativo. En las fórmulas del segundo tipo ocurre lo contrario, y lo que sufre modificación es el grado de responsabilidad de la Administración respecto de la ejecución de determinadas tareas, no su organización. En esta segunda clase es donde se entiende aquí que se puede incluir la *Indienstnahme*. Si bien, hay que reseñar que la propuesta de Burgi prescinde de la noción de *Indienstnahme* y emplea la de *Verwaltungshilfe*; es decir, toda contribución de sujetos jurídico-privados a la acción de administrar. Apartado del criterio general[108], este autor entiende que el concepto de *Indienstnahme* debe abandonarse[109] porque se trata en realidad de otro supuesto más de asistencia de personas jurídico-privadas a la Administración; su único rasgo distintivo es que tiene su origen en una disposición legal y no en otra fuente de obligaciones, p. ej., en un contrato[110].

Se entiende, en consecuencia, que la posibilidad de imputar la actuación de las personas jurídico-privadas obligadas por una *Indienstnahme* al Estado, y de exigirle responsabilidad, pasa en todo caso por asumir que no se puede considerar esas personas ni como órganos, ni como agentes o representantes suyos, sino como sus sustitutos o reemplazo en el ejercicio de una determinada función o tarea[111].

III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA *INDIENSTNAHME PRIVATER*

1. Planteamiento

Cuando la ley que crea una *Indienstnahme* traslada a personas jurídico-privadas la responsabilidad de realizar funciones o tareas adicionales, está afectando su libertad, y a la vez, está trasladándoles los costes que son necesarios para la ejecución de tales tareas. Esto puede suponer una desigualdad de trato. A la luz de la Ley Fundamental, se corre el riesgo de vulnerar la libertad de profesión del art. 12, la garantía de la propiedad del art. 14, y el principio de igualdad del art. 3. A la luz del Derecho constitucional austríaco, el perjuicio puede causarse a la libertad de actividad económica del art. 6 de la Ley Fundamental Estatal sobre los Derechos Generales de los Ciudadanos[112], a la garantía

---

[108] Entre otros muchos ejemplos, *vid*. Heintzen, 2003: 255 y ss.; Vosskuhle, 2003: 299-300.

[109] *Ibid*., 313, nota a pie de página núm. 32.

[110] *Ibid*., 324 y ss.

[111] Pielow, 2001: 453.

[112] En virtud del art. 149 de la Constitución Federal, sigue en vigor en su versión de 1918 esta ley, la denominada *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die*

sobre la propiedad del art. 5 de la misma ley, y al principio de igualdad de los arts. 7 de la Constitución Federal y 2 de la ley mencionada.

Se podría plantear que la situación viola también la prohibición de trabajo forzoso del art. 12.2 de la LF y el art. 4 del CEDH, pero el recorrido de la tesis es corto porque esta prohibición se concibe como una protección frente a la imposición de trabajos que despojan de su dignidad a las personas sometidas[113]. La doctrina rechaza casi unánimemente[114] calificar las obligaciones de una *Indienstnahme* como objeto del art. 12.2 de la LF[115]. Con una argumentación similar, cuando se le ha planteado esta cuestión al Tribunal Constitucional austríaco, este ha entendido que las obligaciones impuestas por una *Indienstnahme* son obligaciones cívicas habituales, que no cualifican como un tipo de represión inadmisible, y que no son patentemente injustas[116]. Tampoco se admite en Austria que la Indienstnahme viole la prohibición de trabajo forzoso.

Todas estas injerencias en el ejercicio de determinados derechos que una *Indienstnahme* implica requieren de justificación para ser constitucionalmente válidas. Además, se ha de respetar la previsión del art. 33.4 de la LF que, con carácter general, confía el ejercicio de facultades de soberanía a los funcionarios públicos[117]. Como se ha adelantado, antes que nada, la *Indienstnahme* debe perseguir un propósito legítimo que respete el marco general de propósitos y funciones del Estado (los *Staatsziele* y las *Staatsaufgaben*).

2. Sobre la legitimidad de obligar a una persona jurídico-privada a cooperar

El ejemplo de la obligación de los transportistas locales de prestar gratuitamente sus servicios a aquellas personas gravemente impedidas

---

im Reichsrate vertretenen Königsreiche und Länder. Fue sancionada por el emperador Francisco José el 21 de diciembre de 1867 junto con el resto de las leyes que integraban la denominada constitución de diciembre, la *Dezemberverfassung*. Esta última estaba integrada por una serie de leyes de carácter constitucional destinadas a adaptar el imperio habsbúrguico al acuerdo político de equiparación entre las partes austríaca y húngara. Esta ley es la única que sigue en vigor de todas las que formaban aquella constitución. Se puede encontrar una breve explicación en Herrera García, 2011: 11-13.

[113] *Vid*. Jarass, 2007: 107.

[114] P. Kirchhof aboga por una comprensión amplia del trabajo forzoso que incluya las obligaciones derivadas de la *Indienstnahme*. *Vid*. Jarass, 2007: 107, nota a pie de página núm. 24.

[115] *Vid*. Plewa, 1978: 77-79.

[116] Damjanovic, 2017: 142.

[117] «El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público».

en su movilidad y a sus acompañantes sirve para exponer el razonamiento del TCF. Esta obligación se introdujo por medio de un decreto dictado en beneficio de los minusválidos de guerra[118] y, desde entonces, ha sido objeto de adaptación mediante sucesivas modificaciones[119], así como de resoluciones del Tribunal Administrativo Federal y del TCF. La primera revisión de la normativa tuvo lugar en 1965[120] a raíz de una sentencia del Tribunal Administrativo Federal[121], la segunda en 1979 con la aprobación de una nueva ley que extendía la protección a personas que no eran veteranos de guerra[122]. A finales de 1983 la ley de acompañamiento a los presupuestos de 1984[123] actualizó el sistema de compensación previsto para estos transportistas por la ley de 1979. La impugnación de la disposición que se ocupaba de la compensación (el art. 60 de la ley de 1979) fue objeto del auto del TCF de 17 de octubre de 1984, que declaró que esta contravenía parcialmente la Ley Fundamental. El año 2001 el noveno libro del Código Social derogaría la ley de 1979 e incorporaría un sistema de compensación a los transportistas esencialmente igual al anterior. Con efectos de 1 de enero de 2005, se introdujo una reforma a este sistema de compensación[124] que se impugnó. Por medio de auto de 19 de marzo de 2014 se inadmitió el recurso, entre otras razones, por estar infundado[125].

La resolución del TCF de 1984[126] se fundamentó en que la opción de trasladar a los empresarios la obligación de transportar gratuitamente a aquellas personas que no pueden hacerse cargo de su propia

---

[118] Decreto de 23 de diciembre de 1943, publicado en el *RGBl* I de 8 de enero de 1944, núm. 2, p. 5.

[119] La explicación del recorrido histórico se puede encontrar en el Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155.

[120] Mediante la ley sobre el transporte gratuito de inválidos de guerra del servicio de defensa y de otras personas discapacitadas en el transporte local (*Gesetz über die unentgeltliche Beförderung von Kriegs- und Wehrdienstbeschädigten sowie von anderen Behinderten im Nahverkehr*), publicada en el *BGBl* I de 1 de septiembre de 1965, núm. 44, p. 978.

[121] Auto del Tribunal Administrativo Federal de 15 de mayo de 1962 con referencia VII C 36.59, recogido en el vol. 14 de la colección del tribunal, p. 160.

[122] Mediante la ley sobre el transporte gratuito de personas gravemente discapacitadas en el transporte público *(Gesetz über die unentgeltliche Beförderung Schwerbehinderter im öffentlichen Personenverkehr)*, publicada en el *BGBl* I de 17 de julio de 1979, núm. 38, p. 989.

[123] Ley sobre medidas para aliviar los presupuestos públicos y sobre la estabilización de la evolución financiera del seguro de pensiones así como sobre la prolongación de la exacción por ayuda a la inversión (Ley de acompañamiento de 1984) *[Gesetz über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitsgesetz 1984)]*, publicada en el *BGBl* I de 24 de diciembre de 1983, núm. 53, p. 1532.

[124] Ley de 21 de marzo de 2005 sobre la simplificación del procedimiento administrativo en el ámbito del Derecho social *(Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht)*, publicada en el *BGBl* I de 29 de marzo de 2005, núm. 18, p. 818.

[125] Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10.

[126] Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155.

movilidad es constitucionalmente válida [127]. El auto no reparó en si es razonable o legítimo que, para esta tarea o función en concreto, el Estado reprograme su responsabilidad y le traslade parte a personas jurídico-privadas. De hecho, el tribunal comenzó por afirmar que la constitucionalidad de esta *Indienstnahme* en cuestión debía medirse teniendo en cuenta los arts. 12.1 (derecho al libre ejercicio de la profesión) y 3 (principio de igualdad). El tribunal no cuestionó la decisión del legislador de obligar a los transportistas. Esto es, su atención se dirigió a dilucidar si la intromisión en la libertad e igualdad de estos transportistas era tolerable, habiendo dado por supuesto que se les puede compeler a hacerlo. Los límites que se marcaron son de carácter subjetivo (los derechos de las personas cuyos derechos se afectan) partiendo de que se respetan los objetivos (la razonabilidad y fines del reajuste de responsabilidades públicas). Este modo de discurrir se repitió en un auto de 2014 [128] y es el que se puede apreciar también, p. ej., en las decisiones que reconocen la constitucionalidad de obligar a instituciones financieras a retener y deducir plusvalías de capital mobiliario [129], o la constitucionalidad de obligar a hosteleros a recaudar e ingresar impuestos locales por pernoctación turística [130].

Sin embargo, cuando el tribunal analizó la constitucionalidad de la ley que obligaba a las empresas del sector a mantener almacenada una cantidad mínima de derivados del petróleo [131], sí que se detuvo en analizar la constitucionalidad del reclutamiento desde un punto de vista más objetivo y reflexionó acerca de la razonabilidad de trasladar una responsabilidad allende la organización de las Administraciones públicas. Proclamó que la opción del legislador por el reclutamiento de sujetos jurídico-privados no es inconstitucional de por sí [132], y recurrió, como se ha explicado arriba, a indicios que hablaran de la razonabilidad de la decisión.

---

[127] *Ibid*., C I.

[128] Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10.

[129] Auto del TCF de 29 de noviembre de 1967 en el asunto 1 BvR 175/66, recogido en el vol. 22 de la colección del tribunal, p. 380.

[130] Auto del TCF de 22 de marzo de 2022 en los asuntos 1 BvR 2868, 2886, y 2887/15, y 354/16.

[131] Ley de 9 de septiembre de 1965 sobre el almacenamiento mínimo de derivados del petróleo (*Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen*), publicada en el *BGBl* I de 14 de septiembre de 1965, núm. 49, p. 1217.

[132] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en los asuntos 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292, § 57. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Constitucional de Austria. Las referencias a las resoluciones se pueden encontrar en Damjanovic, 2017: 144, nota a pie de página núm. 91; entre otras, p. ej., la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de marzo del 2000 en el asunto G141/99 ua, recogida en la p. 15773 de la colección del tribunal de ese año.

En concreto, se detuvo en el tipo o contenido de la función o tarea que se trasladaba a las empresas privadas[133]. ¿Se estaba trasladando a sujetos jurídico-privados tareas que solo le corresponde al Estado hacer? En este caso la respuesta era no, porque las tareas en sí consistían en adoptar determinadas decisiones de tipo empresarial y no en un ejercicio de soberanía. ¿Era la tarea que se trasladaba de interés general? Sí, porque el almacenamiento podía amortiguar el impacto en la economía de la república de fluctuaciones inesperadas en el mercado internacional de crudo. ¿Estaban estas tareas al alcance de las empresas obligadas? Sí, porque se trataba de medidas que las empresas ya adoptaban en su actividad ordinaria, pero que eran novedosas en cuanto que se orientaban a la consecución del interés general tal como la ley lo definía. Se podría oponer que la ley victimizaba estas empresas por dispensarles un trato particularmente gravoso y desigual en comparación con el resto de sujetos, pero este trato desigual se puede sostener si es proporcionado, y se entiende que lo es si concurren circunstancias que justifican el nuevo de reparto de responsabilidades entre Estado y sociedad que se impone con la *Indienstnahme*. Estas circunstancias incluyen las que se han apuntado en el apartado anterior: propósito o *telos* de las obligaciones impuestas (¿Se trata solo de aligerar las cargas públicas?), proximidad material entre la actividad del sujeto y las obligaciones impuestas (*Sachnähe*), y conexión en sentido amplio entre estas últimas y la esfera subjetiva de los obligados.

3. Sobre la injerencia en determinados derechos subjetivos

El TCF se ha detenido igualmente en la merma que supone una *Indienstnahme* en los derechos y libertades de las personas jurídico-privadas obligadas. Se ha centrado en el libre ejercicio de la profesión, en la protección de la garantía patrimonial, y en el principio de igualdad. El análisis pasa por juzgar si las restricciones impuestas se adecuan al principio de proporcionalidad. El razonamiento del Tribunal Constitucional austríaco es esencialmente el mismo[134].

El TCF entiende, en primer lugar, que la obligación que se impone a un transportista de desplazar gratuitamente a personas seriamente impedidas es una restricción al libre ejercicio de la profesión[135], aunque se prevea una compensación por hacerlo. Afirma que esta obligación no condiciona el acceso a la profesión en tanto que no constituye una barrera que impida su elección como modo de vida, ni tampoco hace

---

133 *Ibid*.

134 *Vid*. Zellenberg, 2017: 159.

135 Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155, C I. Auto del TCF de 19 de marzo de 2014 en el asunto 1 BvR 1417/10, B II., § 17.

fácticamente imposible su ejercicio[136]. Más bien, lo que se condiciona es el ejercicio de una actividad profesional ya elegida, razón por la cual las obligaciones que se imponen son equiparables a las que implica la regulación del ejercicio de la profesión.

En línea con la doctrina preexistente, el TCF admite tales restricciones si existen razones de interés general de suficiente peso, si las restricciones establecidas son el medio adecuado y necesario para alcanzar ese interés, y si, ponderado el perjuicio de la injerencia con los motivos que se persigue, se está dentro de los límites de lo razonable[137]. Es decir, se admiten si son proporcionadas. Y este fue el caso de la obligación de transportar a personas impedidas que recae sobre empresarios de ámbito local. El tribunal entendió que estaba justificada porque se trataba de perseguir un objetivo socialmente justificado, la medida era adecuada y necesaria puesto que no cabía alternativa, y razonable[138]. En pronunciamientos más recientes, como, p. ej., el que recayó sobre la obligación de recaudar una tasa turística, se ha argumentado de un modo idéntico, justificándose la injerencia en el ejercicio de la profesión sobre la base de que era adecuada, necesaria y razonable[139].

En segundo lugar, el TCF se plantea hasta qué punto es constitucionalmente admisible el perjuicio económico que causa una *Indienstnahme*.

En este punto doctrina académica y judicial divergen[140]. El TCF *no* se ha pronunciado con carácter general en línea con manifestaciones como la de Ipsen de que el coste económico que las obligaciones derivadas de una *Indienstnahme* requieren de compensación[141] o la de Depenheuer de que la solidaridad exigible al ciudadano debe quedar ceñida estrictamente a las obligaciones fiscales y que lo que de ahí exceda debe compensarse con cargo al presupuesto público[142]. Por ejemplo, respecto de la obligación de almacenamiento de crudo que se impuso a las empresas dedicadas a su importación, el tribunal afirmó que el legislador no está constitucionalmente obligado a adoptar medidas positivas para proteger a esas empresas de una pérdida de rentabilidad, sino que bastaba para salvar la constitucionalidad de la norma el que no se les impidiera poder adoptar medidas para evitar o paliar la dis-

---

136 *Ibid*., C I. 1.

137 *Ibid*., C I. 2.

138 *Ibid*.

139 Auto del TCF de 22 de marzo de 2022 en los asuntos 1 BvR 2868, 2886, y 2887/15, y 354/16, §§ 149-151.

140 *Vid*. Drüen, 2012: 19-26.

141 *Vid*. el apartado II. 1. de este capítulo.

142 Esta tesis está mencionada en Zellenberg, 2017: 161; *vid*. la nota a pie de página núm. 208. El propio Depenheuer alude a esta idea en Depenheuer, 2007: 54.

minución de rentabilidad[143]. La pregunta crucial para el tribunal es si la ley impide a los obligados poner los medios para salvar el perjuicio que les causa la obligación impuesta, no si se ha creado un mecanismo de compensación. En este caso concreto, la ley no impedía repercutir los costes a los consumidores[144].

El razonamiento del tribunal sugería una apreciación que ya se ha hecho: es del todo determinante la conexión o cercanía que exista entre la obligación que el interés general demanda (en este caso el almacenamiento) y la actividad habitual del obligado (importar estos productos). De por sí, el hecho de conocer de cerca una actividad en la que el interés general está especialmente en juego, es decir, el que exista una relación más intensa entre una necesidad de interés general y la esfera subjetiva de determinados sujetos, es suficiente para que el tribunal deje recaer sobre esos sujetos y a su costa una responsabilidad adicional, incluso si se pone en entredicho la rentabilidad que hasta la fecha venían obteniendo. Podría bastar para salvar la proporcionalidad de lo exigido el que los obligados tengan la libertad de tomar medidas para acomodar el impacto económico de las obligaciones que se les impone. Este razonamiento estaba contenido en la frase que afirmaba que «El almacenamiento de productos petrolíferos no es una actividad ajena por completo a la actividad de los importadores de petróleo»[145].

En casos excepcionales, sin embargo, para que se puedan considerar como proporcionadas determinadas restricciones de intensidad alta, al legislador no le quedará más alternativa que compensar económicamente a los obligados; por esta razón decidieron hacerlo así los parlamentos de Bremen y Hamburgo al autorizar la confiscación de inmuebles vacíos para alojar a refugiados y solicitantes de asilo[146]. A pesar de que la indemnización no debe ser el medio ordinario de asegurar que una restricción al derecho a la propiedad privada respete la garantía patrimonial del art. 14.1 LF, cuando no quede alternativa, la indemnización puede ser el modo adecuado de salvar la proporcionalidad de tal restricción[147].

El tribunal lo expresó en este sentido cuando se le preguntó acerca de la ley de Renania-Palatinado sobre protección y mantenimiento de monumentos histórico-culturales en relación con un supuesto en el que el titular de un inmueble susceptible de protección no podía darle uso, no podía demolerlo, y tenía que hacer frente a cuantías muy sus-

---

143 Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292, §§ 92-93.

144 *Ibid*., § 93.

145 *Ibid*., § 91.

146 El ejemplo se desarrolla en el apartado siguiente.

147 Auto del TCF de 2 de marzo de 1999 en el asunto 1 BvL 7/91, recogido en el vol. 100 de la colección del tribunal, p. 226, §§ 95-98.

tanciales para mantenerlo en el estado que exigía la normativa[148]. La compensación era una alternativa razonable en este caso, la otra era autorizar la demolición del monumento[149]. El tribunal optó por dar un plazo al legislador para que ajustara a la Ley Fundamental la norma que preveía la compensación económica (el art. 31)[150] y expuso los requisitos que una norma que prevé una compensación a una restricción a la propiedad privada debe satisfacer: la norma debe emanar de un parlamento y debe ser de carácter legal[151]. Dicha norma no debe limitarse a asegurar que el propietario recibe una cantidad pecuniaria, sino que debe tratar de salvar la utilidad privada del bien en la medida de lo posible[152]. La Administración que ejecute la restricción y que compense debe hacerlo previa ponderación de la proporcionalidad de su actuación, tal como tiene que hacer el legislador al dictar la norma que establece la restricción y su compensación[153].

Debe señalarse que, desde que el tribunal dictara el auto sobre la obligación de almacenar derivados del crudo, el perjuicio económico causado por una *Indienstnahme* se concibe como vulneración de la libertad de ejercicio de una profesión y no de la garantía patrimonial, cuando lo que se está afectando es una rentabilidad o beneficio todavía por llegar[154]. Es cierto que, inicialmente, el tribunal enfocó la problemática como una posible vulneración de la garantía patrimonial[155]. Después, sin embargo, adoptó la fórmula doctrinal que distingue entre la protección de lo adquirido, es decir, la protección del *objeto*, del resultado de una actividad ya ejecutada (protegido por el art. 14.1 LF), y la protección de la acción o *actividad personal* de adquirir (protegida por el art. 12.1 LF). Para que se pudiera apreciar una vulneración de la garantía patrimonial, por tanto, las obligaciones aparejadas a la *Indienstnahme* deberían perjudicar posiciones patrimoniales ya adquiridas. De ahí que, cuando el tribunal se planteó la constitucionalidad del sistema de compensación que la ley establecía para los empresarios que transportaban gratuitamente a personas seriamente impedidas, lo hizo a la luz del art. 12.1 de la LF (libre ejercicio de la profesión).

Hay un tercer límite que menciona repetidamente el tribunal: el principio de igualdad. Su centralidad se aprecia también en las resolu-

---

148 Auto del TCF de 2 de marzo de 1999 en el asunto 1 BvL 7/91, recogido en el vol. 100 de la colección del tribunal, p. 226.

149 *Ibid*., §§ 107-108.

150 *Ibid*., § 105.

151 *Ibid*., § 100.

152 *Ibid*., § 101.

153 *Ibid*., § 102.

154 *Vid*. Drüen, 2012: 21.

155 Auto del TCF de 24 de septiembre de 1965 en el asunto 1 BvR 228/65, recogido en el vol. 19 de la colección del tribunal, p. 119.

ciones sobre situaciones de *Indienstnahme* del Tribunal Constitucional austríaco[156].

Precisamente fue por quebrar el principio de igualdad que el TCF apreció que el sistema de reembolso vigente hasta el 31 de marzo de 1984 para compensar a los empresarios obligados a transportar gratuitamente a inválidos no se ajustaba a la Ley Fundamental[157]. El sistema preveía una compensación para las empresas de transporte calculada sobre un único porcentaje fijado previamente para cada *Land* que se aplicaba a los ingresos totales del ejercicio de cada empresa. Para aquellas empresas que, por alguna razón, tuvieran que transportar gratuitamente un porcentaje inusualmente alto de viajeros de este tipo, no estaba previsto un procedimiento que permitiera reclamar la diferencia entre esta indemnización calculada a tanto alzado y el perjuicio económico real que estaban sufriendo. Este era el caso de las empresas de transporte que operaban en zonas turísticas de recreo y descanso. Estas tenían que transportar gratuitamente a un número inusualmente elevado de esta clase de viajeros en comparación con las empresas que operaban en lugares que no eran de recreo y a los que no acudía un número tan elevado de personas con necesidades especiales de movilidad. El tribunal apreció que con esta diferencia en la compensación se había creado una desigualdad injustificada dentro de la profesión[158] que estaba deslegitimando la restricción al libre ejercicio de la profesión que el transporte gratuito constituía en sí. Para que el sistema de compensación establecido fuera conforme a la Ley Fundamental, se debía incorporar un cauce especial para compensar a las empresas que se veían obligadas a soportar una excesiva onerosidad.

Fue también por vulnerar el principio de igualdad que el TCF apreció que la obligación de mantener un mínimo de productos derivados del crudo impuesta a los importadores «independientes» (los que no son grandes empresas del sector ni refinerías) no se ajustaba a la Ley Fundamental[159]. La obligación introducía una desigualdad en el seno de la profesión del comercio de hidrocarburos en perjuicio de este grupo de empresas. A estas últimas se les obligaba a una carga desproporcionadamente pesada en comparación con las otras empresas de la profesión que suponía un trato igual a situaciones desiguales (la de las grandes empresas y la de las empresas independientes). En último término, esta desigualdad no justificada constituía una restricción ilegítima al libre ejercicio de su profesión protegido por el art. 12.1 LF[160].

---

[156] *Vid*. Damjanovic, 2017: 143.

[157] Auto del TCF de 17 de octubre de 1984 en el asunto 1 BvL 46/83, recogido en el vol. 68 de la colección del tribunal, p. 155, C.

[158] *Ibid*., C II.

[159] Auto del TCF de 16 de marzo de 1971 en el asunto 1 BvR 52/66, recogido en el vol. 30 de la colección del tribunal, p. 292.

[160] *Ibid*., §§ 116-125.

IV. TRES EJEMPLOS DE OBLIGACIONES TUITIVAS COMO EXPRESIONES EN EL ÁMBITO SOCIAL DE UNA SITUACIÓN DE *INDIENSTNAHME PRIVATER*

Como se sugería al comienzo de este capítulo[161], el contenido concreto de una situación de *Indienstnahme* puede ser tan variado como lo es el interés general en sí, motivo por el cual no parece desacertado comprender dentro de esta noción las obligaciones tuitivas. Invita a hacerlo el dato de que más de un texto califique situaciones en las que se imponen obligaciones de finalidad social como de *Indienstnahme*[162].

Este ha sido el caso de múltiples obligaciones; por ejemplo: de las obligaciones de notificación y retención que se imponen a los empleadores respecto de las obligaciones sociales y laborales de sus trabajadores[163], de las que tienen que ver con la contratación de personas discapacitadas[164], de la de transportar gratuitamente personas inválidas[165], de las que tienen por propósito garantizar un suministro básico de electricidad a consumidores vulnerables[166], de las obligaciones que facilitan el acceso a una cuenta bancaria básica de pago a personas vulnerables[167], o de la obligación de tolerar la confiscación temporal de un inmueble vacío para el alojamiento de refugiados[168]. Es más, tres de estos supuestos han sido objeto de estudio asumiendo como válida su calificación como situaciones de *Indienstnahme*[169]. En los tres, esta noción y su elaboración doctrinal son un atajo que conduce rápido al fondo de su problemática jurídica. Merece la pena sintetizar los supuestos en los propios términos de la doctrina de la *Indienstnahme* para mostrar lo conveniente que es esta categoría para el estudio de las obligaciones tuitivas.

Los dos primeros supuestos se traen de la jurisdicción austríaca, el tercero de la alemana. Los dos primeros son consecuencia de la transposición de normativa de la Unión Europea incorporada también al ordenamiento español y a la que se hace referencia en el capítulo III de este libro; se corresponden con las obligaciones que se imponen a los operadores de la red con el fin de garantizar un suministro eléctrico básico, y las que se imponen a instituciones financieras para garantizar

---

161 *Vid*. los párrafos iniciales del apartado II.

162 Es el caso en Jarass, 2007, Guckelberger *et al*., 2016, o Damjanovic, 2017.

163 *Vid*. Fuchs, 2018.

164 *Vid*. Zellenberg, 2017: 144, nota a pie de página núm. 98.

165 *Vid*. Jarass, 2007.

166 *Vid*. Damjanovic, 2017: 130-135.

167 *Ibid*., 136-141.

168 *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016.

169 En el tercero de los ejemplos la referencia es al sinónimo *Inpflichtnahme*; *vid*. Damjanovic, 2017: 1093.

el acceso a una cuenta de pago a consumidores vulnerables. El tercer supuesto se refiere a la posibilidad de confiscar de bienes inmuebles vacíos para el alojamiento urgente de refugiados.

1. Las obligaciones de garantizar un suministro eléctrico básico y de garantizar el acceso a una cuenta bancaria básica a consumidores vulnerables en la legislación austríaca[170]

Las normas de la Unión Europea sobre el mercado de la electricidad y sobre cuentas de pago ordenaron la adopción de una serie de medidas de protección de los consumidores fundamentadas en la decisión de los Estados Miembros de promover a través de la Unión el progreso social[171], el valor de la solidaridad[172], una economía social de mercado[173], así como de combatir la exclusión social[174]. Estas normas estaban y están contenidas en dos directivas: en la Directiva 2009/72/CE (derogada y reemplazada por la Directiva (UE) 2019/944) y en la Directiva 2014/92/UE (en vigor). En Austria su trasposición se hizo efectiva por medio de dos leyes federales: la ELWOG[175] y la VZKG[176], ambas en vigor.

Con el fin de asegurar el acceso de todos a la energía eléctrica, el art. 77 de la ELWOG obligó a los operadores de red a proporcionar un suministro básico o mínimo de electricidad a todo consumidor que lo solicite, también si ese consumidor se encontrara en situación de impago, y sin que se pudiera exigir al consumidor solicitante la constitución de garantías, ni pagos anticipados, por una cantidad superior a una cuota mensual[177]. La obligación de los operadores de red de prestar el suministro básico no exonera a los consumidores del pago del suministro, pudiendo un operador incluso desconectar físicamente de la red a un consumidor cuando incurra en su primer impago una vez en marcha el suministro básico solicitado, salvo que este último se hubiera comprometido a pagar por adelantado[178]. Estas no son las únicas disposiciones de la ley diseñadas para proteger a los consumidores, pero sí son las que más sacrificio exigen de los operadores de red; es decir las más gravosas de entre las que protegen a un tercero: las más tuitivas.

---

170 El texto indispensable para este análisis es Damjanovic, 2017.

171 Preámbulo del Tratado de la Unión Europea (TUE).

172 Artículo 2 TUE.

173 Artículo 3.3 TUE.

174 Artículo 3.3 TUE.

175 Ley del mercado y organización de la energía eléctrica de 30 de noviembre de 2010 (*Elektrizitätswirtschafts- und organisationsgesetz*).

176 Ley de cuentas de pago para consumidores (*Verbraucherzahlungskontogesetz*) de 28 de abril de 2016.

177 Artículo 77.1 y .4 ELWOG.

178 Artículo 77.4 ELWOG.

En la misma dirección apuntan algunas de las disposiciones de la VZKG, que, tienen por propósito, entre otros, evitar que los denominados consumidores susceptibles de especial protección social y económica, o vulnerables[179], queden privados del acceso a una cuenta bancaria que les permita recibir cobros y ordenar pagos. En consonancia con la directiva que transpone, esta ley reconoce a todo consumidor que resida legalmente en la Unión, independientemente de cuál sea el sitio en el que lo haga, el derecho a abrir y utilizar una cuenta de pago con funciones básicas en una entidad de crédito con sede en Austria[180]. La VZKG también prohíbe el que las entidades de crédito puedan impedir el acceso a dicha cuenta por motivos que impliquen una discriminación injustificada[181]. Las únicas razones que permiten rechazar una solicitud de apertura de cuenta de pago se reducen a dos: que el consumidor solicitante ya tenga abierta una cuenta de ese tipo en otra entidad en Austria, o que esté pendiente contra él un procedimiento penal por un delito doloso del cual resulte un perjuicio a la entidad de crédito a la que le está solicitando la apertura de la cuenta, o a uno de sus empleados[182]. Para los grupos de consumidores susceptibles de especial protección social y económica, esta ley preveía que la cantidad máxima que a estos se les puede cobrar no puede superar la mitad de la cantidad máxima que se puede cobrar a otros consumidores; es decir, no puede superar 40 euros en lugar del máximo de 80 euros aplicable con carácter general[183].

Se puede trasladar a estas obligaciones tuitivas el esquema doctrinal de la *Indienstnahme*[184]. Se concluye rápido que lo que subyace es que la responsabilidad específica de satisfacer determinadas tareas o funciones que las directivas le asignan a la República de Austria con carácter vinculante, esta las descarga sobre personas jurídico-privadas

---

[179] Nótese que en las versiones de lengua alemana de las normas el término que se emplea para denominar lo que en español se identifica como vulnerable es el de consumidor necesitado o susceptible de protección (*schutzbedürftig*), pero no un término que aluda a la idea de herida como lo hace «vulnerable», tal como indica el hecho de que se ha renunciado a los adjetivos *verletzlich* o *verwundbar*. Se aprecia así, p. ej., en el caso de la Directiva 2009/72/CE o en la VZKG austríaca. Sobre el contenido del término consumidor vulnerable y su idoneidad, *vid*. el capítulo VI de este libro.

[180] Artículo 23 VZKG. Se especifica en el apartado 2 del mismo que este se derecho se extiende a aquellas personas que carezcan de domicilio fijo, a los refugiados, y a los solicitantes de asilo en el sentido del art. 2.1.14 de la Ley de Asilo de 2005, y a los consumidores sin derecho de residencia que no puedan ser expulsados de Austria por razones de hecho o de derecho.

[181] Artículo 22 VZKG.

[182] Artículo 24 VZKG.

[183] Artículo 26 VZKG.

[184] El análisis de las obligaciones que imponen la ELWOG y la VZKG bajo el prisma de la *Indienstnahme* se ha hecho en Damjanovic, 2017. Este capítulo tiene un enfoque distinto puesto que lo que interesa más es poner de relieve que el concepto de *Indienstnahme* y lo que sobre él se ha reflexionado por la doctrina académica y jurisprudencial es una vía directa para dar con la problemática jurídica de fondo de las obligaciones tuitivas.

que habitualmente se ocupan del suministro de energía eléctrica y de las cuentas de pago. Al transponer las directivas, la ELWOG y la VZKG introducen una novedad en las responsabilidades y tareas o funciones del estado austríaco, en tanto colocan a este en la posición de garante y responsabilizan de la ejecución concreta a operadores del mercado eléctrico y entidades financieras, respectivamente. Estas leyes no incorporan a estas personas jurídico-privadas al esquema organizativo de la Administración austríaca, sino que les obligan a sustituir a la Administración en el ejercicio de una tarea que, en principio, le correspondería a ella. Tomando prestada la terminología de Burgi, desde una perspectiva organizativa se podría describir la situación como una privatización funcional de carácter imperativo de la tarea del Estado y su Administración de asegurar la procura existencial de sus ciudadanos en dos aspectos concretos (suministro eléctrico y cuentas de pago).

La misma idea de *Indienstnahme* conduce enseguida al núcleo de la problemática de los dos ejemplos. La primera cuestión que se plantea es la de la legitimidad de corresponsabilizar con la Administración austríaca a personas jurídico-privadas. Para llegar a una conclusión al respecto, la doctrina de la *Indienstnahme* invita a tener en cuenta, primero, la *Sachnähe* o cercanía entre los servicios a prestar (en este caso, un suministro eléctrico básico, la provisión de cuentas de pago básicas) y la actividad ordinaria de las personas jurídico-privadas *reclutadas* (en este caso operadores de red y entidades financieras). Se ha de tener en cuenta, en segundo lugar, el grado de riesgo o beneficio de los obligados en la ejecución de las obligaciones tuitivas impuestas; sería, por tanto, relevante, el beneficio o perjuicio económico que se obtenga de proporcionar suministro eléctrico básico y cuentas de pago básicas. Y se ha de tener en cuenta la proporcionalidad del impacto de las obligaciones impuestas en la esfera subjetiva de las empresas afectadas. La nueva sensibilidad social, p. ej., en lo concerniente al problema de la pobreza energética, no debería ignorarse.

La doctrina de la *Indienstnahme* simplifica el modo de aproximarse a la problemática desde la perspectiva más subjetiva de las empresas obligadas a prestar servicios sociales. Sugiere, primero, que ni la ELWOG ni la VZKG pueden introducir restricciones desproporcionadas al libre ejercicio de profesión. Las medidas más problemáticas a este respecto son el límite que constituye en sí una garantía máxima por impago de una cuota mensual que la ELWOG prevé, y la compensación anual máxima de 40 euros que la VZKG establece para las cuentas básicas de pago de los consumidores susceptibles protección. Procede la ponderación de la proporcionalidad de estas obligaciones teniendo en cuenta las potenciales desigualdades que se pudieran introducir en el seno de los grupos de profesionales de las empresas afectadas. Respecto a la cuestión de si procede indemnización por el perjuicio económico con el que se lastra la actividad de las empresas afectadas por las leyes,

no existe una respuesta clara y rápida de la pregunta. En este caso son relevantes para llegar a una conclusión acerca de la proporcionalidad del esfuerzo económico que demandan las leyes —otra vez— la conexión o familiaridad entre los operadores del sector eléctrico y las entidades financieras y las obligaciones que se les traslada, la cuantía del perjuicio económico que implica la prestación de los servicios exigida, y las posibilidades que ofrece la ley a las empresas afectadas de proteger su rentabilidad, p. ej. permitiendo repercutir gasto a otros consumidores de electricidad y servicios financieros.

2. La confiscación de bienes inmuebles vacíos para alojar refugiados y solicitantes de asilo en las ciudades de Bremen y Hamburgo durante la crisis migratoria de 2015

La crisis migratoria del 2015 amenazaba con desbordar las capacidades de la República Federal de Alemania. Había que adoptar medidas para que se cumpliera el comprometido «*Wir schaffen das!*» (podemos, lo conseguiremos)[185]. La propia ley federal de asilo establecía un mecanismo de distribución de los solicitantes entre los estados federados para cumplir con la previsión de que estos residieran en centros de acogida[186], y la ley de aceleración del procedimiento de asilo de octubre de 2015 modificó algunas disposiciones del código de la construcción para rebajar los requisitos de habitabilidad de los inmuebles destinados al alojamiento. No obstante, la responsabilidad de proporcionar un techo a todas esas personas recaía en gran medida sobre los municipios, los cuales afrontaban muy serias dificultades para cumplir[187]. No podían acogerse estos a una disposición federal que les permitiera disponer de inmuebles de titularidad privada, ni tampoco se preveía en el futuro cercano ninguna medida en este sentido en el plan normativo del Gobierno[188]. En esta coyuntura, las cámaras legislativas de las ciudades-estado de Bremen y Hamburgo fueron las primeras que modificaron sus normas de policía y autorizaron la confiscación de inmuebles de titularidad privada para proveer de alojamiento a refugiados y solicitantes de asilo[189].

---

[185] La expresión se convirtió en eslogan unificador frente a la crisis desde que la entonces canciller A. Merkl la empleara por primera vez en una rueda de prensa en Berlín el 31 de agosto de 2015.

[186] Artículo 50 en relación con el 47 de la ley de asilo (*Asylgesetz*).

[187] El supuesto y su contexto está tomado de Guckelberger *et al*., 2016, artículo indispensable para este caso concreto.

[188] *Ibid*.

[189] El Parlamento de Bremen introdujo con efectos de 22 de octubre de 2015 un nuevo art. 26 a) en su ley de policía (*Bremisches Polizeigesetz*). Este artículo está hoy derogado. El Parlamento de Hamburgo introdujo con efectos de 2 de octubre de 2015 un nuevo art. 14 a) en su ley de protección de la seguridad y orden públicos *(Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung)*. Este artículo está derogado con efectos del próximo 31 de marzo de 2026.

La medida que se permitía adoptar era excepcional, pues excepcional era la situación, circunstancia que hacía que esta *Indienstnahme* fuera sensiblemente distinta a otras. Esta intromisión, que en sí constituiría una confiscación, debía cumplir una serie de requisitos destinados a asegurar que era realmente necesaria y se ajustaba a los límites de lo imprescindible. La modificación legal que se introdujo en Bremen preveía que la confiscación a un particular solo estaba justificada cuando se tratara de inmuebles de más de 300 m^2 de superficie, vacíos, que no estaban siendo utilizados, y solo en aquellos casos en los existía un peligro considerable y actual[190] que comprometiera la vida o integridad física de refugiados que, por causas no imputable a ellos, no tuvieran techo, y para los cuales la Administración no tuviese un lugar de acogida alternativo (p. ej., en hoteles, albergues, pensiones o similares)[191]. La confiscación debería mantenerse solo durante el tiempo que fuera necesaria y solo en la medida que fuera necesaria.[192] La disposición legal que se introdujo en Hamburgo era prácticamente idéntica. Esta última, sin embargo, no establecía una superficie mínima para los inmuebles susceptibles de confiscación[193]. Ambas leyes preveían un mecanismo para solicitar una compensación pecuniaria por la utilización del inmueble, así como por cualquier otro perjuicio que se le causara por su uso[194], incluida la no utilización de parte del inmueble si con la confiscación no cabía un uso razonable para esa parte vacía[195].

En este supuesto de obligación tuitiva, como en los dos anteriores, las cuestiones que se plantean son esencialmente las que trata la doctrina sobre la *Indienstnahme.* Es trasladable al caso lo que ya se ha escrito. Si bien, entre los bienes jurídicos a proteger en este caso concreto los había de primerísimo orden (vida e integridad física). Esto justifica la posibilidad de adoptar una medida excepcional (confiscación), que, a su vez está muy restringida en su uso (p. ej., limitada en el tiempo[196]), y que solo puede considerarse proporcionada si se adopta cumpliendo un exigente listado de requisitos. La excepcionalidad de la medida justificaba el que, para asegurar su proporcionalidad, se estableciera una compensación económica. La confiscación no constituía una expropiación puesto que no desposee permanentemente a los titulares

---

[190] La cualificación del peligro como considerable y actual es jurisprudencial. *Vid*. Guckelberger *et al*., 2016: 1089-1091. La ley de Hamburgo se refería a un peligro inminente *(bevorstehend)*; art. 14a (1) de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

[191] Artículo 26 a de la ley de policía de Bremen.

[192] Artículo 26 a (3) de la ley de policía de Bremen.

[193] Compárese el Art. 26 a (1) 2. de la ley de policía de Bremen con el art. 14a de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

[194] Artículo 26 a (5) de la ley de policía de Bremen, art. 14a (3) de la ley de de protección de la seguridad y orden públicos de Hamburgo.

[195] *Ibid*.

[196] Se apunta en Guckelberger *et al*., 2016: 1092-1093 que la jurisprudencia tiende a fijar que la duración máxima de este tipo de medida oscila entre dos y seis meses.

de su posición de *dominus*, pero sí que amenazaba de privar del todo su disfrute y, por tanto, de vaciar su derecho de propiedad. El ejemplo introduce una variación respecto a los anteriores por el hecho de que, a pesar de que exista una norma de rango legal que constituye la *Indienstnahme* y sus restricciones, se requiere de un acto administrativo para hacerla efectiva. Será una Administración la que, en el uso de su discrecionalidad, ordenará la confiscación de tal o cual inmueble.

V. CONCLUSIONES

La doctrina y jurisprudencia de las jurisdicciones alemana y austríacas nos ofrecen un concepto que promete ser provechoso para el análisis de las obligaciones tuitivas. Si España y Europa han de continuar por su camino de externalización del Estado social, entonces la *Indienstnahme Privater* y lo que en torno a ella se ha concluido merecen atención.

El origen de esta noción está en el momento en que se advirtió que de la normativa que estaba impulsando el Estado social alemán de la posguerra se podía destilar un concepto para designar aquellas situaciones en las que el legislador estaba optando por descansar parte de la responsabilidad de los poderes públicos sobre los hombros de determinadas personas jurídico-privadas, convirtiéndolas así en corresponsables del cumplimiento de las tareas que, en principio, no les correspondían. En todos estos supuestos la norma recluta como sustitutos del Estado y la Administración a personas privadas, las inserta en una red de relaciones, y adecua las normas de Derecho común para que se hagan efectivas unas prestaciones. Es un modo presupuestariamente eficiente, ¿neutro ideológicamente?, de asegurar que se van a cumplir las funciones o tareas del Estado sin necesidad de alterar la planta organizativa directamente; una privatización forzosa. El concepto es adecuado para los casos en los que la obligación que se impone es social o prestacional y lo que de él se ha concluido se puede trasladar al análisis de las obligaciones tuitivas.

La problemática de la *Indienstnahme* se detectó desde el primer momento, y con la ayuda del TCF se ha provisto una serie de parámetros que sirven de guía acerca de su adecuación o inadecuación a la Ley Fundamental. Aun a riesgo de simplificar en exceso, y a pesar de que las resoluciones no lo hacen exactamente así, en abstracto se puede diferenciar entre dos cuestiones. La primera es la de si la reasignación imperativa de unas tareas a un grupo de personas jurídico-privadas es admisible. La segunda, la de, una vez admitida esa reasignación, cuál es el nivel tolerable de injerencia en los derechos constitucionales de las personas obligadas; en esencia, la cuestión de si tales restricciones son proporcionadas.

La respuesta a la primera pregunta depende principalmente de la conexión entre la esfera subjetiva del obligado y la tarea a llevar a cabo. La familiaridad con, la capacidad para, el interés en y el riesgo de las obligaciones que se imponen con una situación de *Indienstnahme* determinan su legitimidad. Esto está en el núcleo del criterio jurisprudencial; criterio que se aplica siempre en relación con la proporcionalidad de las intromisiones subjetivas en derechos y libertades específicos (libertad, igualdad, propiedad).

En este punto, no puede dejar de llamarse la atención sobre el fondo del argumento que sirve para sustentar la legitimidad de este tipo de situaciones. A la pregunta de si es admisible que el legislador responsabilice a una persona privada para la ejecución de las funciones que se le asignaron al poder público se puede responder con un: sí, lo es si esa persona está en una buena situación para cooperar, y, precisamente, porque está en una buena situación para cooperar. Al varón civil en edad se le puede obligar a combatir, a una entidad financiera a descontar efectos y retirar divisa, a un empleador a retener impuestos de sus empleados, a un transportista a dar servicio a inválidos, a un operador del sistema a suministrar energía…, porque son los que están en la mejor posición para cumplir una función de interés general que requiere de su ayuda. Esa situación o condición de esas personas constituye en sí un dato fáctico con suficiente fuerza normativa. *Ex facto orta est voluntas legislatoris*[197] se podría decir en estos casos. El legislador se ha apoyado en la contundencia argumentativa de una situación de hecho. Y los que dirimen si la voluntad del legislador es conforme a Derecho han dado por bueno el argumento. Esta *obligatio in solidum* o solidaridad que se crea entre poder público y algunos sujetos privados tiene cabida en la cláusula de Estado social.

La segunda pregunta acerca del grado de las restricciones que se imponen a determinados derechos llama la atención sobre el hecho de que, no obstante lo anterior, la solidaridad está sujeta a límites. De lo contrario quedaría vacía de contenido la libertad de los obligados, lo que implicaría, a su vez, tratarles de un modo injustificadamente desigual. En algunos casos, más que la libertad para el ejercicio de una profesión, lo que es susceptible de quedar vacío es el derecho a la propiedad, como ocurría en el ejemplo de la obligación de tolerar la confiscación de un inmueble vacío para alojar a refugiados. Es crítico que en todo caso las obligaciones que se impongan sean proporcionadas; y aquí es muy relevante la intensidad de la conexión subjetiva entre el privado obligado y la situación. Excepcionalmente, para asegurar la proporcionalidad de la injerencia, procederá una compensación económica, como en el supuesto de la confiscación. Más habitualmente, no tiene este por qué ser el caso y será suficiente con que el legislador

[197] La voluntad del legislador ha nacido de la realidad.

permita a las personas obligadas poder optar por vías que les ayuden a proteger la rentabilidad de la profesión que ejercen, como en los supuestos en los que se restringe la libertad de profesión de las entidades financieras, los operadores de la red eléctrica, o a los transportistas que trasladan personas inválidas.

BIBLIOGRAFÍA

Burgi, M., *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.

— «Entwicklungslinien», en H. U Erichsen y D. Ehlers (eds.), *Allgemeines Verwaltungsreht*, Berlin, De Gruyter, 14.ª edición, 2010, 308-328.

Damjanovic, D., «Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Inpflichtnahme Privater zur Umsetzung besonderer Verbraucherschutzbestimmungen – am Beispiel von § 77 EIWOG und 26 Abs 2 VZKG», en M. Reiffenstein y B. Blaschek (ed.), *Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2017*, Wien, Verlag Österreich, 2017, pp. 127-164.

Depenheuer, O., «Das Bürgeropfer im Rechtstaat», en O. Depenheuer *et al*. (eds.), *Staat im Wort – Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007, pp. 43-60.

Drüen, K. D., *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

Eichenhofer, E., «Die sozialpolitische Inpflichtnahme von Privatrecht», *Juristische Schulung*, 36, 10, 1996, pp. 857-865.

Fernández Gaztea, J. K., «Las *Verwaltungsaufgaben*: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán», *Revista de Administración Pública*, 221, 2023, pp. 93-120.

Forsthoff, E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, München, C. H. Beck, 1953 (3.ª ed.).

Fuchs, M., «Sozialversicherungspflichten der Arbeitgeber und die staatliche Reaktion auf ihre Nichterfüllung – eine historisch-dogmatische Betrachtung», en O. Chesalina y U. Becker (eds.), *Die Verantwortung des Arbeitgebers für den sozialen Schutz: Rechtsvergleichende Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 171-182.

Gause, H., *Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Kiel en 1967.

Guckelberger, A., Kollmann, M., y Schmidt, F., «Polizeiliche Unterbringung von Flüchtlingen in privaten Immobilien», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 17, 2016, pp. 1088-1099.

Heintzen, M., «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 32, 2003, pp. 220-265.

Herrera García, A., «El recurso de amparo en el modelo Kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?», *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 2011, 1, pp. 1-28.

Ipsen, H. P., «Gesetzliche Indienstnahme Privater», en H. Jahrreiss *et al*. (eds.), *Um Recht und Gerechtigkeit – Festgabe für Erich Kaufmann*, Suttgart y Köln, Kohlhammer, 1950, pp. 141-161.

Jarass, H.D., «Indienstnahme Privater und Systemgerechtigkeit im Sozialrecht», *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 2, 2007, pp. 103-119.
Ossenbühl, F., «Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29, 1971, pp. 137-210.
Pielow, J. C., *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
Pitschas, R., «Soziale Sicherheit durch Vorsorge – Sicherheit als Verfassungsprinzip des Sozialstaats und das "Vorsorgeverhältnis" als rechtliches Gehäuse ihrer Vorsorgestandards», en U. Becker (ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 63-106.
Plewa, D., *Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben am Beispiel des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölerzeugnnissen vom 09.09.1965 in der Fassung vom 04.09.1975*, Speyer, 1978.
Rösler, H., «Auslegungsgrundsätze des Europäischen Verbraucher-privatrechts in Theorie und Praxis», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 71, 2007, pp. 495-526.
Schmidt-Assmann, E., *La dogmática del Derecho administrativo*, traducción de Barnes, J. *et al*., Sevilla, Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2021.
— *Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2.ª edición, 2023.
Thüsing, G., Seifert, H. y Jänsch, M., «Solidarität», en *Staatslexikon*, *Solidarität – Staatslexikon (staatslexikon-online.de)*, 2022, consultado por última vez el 18 de junio de 2024.
Von Heimburg, S., *Verwaltungsaufgabe und Private*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982.
Vosskuhle, A., «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 32, 2003, pp. 266-335.
Weber, W., «Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen», en E. R. Huber (ed.), *Idee und Ordnung des Reiches*, Band II, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1943, pp. 5-166.
Weiss, W., *Privatisierung und Staatsaufgaben*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
Wissmann, H., «Zuordnung und Organisation von Verantwortung im Sozialverwaltungsrecht», *Die Verwaltung*, 42, 2009, pp. 377-404.
Zellenberg, U. E., «Die Inpflichtnahme», en C. Fuchs *et al*. (eds.), *Staatliche Aufgaben, private Akteure*, Band 2, Wien, Manz, Dike y C. F. Müller, 2017, pp. 129-166.

LA PROTECCIÓN DEL ARRENDATARIO VULNERABLE MEDIANTE OBLIGACIONES TUITIVAS EN UN ESTADO SOCIAL EXTERNALIZADO

Belén Porta Pego
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid
Miembro del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración de la UCM

SUMARIO: I. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL ARRENDAMIENTO COMO FÓRMULA PARA FACILITAR EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA. 1. El Estado social y el acceso a la vivienda. 2. La convergencia de una nueva realidad: la necesidad de respuesta ante situaciones de vulnerabilidad habitacional en un escenario de crisis. II. LAS MEDIDAS TUITIVAS VINCULADAS AL ARRENDAMIENTO. 1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos de personas vulnerables sin solución habitacional. 1.1. La suspensión en favor del arrendatario. 1.2. La suspensión en el supuesto de ocupación. 1.3. Compensación de arrendadores y propietarios. 2. Establecimiento de condiciones para la admisión a trámite de la demanda en el juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual. 3. Suspensión del juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual. 4. Aplazamientos del pago de la renta. 5. Prórroga extraordinaria del contrato de alquiler. III. EL CONTORNO DE UN ESTADO SOCIAL EXTERNALIZADO PARA TUTELAR LA VULNERABILIDAD DANDO ACCESO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DEL ALQUILER. 1. Medidas no siempre coyunturales de efectos siempre temporales. 2. La presencia de los poderes públicos en el desenvolvimiento de las medidas. 3. El beneficiario de la acción tuitiva y su repercusión en la naturaleza de las medidas. 4. El sujeto obligado a tutelar la vulnerabilidad, la finalidad de la carga soportada y la repercusión sobre su compensación. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL ARRENDAMIENTO COMO FÓRMULA PARA FACILITAR EL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA

1. El Estado social y el acceso a la vivienda

La proclamación del Estado español como un estado social en el art. 1 de nuestra Constitución exige la presencia de los poderes públicos para garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a los ciudadanos. Cualquier labor interpretativa de cuáles han de ser esas condiciones mínimas sin duda incluiría la posibilidad de acceder a una vivienda en la que desarrollar la vida privada y familiar de cada persona[1]. Pero la propia Constitución hace innecesaria la tarea deductiva, toda vez que expresamente en su art. 47 declara como uno de los principios rectores de la política social y económica que «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho […]»[2].

Interesa ahora recalar en el anterior precepto no al objeto de discutir, como vienen haciendo importantes voces autorizadas[3], la naturaleza

---

[1] Como señala Vaquer, «la vivienda habitual es un bien de primera necesidad de la persona, una condición ambiental para el desarrollo de la personalidad, la calidad de vida y el disfrute de otros derechos como el de la intimidad personal y familiar, y su carencia bien puede ser considerada como una situación de necesidad y un factor de exclusión social a los que debe subvenir la acción social del Estado», en Vaquer Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel, 2011, p. 24. De igual manera, apunta Quintiá que «la vivienda forma parte de la columna vertebral del «sistema de bienestar» y satisface un requisito elemental de la dignidad de la persona», en Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 25.

[2] El art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, […], la vivienda […]». El art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala también que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, […] y vivienda adecuados […]. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho […]». En esta línea, el art. 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a […] una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

[3] Entre otros, Vaquer Caballería, M.: «Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica», en Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (dir.), *Los servicios públicos tras la crisis económica. En especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 241 y ss. y «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, 2014, p. 34; López Ramón, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 49-91 y «El reconocimiento legal del

del mandato que contiene. Al efecto que nos ocupa, si se trata de un derecho, de qué tipo y su conexión con otros derechos constitucionales[4] o si exclusivamente permanece en la esfera de los principios programáticos es lo de menos. Lo relevante es la concreción del sujeto al que puede exigirse su eficacia, que no es otro que el poder público competente en materia de vivienda.

Con mayor o menor éxito[5], cuestión que no es propósito de estas líneas, poder legislativo y Administración han dado respuesta al mandato constitucional. El dictado de normas urbanísticas y sus diversas técnicas, la creación de un parque público de vivienda con el que atender las necesidades de alojamiento de la población, las rebajas fiscales o la concesión de avales o ayudas vinculadas a la vivienda, por ejemplo, han sido actuaciones clásicas de los poderes públicos a través de las cuáles han tratado de facilitar tanto el acceso a la vivienda como la ade-

---

derecho a disfrutar de una vivienda», en *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 303-304; Tornos Mas, J.: «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, p. 2855 y «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad», en Moltó Darner, J. M.; Ponce Solé, J. (coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 150; Ponce Solé, J.: «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», en Moltó Darner, J. M.; Ponce Solé, J. (coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 76; Moreu Carbonell, E.: «El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 98, 2017, pp. 30-31; Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda…*, *op. cit.*, p. 35 ss. Garrido Mayol, V.: «Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 272.

Con todo, la reciente STC 79/2024 viene a reiterar su doctrina al respecto señalando que «el art. 47 no reconoce un derecho fundamental a la vivienda […] "sino que enuncia, [como consecuencia de su ubicación constitucional] un mandato o una directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3) en el ejercicio de sus respectivas competencias" (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6, con cita de otras muchas)», —FJ 3A—. Pero matizando también que «Ahora bien, que el art. 47 CE no contenga un derecho fundamental ni un título competencial, o que constituya un principio rector de la política social y económica, no es óbice para que al mismo tiempo se despliegue como un derecho constitucional», —FJ 3B.a (ii)—.

[4] Así, esencialmente, con el relativo a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar, art. 18 CE. Si bien, al abordar la indivisibilidad de los derechos, también se asocia con otros como el derecho a elegir libremente la residencia o a la libre circulación, art. 18. E igualmente con otros situados en nuestra Carta Magna fuera de la sección primera, del capítulo segundo del primer título, como el derecho a la salud o a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

[5] Para Quintiá, el derecho a la vivienda se ha caracterizado por una trayectoria de desatención y desinversión por parte de los poderes públicos, Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda…*, *op. cit.*, p. 26.

cuación de la misma para convertirse en ese reducto donde desarrollar la propia personalidad y la vida privada y familiar[6].

Ahora bien, en las normas que abordan las anteriores actuaciones es posible observar que, si bien son los poderes públicos los que conciben normativamente y ponen en marcha las correspondientes medidas, no siempre son ellos o, para ser más exactos, los fondos públicos que administran los que soportan la posible carga que la medida comporte. La contraposición entre la construcción efectiva de viviendas sociales de titularidad pública o la financiación de avales para la adquisición de vivienda por los ciudadanos, por ejemplo, y la previsión normativa de la obligación de cesión de suelo por los particulares en los procesos urbanísticos ilustra la disparidad aludida.

Pues bien, la regulación del arrendamiento, como vínculo contractual que permite al arrendatario disponer de un inmueble del arrendador en el que poder establecer su hogar, ha formado también tradicionalmente parte de este cúmulo de medidas con las que han contado los poderes públicos para facilitar una solución habitacional. Las políticas públicas en materia de arrendamiento de vivienda han limitado el precio del alquiler, han determinado el tiempo de duración del contrato, etc., haciendo a un lado el acuerdo de voluntad de las partes, característico en un contrato civil como el de arrendamiento. Y todo ello al objeto de facilitar el acceso a la vivienda en régimen de alquiler cuando las circunstancias del mercado inmobiliario empujaban en sentido contrario[7].

Este modelo de intervención en materia de alquiler de vivienda vendría a formar parte de las medidas concebidas por el legislador para garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y desplegar así la salvaguarda del mínimo vital que el Estado social requiere. Se puede decir que la llamada a los poderes públicos que realiza el art. 47 CE se ve así atendida, si bien en este caso la red de protección no será sostenida por los poderes públicos, sino por los arrendadores titulares de los inmuebles afectados por tal regulación arrendaticia.

---

[6] Para un estudio sistemático del derecho a la vivienda en España no puede dejar de consultarse Vaquer Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad…*, *op. cit.* Sobre el origen de las políticas de vivienda contemporáneas, puede verse también Vaquer Caballería, M.: «Retos y oportunidades…», *op. cit.*, p. 227 y ss.

[7] Como señala Sala, la regulación en materia de arrendamientos refleja una constante «tensión de equilibrios» entre el arrendador y el arrendatario, en Sala i Roca, C.: *El derecho de propiedad y los límites de la función social en el alquiler de viviendas. Evolución del concepto de propiedad y análisis de su transformación en el marco jurídico español y europeo*, Barcelona, Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona, 2020, p. 34.

2. La convergencia de una nueva realidad: la necesidad de respuesta ante situaciones de vulnerabilidad habitacional en un escenario de crisis

Las líneas anteriores han tomado como punto de partida nuestro marco constitucional, si bien es cierto que la acción pública tratando de garantizar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna no es exclusiva del actual Estado social y de Derecho promulgado por nuestra Carta magna, sino que podemos encontrarla dirigiendo la vista atrás en el tiempo, pues el problema de la vivienda, en general, y la inadecuación del mercado arrendaticio para contribuir a solventarlo, en particular, no son exclusivos del periodo constitucional[8].

Sin duda, el contexto social y económico de cada momento contribuye en buena medida a moldear las políticas públicas. Y lo cierto es que en las últimas décadas aquel contexto ha experimentado cambios abruptos que han hecho que las dificultades en materia de acceso a la vivienda se acrecienten o, si se prefiere, han hecho surgir dificultades nuevas que vienen a sumarse a las ya existentes. No es necesario insistir en cómo las sucesivas crisis vividas desde finales de la primera década de este siglo (la crisis financiera derivada de las hipotecas *subprime* y la burbuja inmobiliaria, la pandemia y el conflicto bélico entre Ucrania y Rusia) han truncado la aspiración al disfrute de una vivienda digna de tantos ciudadanos. Su arremetida en las economías domésticas ha impedido hacer frente a los gastos propios del acceso o del mantenimiento de la vivienda, imposibilitando a la postre su disfrute.

Este calamitoso panorama no es exclusivo de la vivienda, sino que se ha reproducido en otros ámbitos también relacionados con las necesidades esenciales los ciudadanos en la sociedad contemporánea. Y las normas que han intentado encontrar soluciones han comenzado a aludir a las personas afectadas como vulnerables o a la situación en la que se encontraban como de vulnerabilidad. Y esto realmente ya nos conduce a una dimensión diferente, pues, centrándonos en la vivienda, no se trata de abordar el problema global del mercado inmobiliario de

---

[8] Una ilustrativa evolución normativa histórica, refiriéndose a obligaciones como la prórroga forzosa del arrendamiento, el arrendamiento forzoso o el control de la renta del alquiler, puede consultarse en Sala i Roca, C.: *El derecho de propiedad*…, *op. cit.*, p. 34 y ss.

Para Salanova, desde que la regulación del contrato de arrendamiento abandonó el Código Civil, lo que predomina en la legislación especial en la materia es el tratamiento «social» de esta realidad, primero coyunturalmente y después ya de forma estructural, siendo el Real Decreto Bugallal de 1920 el que a su juicio inauguró «la cascada de normas tuitivas», en Salanova Villanueva, M.: «Alteraciones en la estructura del contrato de arrendamiento de vivienda vinculadas a la crisis económica: aspectos sustantivos de la Ley 4/2013, de Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en Alonso Pérez, T. (dir.), *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 425-426.

la vivienda, ni las dificultades de la población general para acceder a la vivienda. Se trata, específicamente, de encontrar remedio a la necesidad experimentada por personas concretas que se hallan en una situación de vulnerabilidad económica, por ser sus recursos, o sus recursos unidos a sus circunstancias vitales o familiares, un impedimento específico para disfrutar de una vivienda en la que establecer su hogar. En todo caso, debe advertirse que, aunque la categoría de la vulnerabilidad y la adopción de medidas *ad hoc* hayan cristalizado en nuestras normas a partir de las crisis antes aludidas, ello no es obstáculo para que este binomio vulnerabilidad-tutela siga empleándose en adelante, sin necesidad de estar vinculado a esta dilatada coyuntura de inestabilidad económica y social. La realidad del binomio tampoco se diluye porque se hayan adoptado medidas similares a las que dan protección a los ciudadanos vulnerables para facilitar también el acceso a la vivienda en general, pues no cabe duda de que las crisis han impactado en toda la población y, por ende, en el mercado inmobiliario, incluido el arrendaticio.

Con todo, la descripción de las circunstancias actuales requiere de alguna precisión adicional. Ese mínimo vital que el Estado social debe garantizar difícilmente, o en ningún caso, puede lograrse a coste cero. Pero el Estado también sufrió el embate de las crisis que dejaron exhaustas, especialmente la primera de ellas, las arcas públicas, obligando a llevar a cabo férreos ajustes presupuestarios que permitieran retomar el equilibrio y la sostenibilidad financiera y orillar el déficit galopante. Y tanto es así que la presión de la Unión Europea y la apremiante situación aconsejaron la modificación del art. 135 de nuestra Constitución para garantizar al más alto nivel normativo el principio de equilibrio presupuestario y la exigencia de control del déficit[9]. Por tanto, la reacción del Estado ante el acuciante problema de vivienda y las demás carencias vitales de los ciudadanos destapadas por la crisis no podía basarse esencialmente en medidas necesitadas del recurso a los fondos públicos[10]. Y este ha sido el caldo de cultivo perfecto para que el Estado social prestador diera el gran salto para consolidar el Estado

[9] Al respecto, véase García-Andrade Gómez, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.

[10] Como ilustrativamente señala Canals, el problema de la vivienda, realmente, tiene dos caras. Por una parte, la dificultad de acceso a una vivienda digna, adecuada y asequible para determinados segmentos de la población, generando así la «exclusión residencial de grupos de población vulnerables». Y por otra, la incapacidad económica de las Administraciones públicas para garantizar el derecho a la vivienda. En Canals Ametller, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en Paleo Mosquera, N. (ed.), *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 112. En este sentido, Tornos destaca también que se ha favorecido el acceso a la vivienda adoptando medidas coactivas que afectan a su titular privado, al objeto de conseguir ampliar el mercado de vivienda sin tener que recurrir a los escasos fondos públicos ni asumir políticas públicas de construcción y gestión de vivienda, en Tornos Mas, J.: «Las viviendas desocupadas…», *op. cit.*, p. 152.

social *garante*[11] a través del cual las necesidades que los ciudadanos vulnerables han de ver garantizadas por la acción pública ya no serán cubiertas exclusivamente de forma directa o indirecta por los poderes públicos, sino que empezarán a serlo por otros ciudadanos a instancia, por orden o mandato, de los poderes públicos, externalizándose así el Estado social y trasladándose a particulares la carga que el Estado social comporta.

En materia de vivienda, además, no puede obviarse, por un lado, el importante desembolso que requiere la disposición del bien que satisface la necesidad, nada menos que un bien inmueble. Y menos aún, por otro lado, los amplios lapsos temporales que se requieren para proyectar, construir y poder finalmente ocupar estos inmuebles. De tal modo que salvo que al respecto haya existido una planificación previsora y adecuada de las necesidades de vivienda pública que pueden surgir, incluso de haber dispuesto de fondos públicos suficientes, habría sido difícil para los poderes públicos resolver de manera intempestiva un problema de acceso a la vivienda como el surgido a raíz de las crisis de los últimos años. De este modo, y a la vista de la realidad inmobiliaria española, parece que el Estado acabaría necesitando en todo caso recurrir a los particulares para dar cobertura habitacional a las personas en situación de vulnerabilidad.

Las líneas posteriores se dedicarán a estudiar si las normas relativas a los arrendamientos de vivienda dictadas al diapasón de la crisis responden a las coordenadas apuntadas y afrontan el problema del acceso a una vivienda digna de las personas en situación de vulnerabilidad trasladando, y en qué forma, a los particulares las cargas derivadas de su necesidad vital de disfrutar de un hogar que haga realidad el *derecho* previsto en el art. 47 de nuestra Constitución. En definitiva, se tratará de determinar si el ordenamiento jurídico ha acogido en estos últimos años soluciones que pasen por imponer a una de las partes de la relación arrendaticia, al arrendador, la carga de facilitar el acceso a la vivienda a la otra parte, al arrendatario vulnerable, acuñando de este modo las obligaciones tuitivas del arrendador respecto del arrendatario vulnerable.

II. LAS MEDIDAS TUITIVAS VINCULADAS AL ARRENDAMIENTO

Un rápido repaso de los boletines corrobora que las normas vienen creando obligaciones jurídicas para el arrendador, prescindiendo de su voluntad, con la finalidad de dar protección al arrendatario que

[11] Sobre el *Estado garante*, véase, Esteve Pardo, J.: *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP, 2015.

se encuentre en una situación de vulnerabilidad. Nos detendremos a continuación en los supuestos previstos en los últimos años en las normas estatales[12], cuya protección se extiende, por tanto, a todos los arrendatarios vulnerables independientemente del lugar en el que se halle su domicilio.

1. Suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos de personas vulnerables sin solución habitacional

1.1. *La suspensión en favor del arrendatario*

Según se desprende del art. 1 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19, el arrendador puede ver cómo se retrasa la recuperación de la vivienda alquilada que estaba siendo objeto de un juicio verbal por reclamaciones de renta o cantidades debidas o por expiración del plazo de duración del contrato. Aquel precepto prevé que el proceso quede en suspenso[13] cuando el arrendatario plantee «un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento ante el Juzgado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y para las personas con las que conviva. Así mismo, si no estuviese señalada fecha para el lanzamiento, por no

---

[12] Debe advertirse que muchos de los preceptos a los que se aludirá han modificado su redacción en innumerables ocasiones. La exposición de las medidas que se aborda responde en todo caso a la redacción en vigor en el momento de cierre de estas páginas.

Por lo demás, el legislador autonómico tampoco ha sido ajeno a este proceso, pero el análisis de esas políticas no será objeto de este trabajo. Sobre las medidas autonómicas para garantizar el acceso a la vivienda de personas vulnerables pueden consultarse, entre otros, Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda*…, *op. cit.*, p. 147 y ss.; Ramón Fernández, F.: *Medidas en el ámbito jurídico para el acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 124-145; Paleo, N.; Quintiá, A.: «Las políticas de vivienda desde una perspectiva multinivel: un análisis comparado de la legislación autonómica», en Paleo Mosquera, N. (ed.), *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 327 y ss.; Garrido Mayol, V.: «Hacia una nueva configuración…», *op. cit.*, pp. 268-294.

[13] Al respecto puede verse, Abascal Monedero, P. J.: «Otras medidas de apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables», en Salmerón Manzano, E. M. (coord.), *El Derecho Privado ante las crisis económicas: análisis de las medidas adoptadas*, Las Rozas, La Ley, 2024, p. 299 ss.; Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: «La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 365-366; Rodríguez Ríos, S. F.: «La protección de colectivos vulnerables en los procesos de desahucio: una mirada crítica a la limitación del derecho a la propiedad», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), Vivienda y colectivos vulnerables, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 509-512; Argelich Comelles, C.: *Ley por el derecho a la vivienda*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 274-275.

haber transcurrido el plazo de diez días a que se refiere el art. 440.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o por no haberse celebrado la vista, se suspenderá dicho plazo o la celebración de la vista» (art. 1).

Cualquier arrendador puede verse afectado por esta medida, pues su aplicación no depende de sus características, sino de las del arrendatario. En este caso, el beneficiario y solicitante será el arrendatario que se encuentre en una situación de vulnerabilidad económica que le impida encontrar una alternativa habitacional, entendiéndose por tal vulnerabilidad la definida en el art. 5 de la misma norma:

> […] requerirán la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos:
>
> a) Que la persona que esté obligada a pagar la renta de alquiler pase a estar en situación de desempleo, expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), o haya reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos, no alcanzando por ello el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria:
>
> i. Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
>
> ii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,15 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental.
>
> iii. Este límite se incrementará en 0,1 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar.
>
> iv. En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cuatro veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.
>
> v. En el caso de que la persona obligada a pagar la renta arrendaticia sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 por 100, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral, el límite previsto en el subapartado i) será de cinco veces el IPREM.
>
> b) Que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. A estos efectos, se entenderá por «gastos y suministros básicos» el importe del coste de los suministros de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles con-

> tribuciones a la comunidad de propietarios, todos ellos de la vivienda habitual que corresponda satisfacer al arrendatario.
>
> 2. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá por unidad familiar la compuesta por la persona que adeuda la renta arrendaticia, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar y su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita, que residan en la vivienda.

La medida tuitiva se construye sobre los cimientos de un proceso ya iniciado y se proyecta sobre una de las partes de una relación jurídica de carácter patrimonial preexistente, que nació de manera voluntaria. La falta de pago o la expiración del plazo de duración del contrato deberían otorgar al arrendador una acción ejercitable ante los tribunales que le permitiera recuperar la posesión. Pero si el arrendatario se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica, el ordenamiento hace surgir una obligación sustantiva para el arrendador, pues aquel proceso se verá paralizado durante el tiempo necesario para encontrar una solución habitacional para el arrendatario demandado. En otro contexto, el arrendador tendría derecho a un proceso sin dilaciones con cuya resolución judicial se le permitiera disponer de la vivienda, pero en este caso el proceso deberá permanecer en compás de espera, de modo que las dilaciones se convierten en debidas u obligadas para el actor por ministerio de la ley. Se impone así al arrendador una carga, pues ve contenidas sus expectativas de recuperar la disponibilidad de la vivienda para darle el uso o disfrute que estime pertinente. Y no por circunstancias ajenas a la relación arrendaticia, como podría serlo la sobrecarga del órgano judicial, sino porque una de las partes de la relación es vulnerable y la norma busca protegerla retrasando la resolución del proceso civil destinado a despojarle de la vivienda por su incumplimiento contractual o por la finalización del contrato. Adviértase que de este modo queda atendida la necesidad del arrendatario: ciertamente, el arrendador no provee de una solución habitacional definitiva, pero sí transitoria hasta que los poderes públicos den con otro tipo de arreglo, como se apunta más adelante.

La carga tuitiva del arrendador no tiene una duración indefinida y el mismo legislador señala su «carácter extraordinario y temporal» (art. 1.1). Por un lado, la norma prevé que la suspensión se levantará en el momento en que la Administración comunique al órgano judicial que se han adoptado medidas adecuadas para que el arrendatario vulnerable tenga acceso a una vivienda digna distinta de la del arrendador y, por otro, ha fijado un límite temporal máximo al establecer que en todo caso la suspensión deberá levantarse en una fecha concreta, actualmente el 31 de diciembre de 2025. Con todo, debe apuntarse que el legislador ha reconsiderado esta última fecha ya en once ocasiones

hasta el día de hoy, renovando y ampliando el fin del plazo máximo de suspensión, al tiempo que prorrogaba la posibilidad para el arrendatario vulnerable de solicitar la suspensión del proceso[14]. Lo que es más, la Ley por el derecho a la vivienda —Ley 12/2023, disposición transitoria tercera— viene a establecer un condicionante que, de no respetarse, en algunos casos puede permitir el mantenimiento de la suspensión del desahucio tras el 31 de diciembre de 2025. Ello se debe a que el arrendador gran tenedor[15] ha visto como se supedita la reanudación del proceso a su solicitud expresa y a que acredite que se ha sometido a un procedimiento de mediación o conciliación que habrá de establecer la Administración Pública y que deberá tener en cuenta las circunstancias de ambas partes y las ayudas y subvenciones previstas en la legislación autonómica[16]. En cualquier caso, la medida sí puede calificarse como coyuntural, pues, pese a las prórrogas y condicionante mencionados, el espíritu de la norma no contempla su incorporación de forma estable a nuestro ordenamiento, impidiéndose de forma general, por lo pronto y por el momento, su solicitud más allá del 31 de diciembre de 2025.

La dinámica de esta obligación hace que no desaparezca ni mute el vínculo jurídico inicial, el contrato de arrendamiento, sino que este se mantiene a la espera de la resolución judicial que declare su finalización y reponga la situación posesoria. Por lo demás, no se imponen al arrendatario obligaciones específicas como contraprestación al beneficio previsto, más allá de las derivadas del contrato de arrendamiento que sigue disfrutando en el periodo de suspensión del juicio verbal.

---

[14] En la primera redacción de la norma se contemplaban seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 11/2020, es decir, a partir del 6 de marzo de 2020. Las sucesivas modificaciones de este extremo pospusieron esa fecha al 31 de enero de 2021; al 9 de mayo 2021 o fin de la prórroga del estado de alarma prevista en el Real Decreto 956/2020; al 9 de agosto de 2021; al 31 de octubre de 2021; al 28 de febrero de 2022; al 30 de septiembre de 2022; al 31 de diciembre de 2022; al 30 de junio de 2023; al 31 de diciembre de 2023; al 31 de diciembre de 2024 y, la última modificación, al 31 de diciembre de 2025.

[15] Se emplea a tal efecto el concepto de gran tenedor previsto en el art. 3.k de la Ley 12/2023, esto es «k) Gran tenedor: a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1 500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa».

[16] El actor debe acreditar el cumplimiento del requisito mediante la certificación del servicio de mediación o conciliación que se establezca, cuya vigencia a este efecto será de tres meses. También podrá hacerlo mediante su declaración responsable sobre el intento de conciliación o mediación no atendido por el servicio correspondiente en los cinco meses anteriores o su declaración responsable sobre la falta de iniciación de los trámites pertinentes en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud de conciliación o mediación (Ley 12/2023, disposición transitoria tercera 1.º y 2.º).

La aplicación de la medida se deja en manos del arrendatario, pues a él corresponde instar el incidente de suspensión extraordinaria ante el Juzgado que esté conociendo del juicio verbal, al tiempo que aporta justificación documental de su condición personal de vulnerabilidad económica[17]. El beneficio, la suspensión y consiguiente retraso del desahucio, se despliega en el marco de un proceso, por lo tanto, el papel preponderante corresponde al juez competente para acordarlo a la vista de la documentación presentada y del informe de Servicios Sociales. Igualmente, corresponde también al poder judicial (letrado de la administración de justicia) acordar el levantamiento de la suspensión cuando sea pertinente, según se apuntará a continuación[18].

La intervención de la Administración también adquiere cierta relevancia. Instada la suspensión por el arrendatario y tras dar traslado del incidente al arrendador para que, si fuera el caso, tenga oportunidad de alegar su misma condición de vulnerabilidad económica[19], se hará lo propio con los Servicios Sociales correspondientes, que deberán emitir un informe que valore la situación de vulnerabilidad e identificar las medidas a adoptar por la Administración. Además, de ser acordada la suspensión por el juez, la Administración habrá de poner en práctica las soluciones previstas u otras igualmente adecuadas para facilitar una salida habitacional al arrendatario. Y una vez aplicadas, la Administración deberá comunicarlo al órgano judicial para que se proceda al levantamiento de la suspensión del proceso. Por lo tanto,

---

[17] El art. 6 de la norma contempla la documentación acreditativa de tal circunstancia:

1. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 5 se acreditará […] mediante la presentación de los siguientes documentos:

a) En caso de situación legal de desempleo, mediante certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

b) En caso de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, mediante certificado expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, sobre la base de la declaración de cese de actividad declarada por el interesado.

c) Número de personas que habitan en la vivienda habitual:

i. Libro de familia o documento acreditativo de pareja de hecho.

ii. Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

iii. Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

d) Titularidad de los bienes: nota simple del servicio de índices del Registro de la Propiedad de todos los miembros de la unidad familiar.

e) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse sin recursos económicos suficientes según este real decreto-ley.

[18] En la primera redacción del art. 1 del Real Decreto-ley la suspensión se levantaba automáticamente superado el plazo fijado previamente por el letrado de la administración de justicia.

[19] Las causas de vulnerabilidad que puede alegar el arrendador son las contempladas en la letra a) del art. 5.1, antes transcrito. La documentación acreditativa al respecto es también la contemplada en el art. 6 de la norma, reproducido en la nota núm.17.

en estos casos, la participación de la Administración es trascendental tanto para que el juez pueda resolver con auténtico conocimiento de las circunstancias de las partes, como para que se ponga fin a la paralización del proceso civil. Cierto es que aportados por el arrendatario los documentos requeridos para acreditar su vulnerabilidad, el informe de los Servicios Sociales al respecto no debería tener excesivo impacto, pero sí lo tendrá la previsión que realice sobre la alternativa habitacional procedente y su puesta en práctica, de la que la Administración ha de responsabilizarse[20].

La norma no contempla en este supuesto una actividad de supervisión o vigilancia específica, tampoco una reacción sancionadora ante posibles incumplimientos de las partes. Sin duda, el hecho de que nos encontremos ante una relación ya contenciosa y de que la Administración se haya pronunciado sobre la vulnerabilidad y vaya además a procurar la alternativa habitacional sustitutiva de la suspensión de desahucio, hacen innecesario a juicio del legislador cualquier otro control adicional.

1.2. *La suspensión en el supuesto de ocupación*

Sin estar vinculado a una relación arrendaticia previa, conviene apuntar que el art. 1 bis del mismo Real Decreto-ley 11/2020 contempla que es igualmente de aplicación la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual al proceso tanto civil como penal por ocupación de inmuebles sin título[21]. También se requiere aquí que el ocupante se encuentre en una situación económica de vulnerabilidad (art. 5.1.a),

---

[20] Ya en 2011 elogiaba Bassols las bondades de la colaboración entre el poder judicial y la Administración al objeto de buscar una solución habitacional en los procesos de desahucio y defendía la implantación de una «colaboración temporal y material entre el Órgano jurisdiccional y las Administraciones públicas, a efectos de que éstas tengan ante las peticiones de los afectados capacidad inmediata de respuesta para afrontar con rapidez, bien la cobertura financiera del pago de los alquileres bien el ejercicio de la acción de enervación del desahucio o la disponibilidad de una vivienda de sustitución o de reemplazo para el desahuciado e incluso la legitimación para comparecer en el proceso solicitando por causas justificadas el aplazamiento del desalojo u otra medida análoga que no comprometa las garantías del arrendador». Si bien reconocía que «la colaboración que se postula puede ser objetada por cuanto pueda prestarse a nuevas prácticas dilatorias», en Bassols Coma, M.: «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2011, pp. 13-42, en particular, pp. 17, 26-27.

[21] Esta previsión fue incluida en el Real Decreto-ley 11/2020 por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes.

Al respecto puede verse, Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda ante la ocupación ilegal y las nuevas tendencias normativas: ¿una nueva vulnerabilidad?», en Mayor del Hoyo, M. V.; Salas Murillo, S. (coords.), *Vulnerabilidad patrimonial. Retos jurídicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 151 y ss.

condición a la que se añade además ya el ser una persona dependiente, ya víctima de violencia sobre la mujer, ya tener a cargo conviviendo en la vivienda alguna persona dependiente o menor de edad[22]. Por su parte, el obligado a soportar la suspensión del lanzamiento no será cualquier titular de la vivienda afectada por la ocupación, sino que ha de tener además la condición de persona jurídica[23] o persona física titular de más de diez viviendas[24], es decir, lo que en otras normas viene considerándose gran tenedor. Y esta circunstancia hace que la eventualidad de prolongar más allá del 31 de diciembre de 2025 la suspensión del lanzamiento (disposición transitoria tercera de la Ley por el derecho a la vivienda) pueda darse también en esos casos.

La obligación sustantiva es equivalente al supuesto anterior, soportar el uso de la vivienda, pero la obligación económica no solo comprende la pérdida patrimonial por la pérdida de oportunidad, sino también la efectiva pérdida de la renta económica durante el tiempo que se retrase el proceso y el lanzamiento, pues aquí no existe una relación arrendaticia previa cuya renta se siga devengando.

La ponderación a realizar por el juez a la hora de decidir la suspensión del lanzamiento será más compleja, pues deberá adoptar su

---

[22] Teme Mayor del Hoyo que estas previsiones puedan conducir «a la picaresca de denuncias falsas. También podría favorecer, por otra parte, la trata de menores o dependientes», Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, p. 152.

[23] La redacción de este precepto es ambigua, al no dejar claro si la persona jurídica en todo caso se ve sometida a la obligación prevista, independientemente del número de inmuebles del que sea titular («viviendas que pertenezcan a personas jurídicas o a personas físicas titulares de más de diez viviendas»). Así lo entienden algunos autores críticos con el hecho de que baste la condición de persona jurídica para aplicar la medida. En este sentido, Mayor del Hoyo considera que puede tratarse de una «asociación humilde o a la pequeña empresa familiar que tienen su sede o ejercen su actividad en un inmueble de estas características. Pequeña empresa cuyos ingresos, por otra parte, garantizan el derecho a la vivienda de quien pone a disposición de la sociedad su trabajo», Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, p. 153.

Lo cierto es que el art. 4 de la misma norma, al regular otra medida tuitiva analizada más adelante, describe al obligado como «un gran tenedor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles […]». La redacción ha cambiado en el art. 4, con una referencia expresa al gran tenedor y alterando el orden de los obligados, lo que puede llevar a confirmar que el art. 1 bis es de aplicación a cualquier persona jurídica, como sostiene Mayor del Hoyo.

La Ley por el derecho a la vivienda aprobada en 2023 define también al gran tenedor invirtiendo el orden de los sujetos y refiriéndose a la persona física o persona jurídica titular de más de diez inmuebles, sin dejar tampoco duda de que la persona jurídica lo será, al igual que la persona física, solo en caso de titularidad múltiple.

[24] En consonancia con su interpretación del precepto (véase nota núm. 23), critica Mayor del Hoyo la distinta consideración de la riqueza para las personas físicas o jurídicas, pues encuentra discriminatorio que la suspensión pueda afectar a una pequeña empresa familiar, privando a sus titulares de ingresos con los que quizá estén afrontando su hipoteca o el alquiler de su vivienda; mientras que no afecta la medida, por ejemplo, a una persona física titular de nueve viviendas cerradas, pese a que con ellas no se está dando respuesta a la función social de la propiedad de la vivienda. Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, pp. 153-154.

decisión teniendo en cuenta no solo la concurrencia de las condiciones que acreditan la vulnerabilidad económica (art. 5.1.a), sino también si la entrada o permanencia en la vivienda está motivada por una situación de extrema necesidad y si ha mediado la cooperación de los ocupantes con las autoridades para encontrar una solución alternativa que les garantice el acceso a una vivienda digna[25]. Junto al análisis de las anteriores, habrá de contrastar que la ocupación no se haya producido en una vivienda donde el propietario, persona física, tenga su domicilio habitual o segunda residencia o donde los tenga un tercero por cualquier título válido; que para la ocupación no haya mediado intimidación o violencia sobre las personas; que no existan indicios racionales de que en la vivienda se realizan actividades ilícitas; que no se trate de un inmueble destinado a vivienda social y ya se haya designado a su beneficiario, y, finalmente, si la ocupación ha tenido lugar con posterioridad al 2 de marzo de 2020. Cualquiera de las circunstancias enunciadas descartará la posibilidad de aplicar la medida. Sin embargo, el juez ya no tendrá que ponderar la situación de vulnerabilidad económica del titular de la vivienda, como en el supuesto arrendaticio, pues en este caso el afectado por la medida será una persona jurídica o un gran tenedor a los que el legislador presume la capacidad económica[26]. Por lo demás, el papel de la Administración no difiere del que desempeña en el juicio relativo a la relación arrendaticia[27].

1.3. *Compensación de arrendadores y propietarios*

Como se señalaba más atrás, la carga que el Real Decreto-ley 11/2020 hace recaer sobre el arrendador o el titular de la vivienda ocupada tiene carácter temporal a la espera de que la Administración

---

[25] Mayor del Hoyo es crítica con la vaguedad de estas previsiones, pues no se «precisa en qué consiste la cooperación, por ejemplo, si es necesario que acrediten una búsqueda activa de empleo o el no rechazo de ofertas laborales recibidas», Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, p. 152.

[26] Véanse las notas núms. 23 y 24.

[27] Para Mayor del Hoyo esta medida «coloca a los propietarios afectados en una situación de vulnerabilidad jurídica: supone un obstáculo para la defensa de su derecho a poseer la vivienda ocupada ilegalmente, que afecta al propio derecho a la propiedad —art. 33 CE—, así como al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas —art. 24.1 y 2 CE—, dado que impide que pueda hacer efectivo por vía judicial el contenido de este derecho subjetivo sobre el inmueble. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, como el propio Tribunal Constitucional ha recordado, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la demora prolongada de las autoridades públicas en el desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de planificar cuidadosamente el desalojo con el fin de preservar el orden público y garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—, así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH)— FJ 3.º de la STC 32/2019—», en Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, p. 155.

facilite al arrendatario u ocupante vulnerables una solución habitacional. En el espíritu del legislador está que la Administración se apoye solo transitoriamente en los arrendadores o titulares de viviendas ocupadas. Por cuánto tiempo es algo que despejó el ulterior Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, al concretar un periodo máximo durante el cual los obligados tienen que soportar la medida y contemplar su derecho a la indemnización superado ese lapso temporal.

El Real Decreto-ley 11/2020 estableció que la suspensión de los desahucios y lanzamientos debe mantenerse en tanto en cuanto la Administración no facilite, tal y como detalló en el informe trasladado al juez, la solución habitacional alternativa a la vivienda arrendada u ocupada. Pues bien, posteriormente, la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020 vino a aclarar que superados tres meses desde la emisión del informe sin que las medidas se hubieran puesto en práctica por la Administración, surge un derecho a la compensación para quien ha visto el juicio suspendido y su aspiración de recuperar la vivienda demorada[28].

En el caso de la ocupación será necesario un requisito adicional para que surja el derecho a la compensación. Deberá acreditarse que la protección del ocupante vulnerable está produciendo un perjuicio económico concreto por impedir vender o arrendar una vivienda que ya venía siendo ofertada con aquellos fines antes de la ocupación. Obviamente, el desamparo del titular de las viviendas ocupadas es superior, pues solo se tendrán en cuenta los intereses económicos preexistentes al momento de la ocupación, pero no las expectativas de negocio posteriores o incluso de mero disfrute personal. Debe recordarse que los afectados por esta medida son grandes tenedores[29], sobre los que también pendía el peso de una posible prórroga de la suspensión del lanzamiento incluso después de finalizado 2025[30], viniendo esta nueva

---

[28] Aborda esta reparación el Real Decreto 401/2021, de 8 de junio, por el que se aprueban las medidas necesarias para que las Comunidades Autónomas puedan utilizar los recursos del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, a fin de hacer frente a las compensaciones que procedan, y por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la compensación a los propietarios y arrendadores a que se refieren los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. En él se establece que el solicitante deberá presentar su solicitud de indemnización ante la Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma correspondiente, justificando razonadamente el alcance de la misma y disponiendo para ello hasta el 31 de enero de 2026, art. 3.

Se contempla además un plazo de tramitación del procedimiento de tres meses y el silencio positivo para el caso de su terminación presunta, art. 3.

[29] Véase nota núm. 23.

[30] Esta posibilidad afecta también a los arrendadores grandes tenedores (disposición transitoria tercera de la Ley 12/2023), pero estos no tienen que acreditar su intención de negocio preexistente para optar a la compensación.

previsión a ahondar en el estigma de este colectivo. Parecería más adecuado facilitar la compensación en todo caso, al igual que en el supuesto de arrendamiento, o, en su defecto, de no querer proteger el mero disfrute por el titular, supeditar la compensación a la realidad de la oferta de venta o de alquiler tras la recuperación del inmueble.

La disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 37/2020 está fijando de manera indirecta el plazo del que dispone la Administración para hacer efectivo el acceso del arrendatario o del ocupante a una vivienda digna alternativa. La norma señala tres meses, pero estos se computarán desde la emisión del informe por los Servicios Sociales, que no desde el acuerdo judicial de suspensión, por lo que, a la postre, el tiempo con el que va a contar la Administración para aplicar las medidas tras la suspensión, y eludir así la obligación indemnizatoria, será inferior a los tres meses. Pero podría ocurrir que el juez se retrasase y adoptase el acuerdo concluido el plazo concedido a la Administración. ¿Podría entonces la Administración anticiparse y poner en práctica igualmente la medida prevista en el informe[31]? En tal caso, la provisión de la nueva solución habitacional y el abandono de la vivienda objeto del litigio harían perder su objeto a un proceso en el que se estaba ventilando un desahucio o lanzamiento que ya serían innecesarios, tan innecesarios como el mismo acuerdo de suspensión por cuya adopción se está aguardando. Pero de otro modo, la Administración correría el riesgo de incurrir en una mora que la obligaría a abonar las compensaciones, pese a no serle imputable el retraso[32].

De producirse la dilación que da derecho a la reparación[33], esta comprenderá el periodo que medie entre el acuerdo judicial de suspensión y su levantamiento o hasta el 31 de diciembre de 2025, en defecto de aquel. No abarcará, por tanto, el mantenimiento ulterior de suspensión que podría afectar a los grandes tenedores titulares de viviendas ocupadas o a los arrendadores que reúnan la condición de

---

[31] El art. 1.4 del Real Decreto-ley 11/2020, con relación a la vivienda arrendada, establece que «El juez, a la vista de la documentación presentada y del informe de servicios sociales, dictará un auto en el que acordará la suspensión del lanzamiento si se considera acreditada la situación de vulnerabilidad […]. Acreditada la vulnerabilidad, antes de la finalización del plazo máximo de suspensión, las Administraciones públicas competentes deberán adoptar las medidas indicadas en el informe […]». Y el art. 1 bis.5, sobre la vivienda ocupada, señala que «Durante el plazo máximo de suspensión fijado, las Administraciones públicas competentes deberán, caso de quedar constatada la vulnerabilidad económica, adoptar las medidas indicadas en el informe […]».

[32] El acuerdo de suspensión reviste menos automatismo en el supuesto de ocupación. En ese caso no es suficiente la acreditación de vulnerabilidad por los Servicios Sociales, sino que el juez tendrá que ponderar además otros aspectos anteriormente apuntados. Véase II.1.2. *La suspensión en el supuesto de ocupación*.

[33] Sobre esta compensación puede verse, Abascal Monedero, P. J.: «Otras medidas de apoyo…», *op. cit.*, pp. 312-314; Rodríguez Ríos, S. F.: «La protección de colectivos vulnerables…», *op. cit.*, pp. 512-513.

gran tenedor. Ascenderá la indemnización al valor medio que correspondería a un alquiler de vivienda en el entorno en que se encuentre el inmueble y a los gastos corrientes de la vivienda que acredite haber asumido el arrendador. Ahora bien, cuando la suspensión es soportada por el arrendador, si el valor medio fuera superior al alquiler pactado y debido, la compensación se reducirá a esta última cantidad. Es interesante reparar en que en la ocupación, de proceder la compensación, se abonará en todo caso el valor medio de la renta en la zona, sin que sea posible aplicar una reducción por alquiler inferior, pues no existe ningún vínculo contractual. Precisamente por ello se puede afirmar que el titular está siendo reparado por la pérdida de oportunidad de su venta o de su alquiler y que aquella se entiende compensada con el abono de los precios medios mencionados. Lo cierto es que esa misma pérdida de oportunidad es experimentada también por el arrendador y, sin embargo, si su indemnización tiene que ajustarse a un alquiler contractual inferior, nunca será igual a la prevista para un supuesto de ocupación en la misma zona[34].

Debe aplaudirse que el legislador haya cobrado conciencia de la importancia de compensar estas medidas[35], pues se reduce así la carga que ha de soportar el arrendador o el titular de la vivienda ocupada, mas la previsión normativa no produce una reparación total. Para comenzar, ningún derecho nacería de intervenir la Administración antes de concluidos los tres meses. Sin embargo, la sola dinámica de insertar estas nuevas actuaciones en los procesos examinados siempre va a generar demora en la resolución de los intereses del actor, por mínima que aquella sea: habrá que dar traslado de la solicitud de suspensión al demandante, se concederá un plazo a los Servicios Sociales para emitir el informe pertinente (diez días, tratándose de un arrendamiento —art. 1 Real Decreto-ley 11/2020— y quince, tratándose de una ocupación —art. 1 bis de la misma norma—) y el órgano judicial, una vez recibido, deberá examinar el dictamen sobre la vulnerabilidad para poder pronunciarse sobre la procedencia de la suspensión del desahucio o lanzamiento. Pero, además, como se ha apuntado ya, de darse el retraso de la Administración, tampoco quedarían plenamente compensados el arrendador o el titular del inmueble en cualquier caso: la indemnización del arrendador puede experimentar desajustes si la renta pactada es inferior al precio medio de mercado y la indemnización por ocupación no se contempla si no se puede acreditar la oferta previa del inmueble.

---

[34] La limitación en la compensación a los supuestos en que la vivienda hubiera sido ofertada antes de la ocupación seguramente es la razón de esta disparidad. Ya se ha expuesto la discrepancia con ese criterio, mas con todo, la vivienda arrendada también puede estar en la misma situación, pues nada impide a su titular ofertarla antes de su desalojo.

[35] Cabe recordar que, en su redacción originaria, el Real Decreto-ley 11/2020 introdujo la medida de suspensión, pero no contemplaba indemnización alguna.

En definitiva, no cabe duda de que se responsabiliza a la Administración de la obligación última de protección y es cierto que la obligación tuitiva del arrendador o del titular del inmueble ocupado se relativiza y aminora en ciertas circunstancias con la previsión de posibles compensaciones. Pero el modo en que estas son reguladas es un reconocimiento implícito por parte del legislador de que los particulares en cuyos inmuebles habitan personas vulnerables, aunque estas carezcan de derecho a su uso, tienen la obligación de facilitarles el disfrute de una vivienda digna.

2. Establecimiento de condiciones para la admisión a trámite de la demanda en el juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual

La disposición final quinta, apartado dos, de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, modifica el art. 439 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, añadiendo los apartados 6 y 7. En ellos se contempla que en los juicios verbales tendentes a recuperar la posesión de la vivienda, ya sea a causa de los impagos en la relación arrendaticia o por la finalización del plazo del contrato de arrendamiento, ya cuando el titular se haya visto despojado de la vivienda, no se admitirá a trámite la demanda si el demandante que reúna la condición de gran tenedor no acredita que la parte demandada no se encuentra en una situación de vulnerabilidad económica, necesitando aportar para ello la certificación correspondiente de la Administración competente en la materia[36]. Además, de confirmarse que el demandado tiene la condición de persona en situación de vulnerabilidad económica y la vivienda cuya recuperación se pretende es su vivienda habitual, deberá el actor gran tenedor acreditar que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación establecido por la Administración competente, en el

[36] Según dicho precepto, art. 439.6.c), «Para acreditar la concurrencia o no de vulnerabilidad económica se deberá aportar documento acreditativo, de vigencia no superior a tres meses, emitido, previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda, por los servicios de las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social que hayan sido específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda».

Si bien también quedará cumplimentada la acreditación mediante (art. 439.6):

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indiquen que la persona ocupante no consiente expresamente el estudio de su situación económica en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

que habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de ambas partes y las posibles ayudas o subvenciones previstas en la normativa autonómica sobre vivienda y aplicables al caso[37].

Nuevamente nos encontramos ante una medida tuitiva de carácter procesal, pues su cumplimiento es indispensable para la celebración del proceso civil. Se exige ahora el sometimiento previo a un procedimiento de conciliación o intermediación procurando tutelar al arrendatario u ocupante de la vivienda. Esta obligación también demorará meses la apertura del proceso y consecuentemente la efectiva protección jurisdiccional del arrendador y recuperación del inmueble, con todo lo que ello conlleva y se ha apuntado ya. No obstante, ninguna compensación se ha previsto al respecto.

La aplicación de esta medida corre a cargo de quien experimenta la carga, arrendador o titular grandes tenedores. Deberán cerciorarse de la condición del arrendatario u ocupante e instar el procedimiento de conciliación o intermediación. Ahora bien, la intervención del juez es igualmente relevante, supervisando el cumplimiento que permitirá admitir a trámite la demanda. De igual forma lo es la de la Administración, ya que le corresponde tanto acreditar la vulnerabilidad como establecer el procedimiento de conciliación. Sorprende que el legislador no haya precisado en este caso las circunstancias a tener en cuenta por la Administración para declarar la vulnerabilidad, como sí hizo en el art. 5 del Real Decreto-ley 11/2020 o hace en el art. 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se abordará enseguida. Habida cuenta del carácter procesal de la medida, deberá entenderse que los requisitos serán los mismos en todo el territorio y no otros que los recogidos en el art. 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[38]. Sin embargo, puede confundir la redacción del precepto, pues señala que al efecto de acreditar la vulnerabilidad será suficiente con el documento emitido por los servicios competentes indicando que el morador no consiente expresa-

---

[37] El cumplimiento de este requisito podrá acreditarse también mediante (art. 439.7):

1.º La declaración responsable emitida por la parte actora de que ha acudido a los servicios indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma.

2.º El documento acreditativo de los servicios competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar la identidad de las partes, el objeto de la controversia y si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento, en su caso. Este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

[38] Además, el art. 441.5, al regular la posibilidad de suspensión ulterior del proceso, establece que cuando el actor sea un gran tenedor no deberá acreditarse nuevamente el carácter vulnerable del arrendatario, pues el gran tenedor lo habrá hecho ya previamente al presentar su demanda, como se está exponiendo ahora.

mente el estudio de su situación económica «en los términos previstos en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda»[39].

Debe destacarse que ya no se trata en este caso de una medida declaradamente coyuntural, como lo era la analizada en el punto anterior. La ley no prevé que el requisito introducido ahora esté limitado en el tiempo ni circunscrito a un periodo concreto, sino que se incorpora de manera estable a la legislación procesal. Por otro lado, la supervisión o vigilancia específica del mandato legal no es necesaria, ya que será el juez con su decisión sobre la admisión a trámite de la demanda el que compruebe si el arrendador o titular de la vivienda ocupada le ha dado el debido cumplimiento, pues al fin y al cabo la medida ha sido configurada como un auténtico presupuesto procesal.

3. Suspensión del juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual

Esta medida ha sido introducida también por la disposición final quinta, apartado cuatro, de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al modificar el apartado 5 del art. 441 y añadir el 6 y el 7[40]. En realidad, con las diferencias que a continuación se expondrán, viene en gran medida a replicar la suspensión de lanzamientos antes analizada, si bien prescindiendo ya de su carácter coyuntural y su vigencia temporal. En este caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que admitido a trámite el juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual, se comunicará de oficio la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, para que verifiquen si se está en presencia de una situación de vulnerabilidad y, de ser así, presenten al juzgado una propuesta de solución habitacional, de medidas de atención inmediata y de posibles ayudas económicas de las que pueda beneficiarse el demandado[41]. En el supuesto de que la parte actora sea un gran tenedor, dado que ya habrá conocimiento de

---

[39] En nuestra opinión, debería interpretarse tal previsión como una remisión al procedimiento y competencias previstas al respecto en la normativa autonómica, mas no a la aplicación de una delimitación propia de la condición de persona vulnerable.

[40] A raíz de la redacción dada al art. 549.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la misma disposición final quinta de la Ley por el derecho a la vivienda, las nuevas previsiones del referido art. 441.5, 6 y 7 se hacen extensivas a la demanda ejecutiva relativa al lanzamiento de vivienda habitual.

[41] El apartado 5 del art. 441 fue introducido en la Ley de Enjuiciamiento Civil por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. La modificación operada en él por la Ley por el derecho a la vivienda viene a mejorar la tutela ya prevista en 2019, cuyo tenor era el siguiente:

la condición del demandado[42], la Administración tendrá que proceder directamente a proponer la solución habitacional alternativa y las restantes medidas de apoyo.

Tras dar traslado a las partes y recibidas las alegaciones oportunas, el juez resolverá lo que proceda sobre la suspensión del proceso, que, de acordarse, se prolongará en tanto no se pongan en práctica las medidas propuestas por la Administración, levantándose en todo caso en el plazo de dos o cuatro meses dependiendo de que el demandante sea una persona física o jurídica, respectivamente.

El obligado por la medida es nuevamente el arrendador o el titular de la vivienda ocupada y su beneficiario el arrendatario o el ocupante vulnerables. La obligación no se aparta de la establecida en el Real Decreto-ley 11/2020[43]. La diferencia estriba en el objeto de la suspensión (allí el desahucio o lanzamiento, aquí el juicio verbal una vez admitido a trámite[44]); en el plazo máximo en el que se puede mantener la suspensión (allí hasta el 31 de diciembre de 2025, aquí por dos o cuatro meses) y en el impulso de la medida o a quién corresponde

---

«5. […] A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano».

Señala Pérez Daudí que la introducción de este apartado en la Ley de Enjuiciamiento Civil responde a la necesidad de respetar el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y a la interpretación del precepto realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Pérez Daudí, V.: «El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 348-349.

[42] Recuérdese que, tratándose de un gran tenedor, solo se habrá admitido su demanda a trámite si ha aportado la acreditación sobre la condición de vulnerabilidad del arrendatario. Véase al respecto el epígrafe anterior, II.2. Establecimiento de condiciones para la admisión a trámite de la demanda en el juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual.

[43] Insiste Mayor del Hoyo en que también esta medida provoca la vulnerabilidad jurídica del titular de la vivienda, al someterlo al alargamiento excesivo del procedimiento y dificultar la defensa de su derecho. Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda …», *op. cit.*, p. 157. Al hilo de su comentario a la disposición final quinta de la Ley por el derecho a la vivienda, Argelich sostiene que en situaciones de vulnerabilidad no debe prolongarse «la ocupación de la vivienda sin lanzamiento a costa del propietario», lo que procede es «aligerar y coordinar la respuesta administrativa y judicial, para proveer una alternativa habitacional a las personas vulnerables previa al lanzamiento», en Argelich Comelles, C.: *La Ley*…, *op. cit.*, p. 262.

[44] Se trata de un caso especial en la tramitación inicial del juicio verbal, art. 441 Ley Enjuiciamiento Civil.

aplicarla (allí se actúa a instancia de la parte demandada, aquí se actúa de oficio[45]).

Cuestión importante es determinar la compatibilidad de esta medida con la suspensión prevista en el Real Decreto-ley 11/2020. La norma de 2020 señala que «1. Desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta el 31 de diciembre de 2025, […], la persona arrendataria podrá instar, de conformidad con lo previsto en este artículo, un incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento […]». Y la Ley por el derecho a la vivienda que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en el extremo que nos interesa entró en vigor el 26 de mayo de 2023. Existe por tanto un periodo, entre el 26 de mayo de 2023 y el 31 de diciembre de 2025, en el que ambas normas han de convivir, pero la aplicación de la Ley parecería impedir la del Real Decreto-ley: la Ley se refiere a la tramitación inicial del juicio verbal, mientras que el Real Decreto-ley se refiere ya al desalojo judicial. De este modo, podría semejar que, suspendido el proceso a su comienzo a la espera de la aplicación de las medidas sociales, en cuanto estas se pongan en práctica y se proporcione una nueva vivienda al demandado, difícilmente habría que tomar en consideración el desahucio en el juicio verbal. Pero puede suceder que se supere el plazo máximo de suspensión inicial (dos o cuatro meses) sin que la Administración haya facilitado la solución habitacional, debiendo levantarse entonces la suspensión del juicio. En tal caso, si la Administración siguiera sin dar acceso al demandado a una vivienda digna, cabría la posibilidad de que ulteriormente el arrendatario instara la suspensión del desahucio en aplicación del art. 1 del Real Decreto-ley[46].

Lo cierto es que el legislador, al dictar el Real Decreto-ley en 2020 estableció ya en su art. 1.1 que su aplicación era compatible con la suspensión prevista en el art. 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[47]. Ahora estamos analizando la nueva redacción de 2023 del referido apartado del art. 441, pero el espíritu y esencia de aquella versión del precepto no difieren en su redacción actual[48]. Con todo, en el caso de solicitarse una segunda suspensión, sería pertinente plantear si debería omitirse la solicitud a los Servicios Sociales de la acreditación de

---

[45] Este dato tiene consecuencias importantes, pues si bien la suspensión que se pueda adoptar solo afectará al arrendador o titular de vivienda en la que se acredite que reside una persona vulnerable, la solicitud de información sobre la vulnerabilidad afectará a cualquier demandante arrendador o titular de vivienda ocupada.

[46] La suspensión inicial del proceso que ahora se aborda resulta solo de aplicación al proceso civil, art. 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, único afectado por la disposición final quinta de la Ley por el derecho a la vivienda, y no al proceso penal en el que, sin embargo, sí es posible la suspensión del lanzamiento (art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020).

[47] «[…] se haya suspendido o no previamente el proceso en los términos establecidos en el apartado 5 del art. 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil […]».

[48] Véase nota núm. 41.

la vulnerabilidad del demandado y la previsión de medidas sociales a adoptar por la Administración, exigidas por el Real Decreto-ley. Hay que tener en cuenta que un informe de similar contenido se habrá evacuado al inicio del proceso y habrá justificado ya su primera suspensión. No cabe duda de que, de reiterarse la petición, la demora en la tramitación seguiría creciendo al mismo ritmo que los perjuicios del arrendador. Ahora bien, de admitirse que la segunda suspensión tiene fundamento suficiente en el informe ya obrante en la causa, sería necesario hacer una relectura de las previsiones sobre el derecho a compensación del demandante por el retraso de la Administración en la aplicación de las medidas de tutela al demandado. Para que ese derecho nazca es preciso que la Administración se demore más de tres meses en la adopción de las medidas y ese plazo se computará desde la emisión del informe solicitado con carácter previo al lanzamiento. Pero si, como se viene apuntando, se estima conveniente omitir su solicitud, el cómputo deberá tomar como referencia una nueva fecha *a quo* y esta debería ser la de emisión del primer informe que fundamentó la suspensión inicial del juicio o, cuando menos, aquella en la que se acordó la primera interrupción. Al fin y al cabo, la solicitud de esta segunda suspensión trae causa de la persistencia de la Administración en el incumplimiento del plazo del que disponía para hacer efectiva la protección prevista a raíz de la admisión a trámite del proceso.

El art. 441.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el pronunciamiento judicial sobre la suspensión se realizará previa valoración ponderada y proporcional de todas las circunstancias, incluida la posible vulnerabilidad del demandante. En este caso, el precepto detalla en qué supuestos se podrá apreciar la existencia de vulnerabilidad:

> A estos efectos, en particular, el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance:
>
> a) Con carácter general, el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual (en adelante IPREM).
>
> b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar. El incremento aplicable por hijo a cargo será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o en el caso de cada hijo con discapacidad igual o superior al 33 por 100.
>
> c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo.
>
> d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad igual o superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma

> permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de cinco veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo.
>
> A estos mismos efectos, el tribunal para apreciar la vulnerabilidad social podrá considerar el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren personas dependientes de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

Llama la atención la previsión anterior por diversos motivos. En primer lugar, porque tratándose de una medida procesal, al igual que lo era la contemplada en los arts. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, sin embargo, la delimitación de la vulnerabilidad no coincide con la efectuada en el art. 5 del Real Decreto-ley. Para continuar, por el mero hecho de incluirla en este precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando en el art. 439 no solo se había omitido, sino que incluso podría parecer que remitía a la aplicación de los criterios propios de la legislación autonómica[49]. Además, y particularmente, porque cuando el juez deba pronunciarse, la Administración competente habrá acreditado ya la vulnerabilidad económica del demandado.

El precepto adquiriría sentido si contuviera los parámetros a los que haya de ajustarse la Administración para certificar la vulnerabilidad, pero eso no se desprende de su tenor literal al señalar «el tribunal para apreciar la situación de vulnerabilidad económica podrá considerar». O también si se refiriera a los parámetros a examinar respecto de la posible vulnerabilidad del actor. Pero esto último tampoco resulta coherente con la literalidad del precepto, por cuanto en él se hace referencia a que el juez «podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 por 100 de los ingresos de la unidad familiar». En definitiva y con todo, pese a las dificultades del legislador para expresarlo, que el precepto contenga un mandato dirigido a la Administración o dirigido también a la Administración parece la conclusión más plausible.

Finalmente, debe destacarse que este supuesto ya no se acompaña de ningún tipo de compensación, a diferencia de la suspensión del desahucio prevista en el Real Decreto-ley 11/2020. La finalidad de la medida es la misma, la protección de la persona vulnerable sin más solución habitacional que la vivienda en la que reside, aunque carezca de

---

[49] Por otro lado, el apartado 7 del art. 441, al delimitar la vulnerabilidad, se refiere expresamente a supuestos de desahucio por impago, no a otros posibles como los motivados por la finalización del plazo del contrato, a los que también se aplica la suspensión prevista en el art. 441.

derechos para mantenerse en ella. El verdadero obligado a asistir a esta persona facilitándole una solución estable para su situación es la Administración en ambos casos. Y quien temporalmente asume la carga de facilitar una vivienda digna en la que alojarse es el arrendador o titular de la vivienda ocupada, parte demandante tanto en el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como en el del Real Decreto 11/2020. Pero la coyuntura que rodeó la aprobación de ambas normas era diferente.

El Real Decreto-ley 11/2020 fue una medida adoptada ya en marzo de aquel año para paliar las consecuencias producidas por el Covid-19 en las economías familiares y la compensación del arrendador se aprobó en diciembre del mismo año al dictado del Real Decreto-ley 37/2020, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda. El primer decreto-ley anticipaba en su exposición de motivos su preocupación por evitar que la vulnerabilidad del arrendatario se trasladara al arrendador, pues, en aquel contexto de pandemia, la quiebra de las economías no hacía distingos y las dificultades se experimentaron por igual en toda la sociedad. La exposición de motivos del decreto-ley de diciembre anunciaba la intención de articular «un procedimiento que evita que la demora de los poderes públicos a la hora de aplicar las medidas de protección social afecte a los legítimos intereses de los propietarios afectados, estableciendo una compensación que pueda cubrir el perjuicio ocasionado a lo largo del período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el órgano judicial o por finalizar el estado de alarma». En cambio, aunque la obligación contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil no difiera en mucho de la prevista unos años antes, no deja de ser esta norma una regulación procesal y su finalidad se orienta *prima facie* a ordenar adecuadamente las actuaciones en sede jurisdiccional. Además, la medida tuitiva del demandado vulnerable es introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley por el derecho a la vivienda, texto centrado en garantizar el acceso y disfrute del derecho que la titula, de modo que dirige su atención primordialmente al arrendatario y al ocupante acreedores del derecho, mas no a quien experimenta la carga que la medida supone.

Pesará también, sin duda, la duración del plazo de suspensión, pues el art. 441 establece que la suspensión se levantará automáticamente a los dos o cuatro meses de ser acordada. Sin embargo, en el Real Decreto-ley existe la posibilidad de que la suspensión del lanzamiento sea más dilatada, pues su finalización dependerá de la adopción de las medidas pertinentes por la Administración o, en su defecto, de que haya finalizado el año 2025. La indefinición y lo extenso que puede ser este plazo han justificado la previsión del derecho a la compensación, que nace cuando la demora en la aplicación de las medidas sea superior a tres meses. Por el contrario, el legislador habrá considerado innecesaria

la compensación en el supuesto del art. 441 ya que en ese caso el plazo de suspensión inicial del proceso es exclusivamente de dos meses, sin posibilidad de ampliación, e inferior a los tres meses contemplados a efectos de la compensación en el Real Decreto-ley[50]. Por lo demás, quizá la ausencia de reparación para la medida prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil encuentre igualmente su justificación en el momento en que se prevé la suspensión o, si se prefiere, en el objeto de la suspensión. La Ley de Enjuiciamiento Civil aborda una suspensión inicial, cuando todavía no se puede afirmar que el demandante vaya a ver estimada su pretensión; mientras que en el Real Decreto-ley la suspensión lo es del desahucio o lanzamiento, habiendo prosperado ya, por tanto, la acción.

En cualquier caso, lo cierto es que el arrendador o titular de la vivienda ocupada que finalmente vea reconocido su derecho a recuperar la posesión del inmueble habrá experimentado un retraso en la satisfacción de su derecho a causa de la suspensión inicial del proceso, sin que tenga opción a verse compensado por ello[51]. Lo que es más, sea cual sea el pronunciamiento final, de lo que no cabe duda es de que la medida comporta una dilación en el acceso a la justicia para el arrendador o titular de la vivienda en la que habita una persona vulnerable.

4. Aplazamientos del pago de la renta

Un nuevo ejemplo de obligación tuitiva impuesta al arrendador es el aplazamiento temporal de la deuda arrendaticia, introducido en el ya conocido Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19[52].

---

[50] El plazo previsto por el art. 441 en el caso del gran tenedor es de cuatro meses, superior a los tres que dan derecho a la compensación derivada de la aplicación del Real Decreto-ley. Pero seguramente, a juicio del legislador, se trata de una diferencia menor que no merece ser tomada en consideración, habida cuenta del mayor rigor que las normas dispensan a estos titulares de vivienda.

[51] Más, si cabe, en el supuesto del gran tenedor, que debe añadir a este retraso el derivado del presupuesto procesal analizado, esto es, la necesaria acreditación de la condición vulnerable del arrendatario y el sometimiento a la conciliación o mediación previa.

[52] Al respecto pueden verse, Abad Lloria, I.; Castillo Echevarría, R.: «Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultas del COVID-19», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, 2021, pp. 129-132; Abascal Monedero, P. J.: «Otras medidas de apoyo…», *op. cit.*, pp. 319-326; Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: «La protección de la persona vulnerable…», *op. cit.*, pp. 367-368.

Para Quintiá, esta medida es un ejemplo de la respuesta del legislador al mandato constitucional de configuración jurídica del derecho a la vivienda, integrando el respeto a la dignidad como delimitador del contenido mínimo de aquel derecho, Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda…*, *op. cit.*, p. 46.

De forma expresiva, su art. 4 se titulaba «Aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda». En consecuencia, no todos los arrendadores soportaron de forma imperativa esta medida, sino solo aquellos que tenían la condición de gran tenedor[53] y las empresas o entidades públicas de vivienda. No obstante, cuando el arrendador no se encontraba entre alguno de los anteriores podía asumirla igualmente, pero de manera potestativa entonces (art. 8 Real Decreto-ley 11/2020)[54]. El arrendatario con derecho a ella era también el mismo con derecho al aplazamiento del desahucio, es decir, el que reunía los requisitos previstos en el art. 5 de la norma[55].

La obligación surgía en el seno de una relación jurídica de carácter patrimonial preexistente y constituida de forma voluntaria por las partes del negocio arrendaticio. En este caso, se mantenía la vigencia del contrato de arrendamiento y no mediaba necesariamente ningún incumplimiento, por lo que la relación jurídica no estaba siendo fiscalizada por el juez.

La carga tuitiva podía revestir dos modalidades, aplicándose aquella que seleccionase el arrendador[56], ya fuera la reducción del 50 por 100 de la renta, ya la moratoria en el pago de la renta sin recargo alguno

---

[53] El concepto de gran tenedor se refiere en este caso al previsto en el mismo artículo y contempla a cualquier persona física o jurídica titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluidos garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m^2.

[54] El arrendatario que podía solicitar esta medida voluntaria debía reunir los mismos requisitos que el que tenía derecho a disfrutarla, requisitos que se mencionan a continuación. Si el arrendador no obligado rechazaba tutelar al arrendatario, este tenía acceso a programas de ayuda por parte de la Administración (art. 9).

[55] Si bien, a este respecto, establecía el art. 5.3 que «No se entenderá que concurren los supuestos de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 a los efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual cuando la persona arrendataria o cualquiera de las personas que componen la unidad familiar que habita aquella sea propietaria o usufructuaria de alguna vivienda en España. Se considerará que no concurren estas circunstancias cuando el derecho recaiga únicamente sobre una parte alícuota de la misma y se haya obtenido por herencia o mediante transmisión mortis causa sin testamento. Se exceptuará de este requisito también a quienes, siendo titulares de una vivienda, acrediten la no disponibilidad de la misma por causa de separación o divorcio, por cualquier otra causa ajena a su voluntad o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de alguna de las personas que conforman la unidad de convivencia».

Disfrutaban también de este derecho los arrendatarios de viviendas pertenecientes al Fondo Social de Vivienda creado a raíz del Real Decreto-ley 27/2012. Se trata de un fondo constituido a través de un convenio entre el Gobierno y las entidades de crédito e integrado por viviendas de titularidad de las entidades financieras, destinadas a arrendamiento para personas en situación de especial vulnerabilidad que hubieran perdido su vivienda habitual a causa del impago del préstamo hipotecario o de la dación en pago de la vivienda (art. 4.3).

[56] La doctrina considera que el arrendatario realmente solo tiene derecho al aplazamiento y que la condonación solo procede si el arrendador así lo decide. Por tal motivo, se sostiene también que en el supuesto de que el arrendador no se pronuncie sobre la medida escogida, procederá aplicar y exigir exclusivamente el aplazamiento. Así, Abad Lloria, I.; Castillo Echevarría, R.: «Las medidas de moratoria…», *op. cit.*, pp. 131-132.

para el arrendatario, pues se contemplaba que las rentas aplazadas no devengaban intereses y se abonarían de manera fraccionada. En ambas fórmulas la obligación tenía carácter netamente patrimonial para el arrendador, pues en un caso asumía la pérdida del 50 por 100 de la renta acordada en el contrato y en el otro dejaba de percibirla temporalmente, sin ser compensado por el retraso[57].

La medida estuvo limitada temporalmente al periodo de vigencia del estado de alarma declarado como consecuencia del Covid-19 y a los meses siguientes si aquel plazo resultaba insuficiente en relación con las circunstancias de vulnerabilidad, sin que pudieran superarse los cuatro meses. Si bien podía finalizar antes del plazo previsto, si el arrendatario tenía acceso a determinados programas de ayudas[58].

En este supuesto sí se contemplaba la responsabilidad del arrendatario para el caso de solicitar el aplazamiento sin reunir los requisitos de vulnerabilidad económica del art. 5 o por buscar permanecer de manera voluntaria y deliberada en situación de vulnerabilidad. Responsabilidad que alcanzaba cuando menos a los daños y perjuicios que se hubieran podido producir, así como a todos los gastos que la aplicación de la medida hubiera generado (art. 7).

La moratoria de la deuda arrendaticia tuvo carácter claramente autoaplicativo. Era el propio arrendatario el que la solicitaba y el que justificaba cumplir los requisitos para ser beneficiario y, para ello, el art. 6 del Real Decreto-ley enumeraba la documentación que debía facilitar al arrendador[59]. Pero lo hacía de un modo un tanto deficiente, pues ni al arrendatario en una situación precaria y durante el estado de alarma debía resultar sencillo reunir la documentación requerida ni el arrendador llegaría a conclusiones definitivas sobre la vulnerabilidad del arrendatario, ya que a tenor de la norma también era posible sustituir la documentación probatoria de su condición por una declaración responsable (art. 6.2)[60].

Al no apoyarse esta fórmula de protección en una relación judicializada, no tenían los tribunales protagonismo ni tampoco la Administración, a quien en este caso no correspondía acreditar las condiciones de vulnerabilidad. Todo ello planteaba enormes lagunas, pues no se contemplaba cómo determinar que era necesaria la ampliación tempo-

---

[57] La renta aplazada debía fraccionarse durante al menos tres años y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o de sus prórrogas, art. 4.2.

[58] En concreto, un programa de ayudas transitorias de financiación para cobertura de gastos de vivienda de arrendatarios en situación de vulnerabilidad. Se trataba de una línea de préstamos concedidos por entidades de crédito sin devengar ningún tipo de gasto ni interés para el solicitante y totalmente avalados por el Estado (art. 9).

[59] Al respecto, véase nota núm. 17.

[60] Lo que es más, la carencia de recursos económicos debía acreditarse en todo caso a través de una declaración responsable, art. 6.1.e).

ral con posterioridad a la vigencia del periodo de estado de alarma, ni cómo podía conocer el arrendatario que el arrendador tenía la condición de obligado[61] o si, por el contrario, la moratoria era voluntaria para el titular del inmueble. Poco se decía sobre cómo depurar la mencionada responsabilidad del arrendatario por incumplimiento, pues nuevamente se dejaba sin concretar cómo debía hacerse efectiva y ante quién, debiendo por tanto interpretarse como un incumplimiento en las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento del que debía conocer la jurisdicción civil.

No cabe duda de que tantos vacíos eran buena muestra de la precipitación de la previsión y de los tiempos en los que se aprobó, y mejor ejemplo de la inseguridad y desprotección a la que se enfrentaron tanto arrendadores como arrendatarios[62]. También ponen de manifiesto que el llamado *Estado garante*, para ser efectivo, no puede limitarse a regular, desplazando hacia los privados la responsabilidad de cumplir ciertas exigencias del Estado social, sino que son necesarias ciertas *garantías* públicas de que el beneficiario recibe la atención de que se trate y de que el obligado no soporta más cargas de las debidas. Y lo cierto es que aquellas garantías solo las puede ofrecer el Estado a través de intervenciones, si quiera sean puntuales, de sus poderes públicos, sean estos los órganos administrativos o los tribunales de justicia.

5. Prórroga extraordinaria del contrato de alquiler

La disposición final primera de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, modifica el art. 10 de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, e introduce en su nuevo apartado segundo una medida tuitiva de protección del arrendatario vulnerable. En este caso, finalizada la prórroga obligatoria o tácita del contrato de arrendamiento de vivienda habitual, se abre la posibilidad de aplicar otra nueva prórroga extraordinaria por un periodo máximo de un año, durante la cual se mantendrán las mismas condiciones establecidas para el contrato en vigor.

---

[61] La incertidumbre podrá surgir en los supuestos en los que el arrendador es gran tenedor, no así si se trata de una empresa o entidad pública de vivienda.

[62] Tampoco se concretaba en el Real Decreto-ley 11/2020 la forma en la que el arrendador podía tener conocimiento de que el arrendatario tenía a su disposición el primer pago del programa de ayudas transitorias cuya creación se autorizaba en el art. 9. Según disponía el art. 4.4, la percepción del primer pago ponía fin a la situación de vulnerabilidad y a la moratoria o fraccionamiento de la deuda. Posteriormente, el Convenio de colaboración para la gestión de los avales y de la subvención de gastos e intereses por parte del Estado a arrendatarios en la «Línea de avales de arrendamiento COVID-19», suscrito el 1 de mayo de 2020 entre el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Instituto de Crédito Oficial, E.P.E., estableció que las entidades de crédito debían realizar los abonos directamente a los arrendadores —estipulación segunda e)—.

El beneficiario será el arrendatario en situación de vulnerabilidad acreditada en un informe o certificado emitido por los Servicios Sociales municipales o autonómicos en el último año. Pero es importante destacar que esta no es una protección coyuntural, por lo que podrá ser solicitada por cualquier arrendatario vulnerable en cualquier momento[63]. El obligado será en este caso el arrendador que tenga la condición de gran tenedor de acuerdo con la definición contenida en la Ley por el derecho a la vivienda (art. 3.k). La previsión tuitiva se sustenta en un vínculo contractual previo que se mantiene, pero ya de manera forzosa para una de las partes, tanto en lo que hace a su prolongación como a sus términos.

La obligación sustantiva del arrendador consiste en permitir que el arrendatario vulnerable conserve su vivienda habitual en el inmueble durante el tiempo que considere conveniente, sin superar un año desde la finalización del contrato, incluidas las prórrogas ordinarias y sin que pueda, por tanto, el arrendador disponer del uso de la vivienda. Y comporta además para el arrendador una obligación patrimonial, pues durante esta prórroga extraordinaria no pueden modificarse las condiciones del contrato y, en consecuencia, tampoco podrá actualizarse el precio del alquiler, pese a la pérdida económica que esto pueda comportar. El legislador deja meridianamente claro el alcance patrimonial de la obligación, pues incluye esta modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos en una disposición de la Ley 12/2023 que expresivamente titula «Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda»[64]. Por descontado, ningún tipo de compensación se ha contemplado al respecto.

La medida tiene carácter autoaplicativo. El arrendatario debe solicitarla al arrendador, acreditando su situación de vulnerabilidad mediante el informe de los Servicios Sociales, sin que el arrendador pueda discutir u oponerse al informe. La norma no contempla la posibilidad de que el arrendatario deje de ser vulnerable durante el periodo de prórroga extraordinaria. Pero debería haber dispuesto si en ese caso se mantendrá igualmente el derecho al disfrute de la prórroga o si, desaparecido el supuesto de hecho que la justifica, el vínculo contractual llegará a su fin. Y si así fuera, debería haberse pronunciado sobre cómo habrá de proceder el arrendador: ¿habrá de pedir a los Servicios Sociales una reevaluación de la situación?, ¿habrá de dirigirse a la jurisdicción civil para recuperar su vivienda aplicándose entonces las previsiones del nuevo art. 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?

---

[63] Si bien ha de tenerse en cuenta que la disposición transitoria cuarta de la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, señala que los contratos anteriores a su entrada en vigor «continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación».

[64] En esta misma disposición se incorporan otras modificaciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos que persiguen la misma finalidad, aunque no se han concebido específicamente para tutelar a personas vulnerables.

Por lo demás, resulta llamativo que a partir del informe emitido por los Servicios Sociales se imponga una obligación de tutela a un particular, pero no se desprendan consecuencias para la Administración, pues este informe de vulnerabilidad no tiene que ir acompañado de soluciones habitacionales, como sí sucedía cuando era solicitado por el juez. Lo que es más importante, tampoco se anticipan respuestas para afrontar la vulnerabilidad finalizado el periodo de prórroga. No deja de ser paradójico que, finalizado el contrato, si el arrendatario vulnerable ni abandona la vivienda ni solicita la prórroga, el arrendador pueda plantear la acción judicial para su recuperación posesoria y la dinámica de las medidas procesales analizadas exijan de la Administración la provisión de una alternativa habitacional. Mientras que cuando el arrendatario solicita la prórroga y la acreditación de su condición vulnerable, sin que la relación se judicialice, los Servicios Sociales no adquieran más obligación que la mera emisión del informe. Nada se dice y, por lo tanto, parece admitirse la posibilidad de que se encadenen la prórroga de tutela al arrendatario vulnerable y la ulterior suspensión del juicio, si el inquilino no abandonara la vivienda al finalizar la prórroga o no abonara el alquiler durante la misma. Más aún, cabe preguntarse qué ocurrirá si el arrendatario no solicita la prórroga, pero tampoco abandona la vivienda. Si el arrendador acudiera a la jurisdicción civil para recuperar la posesión del inmueble, ¿podría el juez tras solicitar la acreditación de la vulnerabilidad a los Servicios Sociales entender de oficio prorrogado el contrato, aunque la Ley de Arrendamientos Urbanos señale que la ampliación del vínculo «podrá aplicarse previa solicitud del arrendatario»? ¿O tendría el órgano judicial que aplicar directamente la tramitación prevista en el art. 441 pasando por alto la prórroga tuitiva? En fin, parece incuestionable que la redacción de esta garantía debería haberse hecho sin perder de vista las previsiones procesales de protección, tanto en lo que toca a su alcance como a la posible interacción y compatibilidad entre una y otras.

Problemática es también la indefinición del precepto respecto a la vulnerabilidad del arrendatario. El legislador no se ha detenido en delimitar las condiciones a tener en cuenta para que los servicios sociales realicen dicha calificación, lo que sin duda puede dar lugar a conflictos relevantes, pues el certificado de vulnerabilidad es la piedra angular de esta obligación tuitiva y su impugnabilidad controvertida, al igual que la caracterización jurídica de estos informes o certificaciones[65]. En cualquier caso, tratándose de una medida que afecta al contrato arrendaticio, el parámetro de vulnerabilidad debería ser único en todo el

[65] Sobre la naturaleza de los informes emitidos por la Administración y la posibilidad de recurrir su contenido o las respuestas a consultas planteadas a la Administración, pueden verse García-Andrade Gómez, J.: *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 188 y ss., González Botija, F.: *Las respuestas de la Administración a las consultas de los ciudadanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 227 y ss.

territorio y fijado en la norma estatal. Al no haberse procedido así, nos reiteramos en lo indicado en el epígrafe relativo a las condiciones para la admisión a trámite de la demanda del juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual, esto es, en la aplicación supletoria de las previsiones del art. 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al respecto o, en su defecto, del art. 5 del Real Decreto-ley 11/2020.

En definitiva, la urgencia quizá explique la defectuosa técnica legislativa empleada para regular la moratoria de la renta en una situación de vulnerabilidad, pero ese motivo no puede ser la excusa de este precepto, cuyas omisiones y lagunas en nada garantizarán la seguridad jurídica del arrendatario vulnerable ni de su arrendador.

III. EL CONTORNO DE UN ESTADO SOCIAL EXTERNALIZADO PARA TUTELAR LA VULNERABILIDAD DANDO ACCESO A LA VIVIENDA A TRAVÉS DEL ALQUILER

Las páginas anteriores son reveladoras de que las políticas públicas también se han apoyado en los arrendadores para facilitar el acceso a la vivienda de personas a las que las normas han calificado como vulnerables. Cierto es que en materia de arrendamientos no es novedoso que el legislador haga descansar sobre el arrendador el peso para ajustar el mercado de oferta y demanda de alquileres y, de este modo, facilitar una solución habitacional para el conjunto de la ciudadanía en abstracto. Pero la novedad de las medidas descritas radica en que con ellas no se busca una solución para toda la población interesada en disponer de una vivienda a través de un contrato de alquiler, sino solo para unos ciudadanos concretos definidos por su condición de vulnerables. Son estas las medidas que ahora nos interesan como manifestación de la externalización del Estado social en la tutela de la vulnerabilidad[66].

1. Medidas no siempre coyunturales de efectos siempre temporales

En el recorrido realizado por las obligaciones tuitivas arrendaticias se puede observar que las primeras acciones tuvieron un carácter coyuntural, como reacción al impacto de la pandemia en las personas y familias que venían disfrutando de una vivienda en alquiler y se veían

[66] Por ser ajenas a la existencia de un vínculo contractual arrendaticio, no nos detendremos en adelante en las previsiones adoptadas al hilo de la ocupación de vivienda por personas vulnerables; sí expuestas en las páginas previas por acompañar a las medidas tuitivas del arrendatario vulnerable en gran parte de las normas abordadas, así en el Real Decreto 11/2020 y en la actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

en peligro de perder su hogar. Salvando las distancias, estas medidas vinieron a ser el remedo de las adoptadas años atrás en materia de ejecución hipotecaria, si bien construidas ahora sobre los elementos de la relación arrendaticia. Así, por un lado, se frenaba la acción judicial de desalojo de la vivienda y su puesta a disposición del arrendador y, por otro, si no se había planteado todavía el conflicto judicial, se alteraba la renta del alquiler, ya reduciéndola, ya, en todo caso, retrasando su abono sin devengar por ello intereses de demora.

Las normas estatales recurrieron a estas fórmulas para tutelar situaciones concretas de vulnerabilidad, siguiendo la estela de lo que se había comenzado ya a hacer en materia de ejecución hipotecaria, de suministros domiciliarios de primera necesidad, como la electricidad, o de cuentas de pago básicas[67]. Y al igual que en estos casos fue una lacerante y prolongada crisis desatada por la burbuja inmobiliaria o las *subprimes* el detonante del giro hacia las nuevas formas de externalización del Estado social, a partir de 2020 fue el terrible contexto económico y social provocado por la pandemia el que llevó al legislador a replicar soluciones del mismo tenor para evitar la pérdida de la vivienda por personas vulnerables que la venían disfrutando en régimen de arrendamiento.

Característico de esta coyunturalidad es el tipo de norma que materializó las medidas tuitivas analizadas. A través del decreto-ley se afrontó una situación de extraordinaria y urgente necesidad, como evidencian las fechas en las que fueron adoptados el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo[68], y el ulterior 37/2020, de 22 de diciembre[69].

---

[67] Sobre la imposición de obligaciones tuitivas en estas parcelas, véanse, respectivamente, los capítulos de este libro a cargo de F. González Botija, R. Caballero Sánchez y M. A. Salvador Armendáriz.

[68] Señalaba su exposición de motivos que «El pasado 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró pandemia internacional a la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19. La rápida propagación, tanto a nivel nacional como internacional, ha motivado la necesidad de reaccionar de forma rápida y de adoptar medidas urgentes y contundentes con el objetivo de amortiguar el impacto de esta crisis sin precedentes. Esta crisis sanitaria está teniendo un impacto directo en la economía y en la sociedad […]. En estas circunstancias excepcionales, la política económica debe estar orientada a […] ayudar a los más vulnerables […]. Concretamente, este nuevo real decreto-ley persigue, en primer lugar, la adopción de un nuevo paquete de medidas de carácter social dirigidas al apoyo a […] familias y colectivos vulnerables, haciendo especial hincapié en aquellos que más lo necesitan. […] En primer lugar, se adoptan medidas dirigidas al apoyo al alquiler de personas vulnerables. […] En este contexto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a […]:

Primero, responder a la situación de vulnerabilidad en que incurran los arrendatarios de vivienda habitual como consecuencia de circunstancias sobrevenidas debidas a la crisis sanitaria del COVID-19, especialmente aquellos que ya hacían un elevado esfuerzo para el pago de las rentas, pero también aquellos que, sin estar previamente en esa situación, se encuentren ahora en ella circunstancialmente».

[69] Aclaraba su exposición de motivos que «en estos momentos, además de trazar el marco general y reforzar los instrumentos públicos para abordar los retos de la vivienda, es preciso ofrecer respuesta inmediata a la grave situación de aquellas personas y hogares que están ex-

De igual modo y en consonancia con este carácter coyuntural, la vigencia de esta forma de externalizar el Estado social solo estaba prevista para periodos concretos de tiempo y tenía y tiene fecha de caducidad —la finalización del estado de alarma, respecto a la renta del alquiler, y el 31 de diciembre de 2025, respecto a los desalojos—[70]. Cuestión distinta es que, a juicio del poder ejecutivo, las circunstancias que definen esa coyuntura no desaparezcan y exijan el dictado de nuevos decretos-leyes que amplíen el periodo en el que es posible seguir adoptando las acciones de tutela. Como se ha apuntado, eso es lo que está ocurriendo con la sucesión de normas de urgencia que reiteradamente vienen dilatando desde 2020 el margen temporal en el que se puede acordar la suspensión de los desalojos prevista en los arts. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020.

Superada la necesidad de inmediatez en la respuesta a la crisis, las medidas tuitivas —frenando nuevamente el proceso tendente al desalojo y puesta a disposición del arrendador de la vivienda alquilada o prorrogando del contrato de arrendamiento— se han hecho hueco entre las políticas públicas en materia de vivienda, siendo acogidas de forma definitiva y perdiendo el carácter coyuntural. Así, las modificaciones que la Ley por el derecho a la vivienda realiza en la Ley de Arrendamientos Urbanos y en la Ley de Enjuiciamiento Civil no son una respuesta a necesidades derivadas de una crisis concreta, sino a la vulnerabilidad presente y asentada en nuestra sociedad. En consonancia con este rasgo, la vigencia de las últimas normas es indefinida, por lo que la carga del arrendador que alberga a personas vulnerables o, si se prefiere, el derecho del arrendatario vulnerable quedan incorporados ya al ordenamiento. Esto explica también el abandono del decreto-ley y su sustitución por la ley ordinaria, la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda.

Ahora bien, unas y otras medidas, coyunturales e indefinidas, coinciden en la temporalidad de sus efectos. Es importante destacar este

---

perimentando con mayor crudeza los efectos de la pandemia, en un contexto marcado por la declaración de un estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 […]. En este contexto, es preciso seguir avanzando a través de soluciones efectivas, ponderadas y equilibradas para asegurar la protección social de las personas y hogares en el ámbito de la vivienda y utilizar para ello el instrumento jurídico del real decreto-ley ya que el requisito de extraordinaria necesidad y la urgencia de las medidas se apoyan y justifican en sólidos motivos. El primer motivo de urgencia y necesidad de las medidas deriva de la combinación de una situación sociosanitaria sin precedentes en nuestro país, que ha llevado a declarar el estado de alarma, y que ocasiona las más graves consecuencias en la salud de las personas, con la difícil situación económica y social por la que atraviesan un gran número de hogares, que pueden verse abocados a perder la vivienda en la que residen en el contexto de la pandemia, tratándose de una situación ante las que los poderes públicos deben actuar, activando todos los instrumentos de política social y de vivienda a su disposición […]».

[70] Adviértase que no se trata ahora de insistir en la provisionalidad del decreto-ley, sino en que las medidas que regula dejan de poder adoptarse a partir de determinada fecha.

aspecto, porque la paralización del proceso en sus distintas formas, la moratoria del alquiler o la prórroga del contrato ampararán al arrendatario por periodos más o menos extensos, pero siempre acotados en el tiempo. De este modo, el arrendador no soportará la medida tuitiva *sine die* y llegará un momento en el que, de mantenerse la vulnerabilidad, tendrán que ser los servicios sociales los que se hagan cargo de su atención[71].

2. La presencia de los poderes públicos en el desenvolvimiento de las medidas

En atención a la presencia pública, las medidas analizadas se pueden clasificar en dos grandes grupos: medidas autoaplicativas y medidas a cuya aplicación proceden los poderes públicos.

---

[71] Los efectos de la medida tuitiva de suspensión del juicio verbal introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen una duración máxima de 2 o 4 meses, como se señaló en su momento. Los de la suspensión regulada en el Real Decreto-ley 11/2020 también tienen una duración temporalmente limitada, pero su formulación puede llegar a ser problemática, ya que su finalización se fija en el momento en que la Administración ponga en práctica una acción sustitutiva o, en su defecto, con la llegada de la fecha prevista en la norma o en las normas que contienen las sucesivas prórrogas. El legislador ha contemplado que su efecto esté acotado en el tiempo; ahora bien, ocurre en este caso que la inoperancia de la Administración facilitando la solución habitacional alternativa sumada a los repetidos aplazamientos de la fecha de finalización de la medida pueden prolongar por extensos periodos la suspensión del desahucio o lanzamiento y, por consiguiente, la duración de la carga que soporta el arrendador. La STC 126/2024 ha sido muy esclarecedora a este respecto. En ella se resolvía un recurso de amparo contra las decisiones judiciales que denegaron la posibilidad de prorrogar la suspensión de un lanzamiento en aplicación del art. 1 del Real Decreto-ley 11/2020 y los sucesivos reales decretos-leyes de prórroga de aquel. La recurrente había logrado la suspensión hasta en dos ocasiones del procedimiento de juicio verbal de desahucio por expiración del plazo contractual de arrendamiento. Pero ante la solicitud de un tercer aplazamiento fundado en un nuevo real decreto-ley de prórroga, acabó resolviéndose que las normas «solo permiten al arrendatario instar un único incidente de suspensión extraordinaria del desahucio o lanzamiento y […] ya habían planteado hasta tres incidentes de suspensión por vulnerabilidad sin que por las administraciones públicas competentes hubieran adoptado las medidas adecuadas para satisfacer la necesidad habitacional de esas personas».

La sentencia constitucional otorgó el amparo a la arrendataria recurrente al considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del dictado de unas resoluciones judiciales «cuya fundamentación es fruto de un proceso deductivo irrazonable y meramente voluntarista». Y, lo que es más importante, confirmó que, mientras se encuentren en vigor las normas que prorrogan el art. 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, es posible seguir solicitando y obteniendo la protección de la medida tuitiva, pues «no resulta ajustado a la finalidad del precepto restringir el alcance procesal de la norma a la interposición de un único incidente de suspensión, cuyo efecto impediría ampliar el plazo de suspensión pese a mantenerse la situación de vulnerabilidad que determinó la aplicación de la medida. […] La finalidad que pretende la aplicación sucesiva de estas normas responde a la necesidad de mantener en el tiempo estas medidas y seguir atendiendo a las necesidades de estos hogares, incompatible con un planteamiento que restringe en el ámbito procesal la suspensión del lanzamiento. […] La literalidad de la norma tampoco permite deducir la obligación de interponer un único incidente de suspensión […] y no poder pedir su prórroga tampoco puede deducirse del examen literal de la norma» —FJ 3.B—.

Las primeras responden a un diseño en el que solo las partes de la relación arrendaticia intervienen. Se trata de la moratoria en el pago y de la prórroga del contrato. El arrendatario vulnerable debe solicitar ante el arrendador el beneficio previsto en la normativa y es también el arrendatario quien debe justificar ante aquel su condición de sujeto vulnerable, sin que ningún poder público tenga que adoptar una decisión sobre la procedencia de la tutela. Incluso en este bloque puede hacerse una subdivisión entre la fórmula en la que la acreditación de la vulnerabilidad requiere una certificación pública —la prórroga— y aquella otra en la que ni eso era necesario —la moratoria—.

En estos casos la medida no trasciende la relación jurídico-privada, nadie más que las partes contratantes son conocedoras del estado de la relación y del alcance de la tutela y quizá por ello no está prevista la adopción de una acción sustitutoria por la Administración cuando finalice la protección dispensada por el arrendador. Como se indicaba más atrás, sorprende esta ausencia de la Administración en el supuesto de la prórroga, pues está al corriente de la vulnerabilidad al haberla certificado, pero la norma no contempla ningún seguimiento de la situación del arrendatario ni, como se ha apuntado, intervención pública en la relación privada. En tales circunstancias parece que el Estado social y prestador ha evolucionado hacia un Estado meramente regulador, ciertamente con fines sociales, pero ausente a la hora de asegurar y comprobar que la atención es real.

A diferencia de lo que ocurre con la asistencia prestada por las empresas energéticas a los consumidores vulnerables, en la tutela al arrendatario vulnerable, el arrendador parece volverse la parte más débil de la relación jurídica —adviértase que se está haciendo referencia exclusivamente a la influencia de las partes en el vínculo contractual afectado por la medida de auxilio y en ningún caso a sus respectivas situaciones personales—. El consumidor vulnerable depende del suministrador para disfrutar del beneficio, por ello, la falta de seguimiento o de intervención de la Administración en esta relación pueden colocar a la persona vulnerable en una situación de clara desventaja o desamparo frente al empresario. Pero en la tutela arrendaticia autoaplicativa ocurre todo lo contrario, dado que el arrendatario no necesita de actuaciones adicionales del arrendador para asegurarse la protección. Ya está en posesión de la vivienda que satisface su necesidad habitacional, por lo que realmente es el arrendador el que puede experimentar dificultades para hacer valer sus derechos o para asegurarse de que la carga que soporta es la debida de conformidad con las normas. A la postre, parece que solo la vía judicial civil podría dar satisfacción a sus pretensiones, pero en ella de nuevo se encontrará con la tutela del arrendatario de carácter no autoaplicativo.

El segundo bloque de acciones se antoja más efectivo, pues cuenta con la intermediación tanto del poder judicial como de la Adminis-

tración. Así, mientras el primero acuerda la imposición de la medida (suspensión del desahucio, admisión a trámite de la demanda o suspensión del juicio verbal de desahucio), la segunda certifica la condición de vulnerabilidad y, además, y en esto se diferencia claramente su presencia de la prevista en el otro bloque, está obligada a diseñar y poner en práctica una solución habitacional alternativa que sustituirá a la afrontada por el arrendador. La relación entre las partes sigue siendo de naturaleza privada, pero al haber surgido el conflicto y confiado al poder judicial su resolución, se ha aprovechado tal contexto por el legislador para desplazar hacia los poderes públicos el protagonismo en la adopción de una solución para la necesidad del arrendatario vulnerable. De este modo, se consigue cierto equilibrio entre las partes, no solo porque cuentan con la posibilidad de alegar y argumentar acerca de la pertinencia de la medida o de las circunstancias que la justifican, sino también porque disponen de los recursos procesales para su defensa en caso de disconformidad. Y aquí radica otra gran diferencia entre la presencia de la Administración en la prórroga tuitiva y en estos supuestos.

En efecto, no se puede negar la trascendencia del informe que acredita la vulnerabilidad para la efectiva aplicación de las previsiones tuitivas. Ahora bien, cuando la tutela se despliega a raíz del proceso, aunque la opinión de la Administración no pueda ser objetada por las partes en vía administrativa, sí puede ser discutida en sede judicial y con ello también su adecuación y pertinencia. Sin embargo, cuando el informe se requiere en el supuesto autoaplicativo, la parte del contrato arrendaticio que tiene que soportar la medida y aceptar sin más el contenido del informe, no tiene opción de participar en el procedimiento de evaluación del arrendatario vulnerable ni otra fórmula para su defensa que el ejercicio de la acción judicial, interferida nuevamente por las soluciones tuitivas procesales. A la postre, las posibilidades de defensa de su posición experimentan entonces un claro debilitamiento.

3. El beneficiario de la acción tuitiva y su repercusión en la naturaleza de las medidas

Como se ha apuntado ya, el halo de tutela que se desprende de las medidas abordadas no protege a todos los arrendatarios, sino exclusivamente a aquellos que pueden ser calificados como vulnerables. La irrupción legislativa de este atributo y la idea a la que se refiere hacen acto de presencia en la regulación sectorial a partir del primer decenio del presente siglo[72]. En general, puede decirse que su empleo responde

[72] Caballero Sánchez, R., «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», texto inédito de la ponencia presentada al IV Congreso del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, «Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», Madrid, 2022. A través de este

a la identificación de «quienes están fuera del sistema o están en riesgo de pasar a estarlo, y que se plasma en el acceso efectivo a los diversos servicios y consumos de carácter básico», ya que el Estado social ha acudido en su amparo frente a las reiteradas crisis «cuando se trate de situaciones de pobreza extrema, pero también cuando sin alcanzar esa precariedad se acredite insuficiencia de recursos para disfrutar de estándares básicos de calidad de vida que se reputen universales»[73].

De forma intuitiva puede afirmarse que el inquilino vulnerable al que las normas tratan de proteger es aquel que por su especial situación económica corre el riesgo de perder el hogar que disfruta en régimen de alquiler. Ahora bien, cuál es esa situación precaria es algo que se acota caso a caso sin que, ni siquiera en normas todas ellas estatales y todas ellas relativas a la tutela del arrendatario vulnerable, el legislador haya creído oportuno delimitar el concepto de forma unívoca. Como se ha expuesto en las líneas precedentes, el Real Decreto-ley 11/2020 define al inquilino vulnerable con criterios que no coinciden con los que recoge la reformada Ley de Enjuiciamiento Civil a igual efecto. Y lo que es más, la delimitación de la vulnerabilidad se omite en otras medidas tuitivas de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil y en la modificada Ley de Arrendamientos Urbanos.

La evidencia que se desprende de todas estas actuaciones de tutela es que aspiran a proteger al arrendatario desfavorecido que por tal circunstancia va a perder su vivienda o está en riesgo de perderla. Es esa precariedad la que motiva la búsqueda de respuestas y, quizá, la multiplicidad que puede adoptar y los cambios a los que se ve expuesta han desincentivado al legislador para configurar un único modelo de vulnerabilidad[74]. Con todo, el intento de homogenización habría sido conveniente y quizá podían haberse incluido en estas normas, al menos en las que no tienen carácter coyuntural, fórmulas que permitieran la modificación y adaptación de los parámetros de la vulnerabilidad de manera más ágil, como la deslegalización mediante una remisión reglamentaria para futuras alteraciones[75].

Pero retomando el objetivo primordial de esta singular externalización, la salvaguarda de personas vulnerables, debe destacarse que su encuadramiento está más próximo al título competencial sobre asistencia social que al relativo específicamente a la vivienda. Sobre aquel

---

interesante trabajo puede rastrearse la irrupción y posterior desarrollo en nuestra legislación del concepto de vulnerabilidad y de consumidor vulnerable a partir del primer decenio del siglo XXI.

[73] *Ibidem*.

[74] De no ser así, sería necesario reprochar al legislador su imprecisión y falta de coherencia, contrarias a los exigibles principios de buena regulación, en particular, al de seguridad jurídica.

[75] Repárese en que los preceptos que delimitan este carácter suelen tener un alto contenido técnico-económico que puede estar en muchas ocasiones vinculado a fluctuaciones micro o macroeconómicas y, en todo caso, a la evolución del nivel de riqueza de la sociedad.

ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que la noción material de asistencia social «no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE, y, por tanto, competencia posible de las comunidades autónomas [...] *Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social*. En el momento actual —con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección— es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios» —STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 7—.

Lo que ha movido al legislador a dictar las medidas estudiadas no es la regulación del mercado de la vivienda ni el mantenimiento de determinados estándares de calidad ni facilitar de forma general el acceso a la vivienda[76]. Le ha movido la protección de situaciones de necesidad específicas sentidas por determinados sectores de la población, por personas vulnerables, y relacionadas con el mantenimiento de su vivienda, de su hogar. Cierto es que el Alto Tribunal viene asociando el título competencial sobre asistencia social a acciones cuya puesta en práctica sea responsabilidad directa de los poderes públicos, bien que «su dispensación la llevarían a cabo entes públicos u organismos dependientes de entes públicos. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4)» —STC 36/2022 FJ 4 A.b)—. No se nos oculta que esta conceptuación de la asistencia social sigue vinculada al modelo clásico de Estado social y prestador. Pero, como trata de defenderse en esta obra, ese Estado social de corte tra-

[76] Sobre la distribución de competencias en materia de vivienda, entre otros, pueden consultarse Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda*…, *op. cit.*, p. 95 y ss.; Velasco Caballero, F.: «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la Vivienda», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 8, 2023, pp. 61-94; Tornos Mas, J.: «Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica. Las políticas autonómicas en materia de vivienda», en *Revista Valenciana d´Estudis Autonòmics,* núm. 62, 2017, p. 35 y ss.; Arias Martínez, M. A.: «Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11, 2019, pp. 106-121; Moreu Carbonell, E.: «El impacto…», *op. cit.*, pp. 23-24, 32-33; Durbán Martín, I.: «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda: un análisis desde el prisma competencial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023, pp. 1-26.

dicional ha incorporado nuevas fórmulas para la tutela social, externalizando la protección de la vulnerabilidad de la que es responsable, no ya a través de métodos de gestión indirecta, sino, dando un paso más, imponiendo a terceros una obligación de tutela respecto de ciudadanos vulnerables. Por ello y consecuentemente con la evolución del Estado social, el título competencial sobre asistencia social debe ser también objeto de reconfiguración en cuanto a sus confines. Estos ya no han de situarse allí donde esté presente la actuación pública, sino allí donde se protejan situaciones de necesidad por iniciativa pública, ya sea directamente, indirectamente o por terceros de forma coactiva, como venimos exponiendo[77]. Por lo demás, la tutela de la vulnerabilidad que estamos abordando tampoco es una forma de beneficencia privada, pues no se caracteriza por la voluntariedad y la acción desinteresada. Muy al contrario, las actuaciones tuitivas de la vulnerabilidad incorporadas con este nuevo avance del Estado social externalizado se distinguen por ser una carga impuesta por la normativa e incompatible con cualquier referencia a la filantropía.

Ahora bien, las normas y medidas analizadas son de procedencia estatal, pero la asistencia social es un título que no está incluido en el art. 149.1 de la Constitución, sino en el art. 148.1.20, por lo que han sido los textos estatutarios los que lo han asumido. Con todo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el Estado puede intervenir también en este ámbito. Por un lado, porque siendo esta «una materia compleja, que resulta central en un Estado social» —STC 36/2012, FJ 4—, la transversalidad del título va a entrar en conexión con otros de competencia estatal. Esto es, «son las Comunidades Autónomas las

---

[77] Señala Vaquer que la acción social, terminología que prefiere para referirse a lo que venimos denominando asistencia social, «es, o debiera ser, la expresión más acabada de la cláusula del Estado social» y apunta que pretende «subvenir las carencias o los estados de necesidad por los que pueden pasar los individuos o los grupos que forman, para que estos puedan ser efectivamente iguales y desarrollar libremente su personalidad en sociedad». Busca la «prevención/corrección de situaciones de necesidad distintivas de determinados individuos o grupos, que los margina socialmente haciendo necesaria una acción especial de integración» e incluye aquí tanto la pobreza, como otras circunstancias como la vejez, la infancia, la drogodependencia, etc., proyectando así la acción social no solo sobre la vulnerabilidad económica, sino también sobre lo que las normas denominan vulnerabilidad social. También Vaquer mantiene la asistencia social en la órbita de la acción pública, pues entiende que la conforman un «conjunto de prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas». En Vaquer Caballería, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 19, 65, 163 y 168.

De igual modo, Pemán Gavín entiende que la asistencia social comprende acciones públicas que pueden ser tanto de prestación como de fomento, impulsando estas últimas las acciones privadas que sirvan al mismo fin que la acción pública de prestación. Así, Pemán Gavín, J.: «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», en *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, p. 46.

Por nuestra parte, añadiríamos a la enumeración la actividad de limitación a través de la cual se consigue que sujetos privados sustituyan coactivamente la actividad pública de prestación.

que tienen la competencia para diseñar su propia política de asistencia social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del art. 149.3, en el art. 150.3 o, en su caso, en el art. 149.1» —STC 146/1986, FJ 5, y STC 36/2012, FJ 4—. Y por otro porque no puede afirmarse sin más su carácter autonómico exclusivo, ya que «las competencias exclusivas no pueden entenderse en su estricto sentido de exclusión de actuación en el campo de lo social […] del Estado, "respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma", especialmente en cuanto se refiera a "la existencia de problemas y de tratamiento de problemas que exceden del ámbito de la Comunidad Autónoma, en cuanto se trate de políticas de asistencia social, que sólo tengan sentido en cuanto referidas al país en su conjunto"», —STC 146/1986, FJ 5, y STC 36/2012, FJ 4—[78].

Ambas derivadas están presentes en la examinada protección a los arrendatarios vulnerables impuesta a los arrendadores. De ahí que haya sido regulada por el legislador estatal. Así, pese a tratarse de diversas fórmulas de asistencia social en su renovada concepción acorde con las nuevas vestiduras del Estado social, no puede negarse su identificación con títulos exclusivos del Estado, ya sea por su imbricación en el Derecho Civil (art. 149.1.8 CE), en el que necesariamente debe encuadrarse la prórroga del contrato como medida de tutela, ya en el Derecho Procesal (art. 149.1.6 CE), al que debe reconducirse la tutela implantada a lo largo del *iter* procesal tendente al desalojo del arrendatario. El legislador autonómico no podría imponer previsiones de tal naturaleza[79],

---

[78] Sobre cómo el Estado puede incidir en la materia asistencia social, pueden verse Vaquer Caballería, M.: *La acción social*…, pp. 101-105; Pemán Gavín, J.: «Sobre el concepto constitucional de asistencia social. Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 272-280.

[79] La intromisión en la competencia estatal para regular la legislación civil y las bases de las obligaciones contractuales llevó al Tribunal Constitucional a anular diversos preceptos de la Ley 11/2020 del Parlamento de Cataluña, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler, relativos a la fijación de la renta de alquiler y a la asunción de gastos no previstos en el contrato de arrendamiento —SSTC 37/2022, FJ 4; 57/2022, FJ 4, y 118/2022, FJ único—. A raíz de la STC 120/2024 —FJ 5.C.c.i. e ii.—, igual suerte han corrido los preceptos de la Ley 1/2022 del Parlamento de Cataluña, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, en los que se abordaba la imposición y prórroga de un alquiler social forzoso.

Por invadir el título competencial estatal relativo a derecho procesal (art. 149.1.6 CE), la STC 28/2022 ha anulado los preceptos del Decreto-ley 37/2020, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, que establecían que, durante la vigencia del estado de alarma decretado a causa de la pandemia o de otras medidas que restringieran la movilidad, era requisito procesal previo a la interposición de demandas dirigidas al lanzamiento o desahucio de vivienda de personas vulnerables la oferta de un alquiler social, que debía interrumpirse el proceso para realizar dicha oferta si la demanda había sido ya inter-

aunque sí podrá colaborar con el legislador estatal en la tutela de los arrendatarios vulnerables a través de otras actuaciones que tengan cabida en sus títulos competenciales. Y si nos preguntamos si tal colaboración podría alcanzar a la delimitación de la vulnerabilidad que da derecho a la tutela contemplada en las normas estatales, nuestra opinión, como se ha adelantado ya[80], es negativa. Y lo es por el estrecho vínculo de estas acciones con los mencionados títulos competenciales estatales de cuyo ejercicio son manifestación. Pero lo es también y muy especialmente por la necesidad de abordar el problema de la pérdida de la vivienda de los arrendatarios vulnerables de manera global en todo el territorio, haciéndolo de igual forma para todos los ciudadanos. Posibilitando que todos los que se encuentren en esa situación disfruten por igual de los derechos y facultades que se desprenden de las medidas y que todos los arrendadores soporten las cargas y obligaciones derivadas de ellas sin disparidades territoriales; señalando un estándar de

---

puesta y la interrupción del lanzamiento o desahucio de la vivienda cuando el proceso afectase a personas vulnerables —FF.JJ. 4, 5 y 6—. Con el mismo argumento fueron anulados por la STC 57/2022, FJ 5, los preceptos de la Ley 11/2020 del Parlamento de Cataluña que condicionaban el inicio del procedimiento judicial de desahucio por impago del arrendatario vulnerable a la formulación de una oferta previa de alquiler social. Y a igual conclusión ha llegado la STC 120/2024 —FJ 5.B.d— respecto de preceptos de similar tenor de la Ley 1/2022 del Parlamento de Cataluña, antes referida.

Curiosa e incomprensiblemente, la STC 21/2019 declaró la constitucionalidad del precepto de la Ley 10/2016, de medidas de emergencia de Aragón, en el que se establecía la suspensión de los procesos de desahucio por impago de alquiler de personas vulnerables, a la espera de que la Administración les ofreciera una solución habitacional digna. El Tribunal sostuvo en el FJ 6 que la medida no vulneraba el art. 149.1.6 CE porque simplemente configuraba un mecanismo sustantivo de protección de situaciones de necesidad vinculado a actuaciones que debía desplegar la Administración. Si bien no hay nada que objetar a la interpretación finalista del precepto que se hacía la sentencia, tampoco puede olvidarse que a tal efecto se contemplaba la paralización del proceso, medida que no puede dejar de calificarse como procesal. Más aún, esta y otras sentencias realizaron una interpretación conforme del mandato relativo a la suspensión y facilitación de alternativas habitacionales en supuestos de lanzamientos hipotecarios, toda vez que la suspensión de esos procesos estaba ya prevista en la normativa estatal (Ley 1/2003). De este modo, se consideró que las normas autonómicas no ordenaban como tal la suspensión, sino la búsqueda de una alternativa ocupacional mientras durase la suspensión procesal decretada por la norma estatal. Pero esta interpretación conforme no podía hacerse extensiva a las previsiones que afectaban a las suspensiones de los desahucios en juicios por impago de alquiler, pues en aquel momento las normas estatales no habían introducido la suspensión en estos procesos. Esta llegaría en marzo de 2019, mientras que la Ley fue aprobada en 2016 y la sentencia dictada en febrero de 2019.

El voto particular suscrito por los magistrados Roca Trías y Montoya Melgar es muy crítico con este aspecto del pronunciamiento de la sentencia. En su opinión no cabe duda de que las previsiones aludidas invaden la competencia estatal para regular la materia procesal y son, por tanto, inconstitucionales, ya que introducen «una especialidad de naturaleza procesal que supone una alteración del régimen comúnmente aplicable en todo el territorio nacional en los procedimientos de desahucio por falta de pago de la renta pactada en el arrendamiento […] se está introduciendo una innovación en un procedimiento judicial […]. En consecuencia, se ha invadido la competencia exclusiva del Estado en materia procesal».

[80] Sobre la posibilidad de que la Ley de Enjuiciamiento Civil esté haciendo una remisión a las normas autonómicas para delimitar la vulnerabilidad, véase la nota núm. 39.

vulnerabilidad común que permita identificar en cualquier lugar a los sujetos con derecho a este tipo de protección y a sus obligados, como el art. 149.1.1 CE encomienda hacer al Estado[81].

4. El sujeto obligado a tutelar la vulnerabilidad, la finalidad de la carga soportada y la repercusión sobre su compensación

En buena lógica, si los sujetos beneficiarios de las previsiones tuitivas no son todos los arrendatarios, sino exclusivamente los que estén en una posición vulnerable, tampoco todos los arrendadores soportarán la carga que comportan. Solo lo harán aquellos cuyo vínculo arrendaticio se entable con un sujeto que acabe por verse en una situación de vulnerabilidad. El dato no es intrascendente, porque de él

---

[81] Delimitando la vulnerabilidad se concreta quién es el sujeto titular del derecho y, consecuentemente, el sujeto obligado a la tutela. Identificando sin distingos territoriales a la persona vulnerable se fijan las condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio del derecho. De ahí que haya de ser la norma estatal la que lleve a cabo tal precisión y no las normas autonómicas que abocarían a una disparidad que rompería la pretendida igualdad en el disfrute. A la postre, como señalaba la STC 61/1997, FJ 8, la regulación estatal dictada al amparo del art. 149.1.1 permite establecer «aquellos criterios que guardan una relación necesaria con aquéllas, tales como […] condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho», teniendo en cuenta además que es la «igualdad de todos los españoles [la que] justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal» —FJ 7b)—.

Por lo demás, como acredita la jurisprudencia del Alto Tribunal, el título competencial estatal se proyecta sobre cualquier derecho constitucional, sin limitarse a los fundamentales e incluyendo también los regulados al hilo del desarrollo de los principios rectores, como sería en este caso el derecho a la asistencia social complementaria a la que se refiere el art. 41 CE, si bien que proyectado sobre la vivienda, art. 47 CE. Al respecto, afirmaba el Tribunal que «se debe entender que los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la Constitución […] pueden ponerse en conexión directa con la regla competencial ex art. 149.1.1 CE» —STC 33/2014, FJ 4—. Sobre esta comprensión amplia de los derechos puede verse, Sáez Royo, E.: «La estructura organizativa territorial del sistema de atención a la dependencia y relaciones de cooperación administrativa», en AA. VV., *Informe sobre la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, p. 35.

No debe olvidarse además que la propia Ley por el derecho a la vivienda apunta en su art. 1 que entre sus objetivos se encuentra regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en relación con los derechos y obligaciones relacionados con la vivienda. Con todo, en lo que a las medidas estudiadas respecta, sería más adecuado hablar de la asistencia social en materia de vivienda. Por otro lado, en su disposición final séptima también se remite al art. 149.1.1 CE, aunque señala que los preceptos que son de nuestro interés se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de legislación civil y procesal. Finalmente, los reales decretos-leyes abordados se remiten a un cúmulo de títulos competenciales estatales, sin especificar cuál justifica cada uno de sus artículos. Entre ellos se encuentran los relativos a la legislación civil y procesal y a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Para Vaquer, la vivienda es concebida en la Constitución como un derecho, no como un sector económico, por eso si el Estado quiere incidir en él, no debe recurrir al título competencial previsto en el art. 149.1.13 CE, sino al 149.1.1, en Vaquer Caballería, M.: «Retos y oportunidades…», *op. cit.*, pp. 240-241.

se desprende que, implantando las acciones abordadas, el legislador no está regulando de forma general el arrendamiento de vivienda o los procesos civiles que tengan por objeto ese arrendamiento. Como se ha precisado anteriormente, está regulando una forma de protección de los ciudadanos vulnerables que disfrutan de una vivienda en régimen de alquiler y están en riesgo de perderla y lo hace al objeto de evitar transitoriamente que esto ocurra.

A la postre, tampoco se está acometiendo una ordenación que limite de forma genérica los derechos de los arrendadores, de cualquier arrendador, ni los derechos de los titulares de viviendas. Por ello, observando estas medidas desde el prisma del art. 33 de la Constitución[82], se puede sostener que el legislador ni ha contemplado límites a los derechos de los arrendadores ni establecido su función social[83]. De la dinámica y coyunturalidad de las primeras obligaciones tuitivas en materia de arrendamientos ya se desprendía que el Real Decreto-ley 11/2020 no estaba definiendo la función social del derecho del arrendador o de la vivienda. En nuestra opinión, tampoco han de albergarse dudas respecto de las últimas incorporadas por la Ley por el derecho a la vivienda. La Ley establece cuál es la función social a la que nos referimos y las cargas y obligaciones que se derivan de ella para el titular de la vivienda. Así, señala el art. 1 que:

> Artículo 1. Objeto de la ley.
> 2. Con objeto de asegurar el ejercicio del derecho a la vivienda, será asimismo objeto de esta ley la regulación *del contenido básico del derecho de propiedad de la vivienda en relación con su función social, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, *así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda*, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de la aplicación de las medidas que legalmente procedan.

La principal función social de la vivienda es su destino al uso habitacional y de ahí la necesidad de mantenerla en un estado de conservación adecuado a tal fin, en estado de habitabilidad. Y en esta idea insiste el art. 7 al indicar expresamente que:

---

[82] Como señala Rodríguez de Santiago en su interesante trabajo sobre las garantías constitucionales de la propiedad, el art. 33.1 CE no limita su protección a la propiedad en el sentido del Código Civil, sino que ampara en general las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial, en Rodríguez de Santiago, J. M.: «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta y tantos años de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, p. 168.

[83] En sentido contrario, Quintiá cree que la función social de la propiedad de la vivienda ha permitido establecer cargas y obligaciones en beneficio de grupos sociales vulnerables, en Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda…*, *op. cit.*, p. 58.

> Artículo 7. Principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda.
>
> 1. Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que *constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia*, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley.

Y por tal motivo, el art. 11, al establecer las cargas que acompañan a la titularidad de la vivienda, se refiere a:

> Artículo 11. Contenido del derecho de propiedad de la vivienda: deberes y cargas.
>
> 1. […], el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes:
>
> a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad.

Es decir, en el disfrute de las facultades propias de su derecho, el arrendador de la vivienda queda constreñido por la calificación, estado y características objetivas de la vivienda. De tal modo que son la vivienda misma y sus características (si está o no habitada, si está o no en condiciones de uso, si se encuentra o no en una zona residencial tensionada, etc.) las que pueden condicionar la posición de su titular, del arrendador en nuestro caso, haciendo surgir las cargas precisas para que quede garantizada su función social. Sin embargo, las obligaciones tuitivas estudiadas no giran en torno a dichas condiciones objetivas; antes bien, son las condiciones subjetivas de sus moradores las que determinan si el arrendador ha de soportar o no la carga. Lo que es más, las viviendas arrendadas objeto de un contrato prorrogado o cuyo desalojo se retrasa por ser su morador una persona vulnerable ni están deshabitadas ni han perdido su habitabilidad. En consecuencia, el arrendador no está incumpliendo la función social de la vivienda, por lo que no hay motivo para imponerle una carga a tal fin ni siquiera preventivamente por si deja de respetar esa función social en el futuro, una vez recuperada la posesión del inmueble. A la postre, estas fórmulas están lejos de ser una manifestación de la protección de la función social de la vivienda; como apuntábamos, no son otra cosa que medidas de carácter asistencial. El legislador está simplemente buscando una alternativa ante la imposibilidad de dispensar la protección social de

las personas vulnerables que corresponde llevar a cabo a los poderes públicos, está buscando un sustituto temporal del poder público obligado a dar amparo, y para lograr tal objetivo de manera inmediata se apoya instrumentalmente en el derecho de propiedad de determinados ciudadanos.

En nuestra opinión, la STC 9/2023 viene a confirmar esta idea. En ella se impugnaba la nueva redacción dada en algunos apartados a una de las previsiones tuitivas analizadas, al art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, y se hacía alegando la vulneración del art. 86.1 CE por venir un decreto-ley a «afectar» el derecho de propiedad. Pues bien, el Tribunal señala que tal afectación no se produce y lo argumenta indicando que estamos «ante una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal, que no tiene por objeto una regulación directa y general del derecho de propiedad de la vivienda, ni afecta a su contenido esencial. Una medida que responde a una finalidad de interés social —la protección de las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis generada por el Covid-19— que incide mínimamente y de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición», FJ 4. A nuestro juicio, esta descripción no encaja de ningún modo en la delimitación de la función social de la propiedad, al contrario, el propio Tribunal la define como una medida de carácter social[84].

Con esto no se pretende afirmar que este modelo de tutela a la vulnerabilidad no tenga cabida en nuestra Constitución. De hecho, a la vista del contexto económico y social, de lo limitado del parque actual de vivienda pública, de las restricciones presupuestarias de la Administración, de la inmediatez con la que debe prestarse esta protección en los supuestos en los que el contrato o los términos del contrato de arrenda-

---

[84] La STC 16/2021 sí anula por afectar al derecho de propiedad diversos decretos-leyes catalanes que tipificaban supuestos de incumplimiento de la función social de la propiedad de la vivienda. No es la doctrina constitucional sobre el decreto-ley lo que nos interesa en este trabajo, sin embargo, como corolario de la misma y de la sentencia aludida podemos concluir que un decreto-ley no puede regular la función social de la propiedad. Por ello, cuando por el contrario el Tribunal Constitucional sostiene que un decreto-ley no contraviene el art. 86.1 CE, está confirmando que la norma no lleva a cabo una regulación de la función social de la propiedad.

En la citada STC 9/2023, el Tribunal Constitucional ha de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la extensión de la suspensión de los desahucios y lanzamientos de vivienda habitual que traigan causa de un proceso penal (art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020). Entre otras, alegan los recurrentes que tal medida y los incisos que la introducen en la norma «infringen la vertiente objetiva o institucional, en cuanto se condiciona el derecho de disposición ante una pretendida función social», afectando así al derecho de propiedad, por lo que no pueden ser objeto de un decreto-ley (el Real Decreto-ley 1/2021, por el que se modifica el 11/2020). Pero el Tribunal Constitucional descarta tal razonamiento y declara la constitucionalidad del decreto-ley y de la medida tuitiva, al igual que hace en las SSTC 15/2023 y 7/2024; por lo que podemos sostener que la obligación impuesta al titular de la vivienda a raíz de la suspensión judicial no da lugar a una regulación de la función social de la propiedad.

miento ya no permiten mantener el disfrute de la vivienda, en fin, a la vista de todo ello, las fórmulas devienen adecuadas o cuando menos una opción legítima de los poderes públicos. No se puede decir que resulten objetables desde el punto de vista de su racionalidad, pues superan el triple test de la idoneidad, menor restricción y proporcionalidad en sentido estricto: consiguen tutelar transitoriamente al inquilino vulnerable que va a perder su vivienda; suponen un perjuicio para el arrendador, pero temporal, y, desde el punto de vista de su finalidad, parece existir equilibrio entre el sacrificio impuesto y el resultado perseguido[85].

Pero más allá de su racionalidad, al no encajar las medidas en el art. 33.2 de la Constitución y no ser cargas con las que se garantice la función social de la vivienda, resulta difícil defender que es innecesaria la compensación de los arrendadores que las afrontan. Su naturaleza es la de actuaciones limitativas singulares de los derechos de los arrendadores[86] y su cariz expropiatorio exige una justa compensación del arrendador, que, sin embargo, ha sido mayoritariamente descartada por el legislador. La compensación no ha sido prevista ni en el supuesto de la moratoria de la deuda ni para la prórroga del contrato[87] ni en las

[85] Adán Doménech entiende que la teoría alemana de los tres estadios también da cobertura a las medidas en casos de lanzamiento de personas que ocupan viviendas, pues «ante situaciones de riesgo de exclusión social —se— justificaría los plazos de suspensión del lanzamiento», en Adan Doménech, F.: «Problemas procesales del proceso de desalojo de ocupas y soluciones ante el lanzamiento», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 47.

[86] No se olvide que no solo de su derecho de propiedad, pues, dependiendo de la medida, también se ve limitado su derecho a una tutela judicial efectiva sin dilaciones.

[87] La conocida STC 89/1994 confirmó la constitucionalidad de la prórroga forzosa establecida en el art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su redacción de 1964. Se señalaba en aquella sentencia que dicha prórroga no vulneraba el art. 33 de la Constitución por ser una limitación de derechos del arrendador que «queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución» —STC 89/1994, FJ 5—.

En aquel caso, como la misma sentencia recordaba, la prórroga respondía a la protección general de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario, pues el art. 57 había obedecido a circunstancias históricas concretas como la escasez de vivienda en el periodo posterior a la guerra civil y la desproporción de la oferta y demanda producida por la migración rural a las ciudades en los años 20 y, sostenía el Tribunal, solo al legislador correspondía evaluar si tales circunstancias habían desaparecido y era posible suprimir las limitaciones que la prórroga forzosa suponía para los arrendadores. Es importante tener en cuenta estos argumentos, pues no desdicen lo sostenido en estas páginas, pese a que se pronuncien también sobre una extensión forzosa del contrato. Como se apuntaba en el texto, las medidas estudiadas no forman parte de la delimitación de la función social de la propiedad inmobiliaria o de la vivienda, no son medidas generales aplicables a todos los arrendamientos para garantizar el derecho a la vivienda del conjunto de la población de forma abstracta. Son medidas asistenciales de personas que viven una situación de vulnerabilidad que las puede llevar a la pérdida de su vivienda.

Por otro lado, la STC 79/2024, en la que se aborda la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley por el derecho a la vivienda, se pronuncia también sobre la nueva regulación de la prórroga del contrato de arrendamiento introducida por aquella norma (disposición adicional primera) en la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 10). La prórroga como medida tuitiva del arrendatario vulnerable se incluye junto a la regulación general de la extensión del contrato y el Tribunal Constitucional no analiza de manera singular esta medida, sino la prórroga en su

modificaciones introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil al objeto de retrasar el desalojo del inquilino vulnerable[88]. Y este es uno de los extremos más problemáticos de estas técnicas de externalización del Estado social.

Ratifica la necesidad de compensación el hecho de que, aunque de forma un tanto deficiente, la indemnización sí se contempló en la primera obligación de tutelar al arrendatario vulnerable: si la Administración se demoraba más de tres meses en facilitar una solución habitacional que sustituyera la carga de carácter procesal que se imponía al arrendador en el Real Decreto-ley 11/2020, este debía ser compensado[89]. Altamente reveladora es la preocupación que la exposición de motivos del Real Decreto-ley manifestaba por evitar que las fórmulas de protección del arrendatario no acabaran trasladando la vulnerabilidad al arrendador[90]. Habrá que preguntarse entonces por qué las previsiones

---

conjunto y lo hace además desde un punto de vista competencial para afirmar que corresponde al Estado su regulación al amparo del art. 149.1.8 CE. La única mención específicamente vinculada a la tutela del arrendatario vulnerable se hace para reafirmar la competencia estatal al decir que «Tampoco supone un exceso competencial que se incluya en la Ley de arrendamientos urbanos, en la forma en que se hace, la identificación del instrumento que habrá de acreditar la situación de vulnerabilidad social y económica que puede dar lugar al derecho a una prórroga extraordinaria obligatoria en favor del arrendatario. Que tal deba ser un informe o un certificado emitido en el último año por los servicios sociales municipales o autonómicos en nada condiciona, como es evidente, el ejercicio de esas competencias sectoriales», —FJ 9.2.B.b—.

[88] Cierto es que la STC 9/2023 señalaba con relación a una de las medidas tuitivas (la suspensión del lanzamiento de la vivienda de personas vulnerables que las habían ocupado, de igual contenido a la suspensión en los procesos por impago o finalización del contrato de arrendamiento de vivienda de arrendatarios vulnerables) que la incidencia sobre la posesión y capacidad de disposición del titular de la vivienda era mínima y temporal. Pero, en cualquier caso, no dejaba de reconocer por ello que existía una limitación en el derecho. Limitación «mínima» para la que curiosamente, como se ha expuesto ya, sí estaba prevista la compensación por el legislador.

Por otro lado, la importancia de la limitación influirá en el alcance de la indemnización, sin que deba suprimirse esta porque aquella sea menor.

[89] Sobre este particular nos remitimos al epígrafe II.1.3. *Compensación de arrendadores y propietarios*. Además de lo apuntado allí sobre la insuficiencia de esta compensación, debe tenerse muy presente que la carga del arrendador podría llegar a prolongarse durante años, como reconocía la STC 126/2024, y en esta tesitura se hace indispensable una regulación de la reparación debida al arrendador que pueda calificarse como justa, adecuada y detallada, atributos que no abundan en las actuales previsiones al respecto. Precisamente al hilo de aquella sentencia formulaba el magistrado Arnaldo Alcubilla un voto particular concurrente en el que sostenía que la medida «permanece ininterrumpidamente vigente durante casi cinco años […] Para el propietario de una vivienda que se encuentre en la situación descrita en la norma supone la imposibilidad temporal, o más bien sostenida en el tiempo, de recuperar la disposición sobre ella, durante un largo período, subsistiendo por el contrario el deber de soportar las cargas que derivan de la titularidad de un bien del no se dispone».

[90] Señalaba la exposición de motivos que «Se establecen por ello propuestas en este ámbito dirigidas a la necesaria protección a los colectivos más vulnerables que puedan ver sensiblemente afectada su capacidad para hacer frente al alquiler, al tiempo que se garantiza un equilibrio entre las partes que impida que la vulnerabilidad de los arrendatarios sea trasladada a los arrendadores, especialmente a aquellos para los que los ingresos generales por la renta del

sucesivas adoptadas con la misma finalidad e igual naturaleza han dejado de compartir ese rasgo, especialmente la suspensión del proceso a la espera de la tutela administrativa del arrendatario vulnerable prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto que las acciones no son idénticas[91], pero la carga impuesta al arrendador puede dar igualmente pie a su vulnerabilidad.

Como se apuntaba páginas atrás, la coyuntura podría influir en la diferencia y ser una buena explicación, que no justificación, dado que la primera decisión al respecto fue adoptada durante el estado de alarma declarado a raíz de la pandemia; pero la moratoria en la deuda fue acordada en el mismo Real Decreto-ley 11/2020 y el legislador no consideró necesaria la compensación del arrendador. Seguramente porque este era un gran tenedor[92], al igual que el que soporta la prórroga o los presupuestos procesales para que la demanda sea admitida a trámite, y simplemente se acepta que estos arrendadores no necesitan ser compensados por disfrutar de capacidad económica[93]. Sin embargo, tampoco esta circunstancia justifica el establecimiento de la obligación. En primer lugar, porque al margen de su condición, este sujeto sigue experimentando una privación en sus derechos, su capacidad económica no hace que la medida mute de naturaleza y deje de ser una privación de derechos para convertirse en una limitación exigida por la función social de la vivienda[94]. Si no tenía tal carácter cuando el arrendador era un pequeño propietario, tampoco lo tendrá porque sea un gran tenedor. Pero es que, además, a tenor de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2020, «en el 85 por 100 de los arrendamientos de vivienda el propietario es una persona física,

---

alquiler puedan ser esenciales. […] Las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a […]: […] diseñar medidas de equilibrio que impidan que, al resolver la situación de los arrendatarios, se traslade la vulnerabilidad a los pequeños propietarios». La compensación para el arrendador tardó unos meses en aprobarse, hubo que esperar al Real Decreto-ley 37/2020, publicado en diciembre del mismo año.

[91] Sobre sus diferencias nos remitimos a II.3. Suspensión del juicio verbal para la recuperación posesoria de la vivienda habitual.

[92] Con todo, recuérdese que el arrendador que no fuera un gran tenedor podía aceptar voluntariamente someterse a la moratoria. Entonces la medida ya no era imperativa, pero tampoco se incluyó en el Real Decreto-ley ningún tipo de compensación o beneficio para este caso.

Por lo demás, la condición de gran tenedor no impidió que el Real Decreto-ley 37/2020 contemplara su compensación cuando, en aplicación del art. 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, viera suspendido el lanzamiento o desahucio de sus inmuebles ocupados.

[93] En este sentido, parece ser inconcebible para el legislador que un gran tenedor experimente también dificultades económicas serias. ¿Y si su única fuente de ingresos son esos arrendamientos y todos ellos se ven afectados al tiempo por medidas tuitivas? ¿El impago reiterado de la renta en todos sus inmuebles y la suspensión del juicio o del desahucio para su recuperación posesoria no podrían mermar seriamente su capacidad económica?

[94] Esta posición puede necesitar ser matizada de tratarse de una auténtica medida general que configurara la función social de la vivienda y no fuera una medida de tutela del arrendatario vulnerable. Pero no es esa realidad la examinada en este momento.

pequeño propietario». Debemos entender entonces que no más de un 15 por 100 de los arrendamientos tienen como arrendador a un gran tenedor y de ellos un porcentaje inferior tendrán como arrendatario a una persona vulnerable. Siendo esto así, privar al gran tenedor de la compensación en supuestos de tutela de inquilinos vulnerables no solo cercena su derecho, sino que además las obligaciones que les afectan pierden la proporcionalidad en sentido estricto y a la postre su razonabilidad. A partir de tales datos sería difícil defender la limitación de derechos de los arrendadores grandes tenedores porque con ella tampoco se soluciona realmente el problema de la pérdida de la vivienda arrendada a personas vulnerables, pues, en tal caso, la protección prevista por el legislador daría amparo a un porcentaje muy reducido de aquellas.

Por lo demás, no es comparable el papel del arrendador gran tenedor con el de otros sujetos con capacidad económica acreditada como las empresas energéticas. Ciertamente, estas últimas asumen también la protección de personas vulnerables[95], pero en este caso confluyen elementos que no están presentes en el supuesto de los arrendamientos y no permiten establecer un paralelismo que justifique la falta de compensación del arrendador gran tenedor. Así, en el supuesto de la energía nos encontramos ante servicios públicos que fueron liberalizados y que han adquirido la condición de servicios económicos de interés general. Esto conlleva que la actividad esté sujeta a obligaciones específicas de servicio público y que los operadores de estos mercados tengan que asumir ciertas cargas para garantizar a los consumidores la prestación del servicio en determinadas condiciones. Nada de lo anterior puede predicarse del arrendamiento de vivienda. Lo que es más, la Ley por el derecho a la vivienda declara por primera vez que ciertas actividades vinculadas a la vivienda son servicios de interés general,

---

[95] Aunque también la financiación de la vulnerabilidad en este sector es una cuestión controvertida. Al respecto pueden verse del Guayo Castiella, I.: «Pobreza energética y vulnerabilidad en el sector eléctrico, a la luz del Real decreto ley núm. 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores», en Darnaculleta, M.; Esteve, J.; Ibler, M. (coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 125 y ss.; Caballero Sánchez, R.: «El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?», en Darnaculleta, M.; Esteve, J.; Ibler, M. (coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 149 y ss., y del mismo autor, «Una reflexión sobre el concepto de sectores regulados», en García-Escudero, P. (dir.), *Constitución, Administración y Parlamento. Libro homenaje a Fernando Sáinz Moreno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2024, pp. 1157-1158; «Sobre el concepto de regulación y la centralidad de la competencia en los sectores regulados», en Suay, J.; Bauzá, F. J. (dirs.), *Derecho público, entre el Poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, Tomo I, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 849-850; «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4, 2021, pp. 38, 43-44.

pero entre ellas no se incluye, como es lógico, el arrendamiento de aquellos inmuebles[96].

En definitiva y para finalizar, recuperaremos una idea ya apuntada: en un Estado social los poderes públicos no pueden desatender las necesidades habitacionales de las personas vulnerables. Sin olvidar que los obligados a dispensar esa tutela son los poderes públicos, es razonable que en determinadas circunstancias se puedan apoyar de manera instrumental en los ciudadanos para afrontar esa responsabilidad[97], pero no pueden trasladarles sin más esta carga a los arrendadores, sea cual sea su condición, pasando por alto la reparación de sus derechos lesionados. Pues esta lesión no es consecuencia de la función social de la vivienda, sino una nueva fórmula de sortear las necesidades habitacionales que deberían ser cubiertas mediante la asistencia o acción social. Se podrá objetar entonces que parte de la virtualidad de estas medidas se desvanece, pues las compensaciones por la pérdida de derechos de los arrendadores entran en contradicción con las limitaciones presupuestarias que en parte justificaron estas fórmulas de externalización del Estado social. El razonamiento es pertinente, pero no por ello pierde intensidad el derecho del arrendador a ver reparada su pérdida, sea esta grande o reducida. En cualquier caso, la compensación al

---

[96] Así señala su art. 4 que:

1. A los efectos de la orientación de la financiación pública, tienen la consideración de servicios de interés general, como elementos clave de la cohesión económica, social y territorial, los determinados por las administraciones competentes en la materia, y en el ámbito de competencia estatal o de colaboración del Estado con las demás administraciones:

a) El desarrollo de las actuaciones necesarias para *la creación, ampliación, conservación y mejora del parque público de vivienda*, por parte de las Administraciones públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, *así como su gestión* para asegurar su utilización efectiva en condiciones asequibles, tal y como se definen en el artículo anterior o en la normativa autonómica correspondiente.

b) Las actividades, públicas o privadas, cuyo fin sea la *construcción o rehabilitación de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública* que fije un precio máximo de venta y alquiler, con destino a las personas u hogares que reúnan los requisitos preestablecidos en base a criterios objetivos que definan su situación económica y social.

c) El desarrollo de las *actuaciones necesarias por parte de las Administraciones* públicas competentes y sus entes instrumentales o dependientes, *encaminadas a promover la mejora de las condiciones de habitabilidad, de accesibilidad o de eficiencia energética de los edificios de viviendas*, de titularidad pública y privada.

[97] Por lo demás, no son pocos los autores que critican estas medidas por lo que revelan de ineficacia e inoperancia de los poderes públicos en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Algunos de ellos incluso sosteniendo que estas fórmulas de tutelar la vulnerabilidad son manifestación de la función social de la propiedad, pero una función social que precisamente ha abordado el legislador para justificar la imposición de las medidas. Así, Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda…», *op. cit.*, p. 160; Sala i Roca, C.: *El derecho de propiedad…*, *op. cit.*, p. 71; Garrido Mayol, V.: «Hacia una nueva configuración…», *op. cit.*, p. 296.

Otros, aun partiendo de la crítica inicial, también admiten la posibilidad de que de manera transitoria se puedan adoptar medidas que afecten a los derechos del arrendador para dar solución a situaciones de emergencia habitacional. Así, Pérez Daudí, V.: «El derecho a la vivienda…», *op. cit.*, p. 350.

arrendador siempre resultará económicamente más ventajosa al Estado que la creación, mantenimiento y gestión de un parque público de vivienda suficiente y adecuado para atender la vulnerabilidad existente en nuestros días. Y, lo que es más importante, la tutela transitoria que el arrendador despliega con estas previsiones siempre tendrá una virtud para la Administración y, por descontado, para el inquilino: la inmediatez en la respuesta a la necesidad habitacional difícilmente podría asegurarse de ninguna otra forma.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Lloria, I.; Castillo Echevarría, R.: «Las medidas de moratoria y reducción de renta aprobadas a resultas del COVID-19», en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 55, 2021, pp. 126-150.

Abascal Monedero, P. J.: «Otras medidas de apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables», en Salmerón Manzano, E. M. (coord.), *El Derecho Privado ante las crisis económicas: análisis de las medidas adoptadas*, Las Rozas, La Ley, 2024, pp. 293-356.

Adan Doménech, F.: «Problemas procesales del proceso de desalojo de ocupas y soluciones ante el lanzamiento», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 29-50.

Argelich Comelles, C.: *Ley por el derecho a la vivienda*, 2.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

Arias Martínez, M. A.: «Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11, 2019, pp. 106-121.

Bassols Coma, M.: «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 2011, pp. 13-42.

Caballero Sánchez, R.: «El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?», en Darnaculleta, M.; Esteve, J.; Ibler, M. (coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 149-190.

— «La extensión del Derecho administrativo y su proyección contencioso-administrativa», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 4, 2021, pp. 7-65.

— «El concepto de consumidor vulnerable y su protección por el Estado social de Derecho», texto inédito de la ponencia presentada al IV Congreso del Instituto Complutense de Ciencia de la Administración, «Innovación pública, reconstrucción de la democracia y sostenibilidad para un mundo post-covid», Madrid, 2022.

— «Sobre el concepto de regulación y la centralidad de la competencia en los sectores regulados», en Suay, J.; Bauzá, F. J. (dirs.), *Derecho público, entre el Poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, Tomo I, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 825-852.

— «Una reflexión sobre el concepto de sectores regulados», en García-Escudero, P. (dir.), *Constitución, Administración y Parlamento. Libro homenaje a Fernando Sáinz Moreno*, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 1129-1161, 2024.

Canals Ametller, D.: «La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: una crítica desde el análisis social del Derecho», en Paleo Mosquera, N. (ed.), *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 97-136.

Del Guayo Castiella, I.: «Pobreza energética y vulnerabilidad en el sector eléctrico, a la luz del Real decreto ley núm. 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores», en Darnaculleta, M.; Esteve, J.; Ibler, M. (coords.), *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 125-147.

Durbán Martín, I.: «La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda: un análisis desde el prisma competencial», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023, pp. 1-26.

Esteve Pardo, J.: *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP, 2015.

García-Andrade Gómez, J.: «La reforma del art. 135 de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.

— *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Garrido Mayol, V.: «Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 267-296.

González Botija, F.: *Las respuestas de la Administración a las consultas de los ciudadanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

López Ramón, F.: «El derecho subjetivo a la vivienda», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, 2014, pp. 49-91.

— «El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda», en *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 297-308.

Mayor del Hoyo, M. V.: «La propiedad de vivienda ante la ocupación ilegal y las nuevas tendencias normativas: ¿una nueva vulnerabilidad?», en Mayor del Hoyo, M. V.; Salas Murillo, S. (coords.), *Vulnerabilidad patrimonial. Retos jurídicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 131-161.

Moreu Carbonell, E.: «El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 98, 2017, pp. 15-42.

Paleo, N.; Quintiá, A.: «Las políticas de vivienda desde una perspectiva multinivel: un análisis comparado de la legislación autonómica», en Paleo Mosquera, N. (ed.), *Políticas y Derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 309-349.

Pemán Gavín, J.: «Sobre el concepto constitucional de asistencia social. Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, pp. 239-283.

— «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», en *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, pp. 39-79.

Pérez Daudí, V.: «El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 329-350.

Ponce Solé, J.: «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», en Moltó Darner, J. M.; Ponce Solé, J. (coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 43-78.

Quintiá Pastrana, A.: *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad. Las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: «La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 351-372.

Ramón Fernández, F.: *Medidas en el ámbito jurídico para el acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

Rodríguez Ríos, S. F.: «La protección de colectivos vulnerables en los procesos de desahucio: una mirada crítica a la limitación del derecho a la propiedad», en Cervilla Garzón, M. D.; Zurita Martín, I. (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 501-515.

Rodríguez de Santiago, J. M.: «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta y tantos años de la Constitución española», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, pp. 157-194.

Sáez Royo, E.: «La estructura organizativa territorial del sistema de atención a la dependencia y relaciones de cooperación administrativa», en AA. VV., *Informe sobre la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pp. 19-51.

Sala i Roca, C.: *El derecho de propiedad y los límites de la función social en el alquiler de viviendas. Evolución del concepto de propiedad y análisis de su transformación en el marco jurídico español y europeo*, Barcelona, Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona, 2020.

Salanova Villanueva, M.: «Alteraciones en la estructura del contrato de arrendamiento de vivienda vinculadas a la crisis económica: aspectos sustantivos de la Ley 4/2013, de Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en Alonso Pérez, T. (dir.), *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 421-482.

Tornos Mas, J.: «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 2853-2871.

— «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad», en Moltó Darner, J. M.; Ponce Sole, J. (coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 147-164.
— «Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica. Las políticas autonómicas en materia de vivienda», en *Revista Valenciana d´Estudis Autonòmics,* núm. 62, 2017, pp. 19-50.
Vaquer Caballería, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de derecho)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
— *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel, 2011.
— «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, 2014, pp. 34-39.
— «Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica», en Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (dir.), *Los servicios públicos tras la crisis económica. En especial la asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 227-255.
Velasco Caballero, F.: «Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la Vivienda», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 8, 2023, pp. 61-94.

OBLIGACIONES TUITIVAS EN FAVOR DEL DEUDOR HIPOTECARIO VULNERABLE

Fernando González Botija
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO. 1. Introducción. 2. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y la introducción del «Código de Buenas Prácticas». 3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. 4. La justificación de la figura del Real Decreto-ley. 5. Reparto competencial. II. COLECTIVOS VULNERABLES. III. MEDIDAS. IV. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. MARCO NORMATIVO

1. Introducción

A nadie se le escapa el valor esencial y nuclear que ha tenido, tiene y tendrá la posesión de una vivienda en la vida de cualquier ser humano. Por eso nuestra Constitución (CE) lo reconoce expresamente, en su art. 47, al incluir dentro del capítulo III de su título I, referido a los principios rectores de la política social y económica, el derecho al disfrute de una vivienda «digna y adecuada». En definitiva, sin este derecho no se puede en justicia disfrutar de otros derechos y valores fundamentales proclamados en la Carta Magna. Así, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad en sociedad (art. 10.1 CE), la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), el derecho de propiedad o la salud (art. 43 CE), no se pueden verdaderamente disfrutar si no se posee un lugar donde habitar.

Efectivamente, la vivienda es un bien esencial en la vida de todo ser humano, constituyendo una de las claves para poder considerar que existe bienestar en la sociedad si se ha conseguido que los ciudadanos tengan acceso a la misma. Por eso se configura como el fin primordial de las políticas urbanísticas y configura un sector de primera importancia dentro de la economía en su conjunto.

Pero, pese a la importancia universalmente reconocida de este derecho, la realidad una y otra vez no hace más que demostrar los graves problemas que tiene el ciudadano para acceder a tan preciado bien. Se trata, sin lugar a dudas, de un problema universal. Prácticamente no hay país donde el acceso a la vivienda no constituya un problema importante para su población y su respectivo gobierno.

No debe olvidarse el importante papel que juegan las políticas de vivienda como factor de igualación social y de lucha contra la pobreza. Este es, por tanto, el punto de partida.

Por tanto, el legislador es consciente de que hay determinados colectivos vulnerables en relación con la vivienda y de que es necesario tomar medidas protectoras[1]. El acceso a la vivienda siempre ha sido un problema para determinados grupos sociales como las personas de rentas modestas y los jóvenes. Es desde luego una exigencia constitucional ya que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en el art. 47, ha de guiar la actuación de los poderes públicos de conformidad con el art. 53.3 de la misma. Pero es que, además, no debe olvidarse el mandato incluido en el art. 9.2 de la Norma Fundamental cuando establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Finalmente, tampoco debe olvidarse que el art. 10.1 que habla de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, para lo cual es imprescindible poseer una vivienda.

Desde luego, uno de esos colectivos vulnerables afectados por la complicada situación del mercado inmobiliario español son los desahuciados por no poder pagar su hipoteca. A lo largo de la última década desde los poderes públicos se ha intentado paliar este problema social aplicando diversas medidas.

El marco normativo que regula la cuestión viene caracterizado desde el punto de vista sustantivo por ser una reacción a las sucesivas

---

[1] Ver Vaquer Caballería, M: «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 48 (noviembre), 2014, pp. 34-39 y Tinao Llerandi, R. «Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica», C*EFLegal Revista práctica de derecho,* núm. 277, febrero 2024, pp.5-32.

crisis (económica, sanitaria y política) que han azotado el planeta desde hace más de 10 años[2]. Así, en la exposición de motivos del Real Decreto de 2017 se advierte que «desde el año 2012 se han adoptado medidas para hacer frente a la situación de vulnerabilidad que afectaba a numerosas familias españolas como consecuencia de factores sobrevenidos tras la crisis económica y financiera. La protección del deudor hipotecario ha sido una preocupación constante y la acción de los poderes públicos se ha centrado en aquellos deudores sin recursos que atravesaban situaciones de especial debilidad».

La crisis económica internacional de finales de la primera década del presente siglo trajo consigo un drama humano importante. Durante los años de bonanza económica muchas personas se embarcaron en la compra de una vivienda gracias a que las condiciones de concesión de hipotecas eran muy favorables. Desgraciadamente la citada crisis dio un vuelco radical a esta situación y muchas familias padecieron una situación de desempleo crónico. De este modo no pudieron atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda. Como consecuencia lógica de ello muchas personas se vieron inmersas en procesos de ejecución hipotecaria que implicaban inevitablemente la pérdida de la vivienda que habían intentado adquirir con tanto esfuerzo. El drama humano fue considerable porque a la pérdida de la propiedad hubo que unir el hecho de que conseguir acceder a una nueva vivienda, ya en alquiler, tampoco era una solución sencilla. Aunque no es objeto de este trabajo, como todo el mundo sabe, el mercado del alquiler, ya no sólo en nuestro país, presenta unos precios excesivos, especialmente en las grandes ciudades.

Toda esta problemática la explica magistralmente el Banco de España en 2016 en su Memoria de Reclamaciones arriba citada[3] al decir que:

> En esta situación, económica y legal, cuando el deudor hipotecario con dificultades en el pago se dirigía a su entidad, en busca de una so-

---

[2] Sobre la evolución de esta normativa resulta de gran interés consultar el documento titulado «Deudores hipotecarios sin recursos», publicado por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España, Memoria de Reclamaciones, 2016.

[3] Ver, Banco de España, *op.cit*, p.1. Previamente se advierte que «en nuestro país, conviene recordar, la contratación está regida por el principio de libertad, consagrado en nuestro Código Civil. La concesión de un préstamo por la entidad y, una vez suscrito este, la renegociación de sus condiciones se enmarcan en su política de riesgos. Conviene traer a colación en este punto lo dispuesto en dicho cuerpo legal, en los siguientes artículos: Art. 1091 del Código Civil: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de los mismos". Art. 1166 del Código Civil: "El deudor de una cosa no puede obligar al acreedor a que reciba una cosa diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la cosa debida". Art. 1911 del Código Civil: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros"».

lución, se encontraba en una situación de desamparo: no existía obligación alguna para la entidad de reestructurar la deuda, ni tampoco, como en otras legislaciones extranjeras, de aceptar el bien hipotecado —la vivienda— como pago extintivo de ella. Debemos aclarar que en nuestro sistema hipotecario la responsabilidad por el impago del préstamo hipotecario no se limita a la responsabilidad real, al valor del bien, sino que, si el valor de este es insuficiente para el pago total de lo debido, se extiende a la responsabilidad personal del deudor, afectando a todos sus bienes presentes y futuros. El legislador ha sido sensible a esta realidad y, en estos últimos años, ha promulgado diversas normas: unas, preventivas, orientadas a la protección al consumidor solicitante de financiación hipotecaria, con carácter previo a la formalización de la operación; y otras, paliativas, para intentar poner remedio a la situación ya creada, para préstamos vigentes en el momento del estallido de la crisis.

2. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y la introducción del «Código de Buenas Prácticas»

La primera norma que cabe destacar aquí es el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos[4], norma todavía en vigor como luego explicaremos, que vendrá a complementar la regulación que vamos a ver a continuación como se destaca en la exposición de motivos de la norma de 2017. En su exposición de motivos se confiesa que:

> España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos continúan recayendo… La adopción de las medidas contempladas en este real decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro, sobre el que la intervención pública no puede demorarse más.

Según su art. 1 este Real Decreto-ley tiene por objeto establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos

[4] Un estudio exhaustivo de esta norma se puede encontrar en Ballugera Gómez, **C**, Mateo Villa, I, Munar Bernat, P.A, Delgado Ramos, J, Núñez Iglesias, A y García-Escárzaga González, F: «El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm*.

de ejecución hipotecaria. En la citada exposición de motivos se aclara además que «estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario».

Con el fin de dar cumplimiento a este objetivo este Real Decreto-ley introduce como anexo el llamado «Código de Buenas Prácticas»[5] para facilitar y promover la implicación del sector financiero español en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias. Desde el año 2012 está en vigor el Código de Buenas Prácticas, que establece una serie de medidas para aliviar la carga que supone la hipoteca al deudor vulnerable que cumpla una serie de requisitos. Además, hasta finales de 2024, los deudores cuentan con las medidas de un nuevo Código para aquellas familias afectadas por la subida del euríbor. El Código ha venido a instaurar un modelo de protección al que, voluntariamente, pueden adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios[6] y cuyo seguimiento por aquellas

---

[5] Ver *Resolución de 16 de diciembre de 2022*, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. (*BOE* de 23 de diciembre de 2022); *Resolución de 23 de noviembre de 2022*, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022, por el que se aprueba el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad. (*BOE* de 24 de noviembre de 2022); *Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre*, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios. (*BOE* de 23 de noviembre de 2022); Resolución de 13 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual. (*BOE* de 1 de agosto de 2022). Ver también *https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/financiacion/deudores-hipotecarios-sin-recursos/*.

[6] Artículo 5. Sujeción al Código de Buenas Prácticas. 1. El Código de Buenas Prácticas incluido en el Anexo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. 2. La aplicación del Código de Buenas Prácticas se extenderá a las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda en un 20 por 100 del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la Vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 300 000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995. No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos, cuando el precio de adquisición del bien inmueble hipotecado no exceda del que resultaría de multiplicar la extensión del inmueble, por el precio medio por metro cuadrado para vivienda libre que arroje el Índice de Precios de la vivienda elaborado por el Ministerio de Fomento para

será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española (Art. 6. Seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas). El Código incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatros años y la ampliación del plazo total de amortización. En segundo lugar, de no resultar suficiente la reestructuración anterior, las entidades podrán, en su caso y con carácter potestativo, ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. Y, finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores lograba reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, estos pueden solicitar y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

En el punto 5 del Código se regula su publicidad disponiendo que «las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas Prácticas, informando adecuadamente a todos los clientes titulares de préstamos hipotecarios sobre la existencia de este Código y la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en él, mediante una comunicación individualizada y específica, en el plazo de un mes desde el final del plazo al que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios y, siempre que no hubieran comunicado su intención de no adherirse al Código de Buenas Prácticas, facilitando un teléfono y una dirección de correo electrónico donde responder a dudas y recibir las solicitudes de los clientes. Además, se facilitará información sobre las medidas en un lugar destacado de su sitio web y a través de su red comercial de oficinas».

---

el año de adquisición del bien inmueble y la provincia en que esté radicado dicho bien, con un límite absoluto de 250 000 euros. Los inmuebles adquiridos antes del año 1995 tomarán como precio medio de referencia el relativo al año 1995. 3. Las entidades comunicarán su adhesión a la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. 4. Desde la adhesión de la entidad de crédito y, una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite […].

El Banco de España nos informa que «en esta tesitura, la reciente normativa protectora del deudor hipotecario sin recursos se ha configurado como una normativa tuitiva, como un código de voluntaria adscripción por las entidades acreedoras, que renuncian, para los deudores y préstamos contemplados en la normativa y, no para otros, a ciertos derechos que frente al deudor en general les confiere el ordenamiento. A partir del momento en que la entidad muestra su adscripción al Código de Buenas Prácticas para los deudores hipotecarios sin recursos, y no antes, todas las medidas en él contempladas son de obligado cumplimiento».

Este Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, ha sido posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Como venimos diciendo, la mayoría de las entidades se ha acogido, en una u otra versión, al Código y de esta forma se autoimponen la obligación de asumir las medidas en él reflejadas y su modus operandi ante la situación de un cliente que incumple el pago de alguna cuota o manifiesta dificultades para afrontarlo y que se encuentra dentro del umbral de exclusión. Una vez que la entidad ha mostrado su adhesión al Código, no puede reconducir la solicitud del cliente, como se ha indicado con reiteración, a una cuestión de política comercial, ni puede no aplicar todas, o alguna, de las medidas de aquel (con la salvedad de la quita, que sigue siendo discrecional, como ahora veremos, lo que probablemente sea el origen de su nula aplicación).

Hay que advertir que el Código ha sido modificado en varias ocasiones desde su adopción originaria por el Real Decreto-ley 6/2012. De este modo, conviven diferentes versiones y escenarios posibles, dando lugar a la adhesión de cada entidad a unas u otras. El Banco de España en el documento arriba citado[7] nos explica que «a día de hoy, la práctica totalidad de las entidades de crédito que operan en nuestro país se encuentran adheridas a alguna de las sucesivas versiones del Código. Y varias versiones del Código conviven en el tiempo (la originaria del RDL 6/2012, la modificada por la Ley 1/2013, la modificada por el RDL 1/2015, y la última, modificada por el RDL 5/2017). Así las cosas, el primer factor que cabe considerar a la hora de evaluar la actuación de una entidad desde el punto de vista del respeto a la indicada normativa será la determinación de si se encontraba adherida al mencionado Código y la fecha de su adhesión, en su caso, para después determinar cuál de las versiones de aquel le resultaba aplicable al tiempo de la solicitud de su cliente de beneficiarse de las medidas contempladas en él. Cuando se

[7] Ver, Banco de España, *op.cit*, pp.7 a 9.

somete a este Departamento una reclamación, para su resolución, se debe tener en cuenta la fecha en que el deudor ha solicitado a la entidad la aplicación de las medidas del Código. Las situaciones posibles a las que nos hemos enfrentado durante el período a que se refiere esta Memoria, tomando en consideración la fecha en la que la solicitud fue presentada por el deudor han sido tres: no adhesión al Código, adhesión a la versión de la Ley 1/2013 y adhesión a la versión del RDL 1/2015. Sin embargo, para el futuro próximo estos se han visto ampliados a cuatro, por cuanto, a pesar de que la mayoría de las entidades han mostrado su adhesión a la versión del Código del RDL 5/2017, tres entidades han mostrado su voluntad de permanecer en las versiones de 2015 y de 2013»[8].

3. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social

La suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables fue introducida mediante el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en atención a las circunstancias excepcionales derivadas de la grave crisis económica y financiera que por entonces atravesaba el país. Concretamente, se

[8] i) Del 10 de marzo de 2012 al 14 de mayo de 2013. En este período, un doble escenario: a) La entidad no estaba adherida. b) En caso de estarlo, se encontraba vinculada por la primera y entonces única versión del Código de Buenas Prácticas. ii) Del 15 de mayo de 2013 al 28 de febrero de 2015. En este lapso temporal, los escenarios han sido tres: a) El de ausencia de vinculación a lo dispuesto en el Código de Buenas Prácticas en ninguna de sus versiones, por no haberse adherido la entidad reclamada en ningún momento a aquel, siendo como es la adhesión voluntaria. Según se ha advertido ya, en tales supuestos, una solicitud de reestructuración de la deuda, dación en pago, etc., que pudiera efectuar un deudor hipotecario, aun cuando reuniera los requisitos contemplados en esta normativa, habría de ser resuelta por la entidad dentro del ámbito de discrecionalidad propio de su política comercial y de riesgos. b) El de aplicación en su versión originaria, la aprobada por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, situación en la que se han encontrado las entidades que se hubieran adherido a aquel y no a las modificaciones introducidas en él por la Ley 1/2013. c) El de aplicación de dicho Código en la versión prevista por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que tendría lugar única y exclusivamente en caso de que la entidad de que se trate hubiera comunicado su adhesión a dichas modificaciones, como se establece en la disposición transitoria octava de la mencionada ley. iii) Desde la fecha de entrada en vigor del RDL 1/2015, solo tres entidades comunicaron su voluntad de permanecer en la versión de la Ley 1/2013 (únicamente dos, según la Resolución de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas actualizada al cuarto trimestre de 2016) y ninguna en la versión originaria, siendo así que la mayoría está adherida a esta última y tercera versión del Código (90 entidades en marzo de 2017). Por último, según la última resolución de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, publicada el día 15 de mayo de 2017, hay 89 entidades adheridas a la versión del Código del RDL 5/2017 y 3 a dos de las versiones anteriores, la del RDL 1/ 2015 y la de la Ley 1/2013.

introdujo al objeto de paliar el impacto sobre la carga financiera de las familias más vulnerables, que se encontraron en dificultades para hacer frente a sus obligaciones derivadas de la contratación de un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual. En estos casos, el citado Real Decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impedía que se procediera al lanzamiento que culminaría, en su caso, con el desalojo de las familias. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectaba a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudicase al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos vulnerables.

Dicho real decreto-ley fue convalidado y tramitado como proyecto de ley, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en cuya exposición de motivos se explica lo siguiente:

> La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual. El esfuerzo colectivo que están llevando a cabo los ciudadanos de nuestro país con el fin de superar de manera conjunta la situación de dificultad que atravesamos, requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social. Con este fin, es necesario profundizar en las líneas que se han ido desarrollando en los últimos tiempos, para perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección.

Esta norma (art. 1) mantenía la suspensión inmediata de lanzamientos y por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley de los desahucios de las familias que se encontraran en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta disposición ha sido modificada en repetidas ocasiones a lo largo de los últimos años con el fin de extender esta medida extraordinaria para mantener la protección de los colectivos más vulnerables que justificó en primera instancia su introducción. Así, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda

oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, tramitado posteriormente como proyecto de ley y que dio lugar a la aprobación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, extendió la suspensión de los lanzamientos otros dos años, hasta el 15 de mayo de 2017, además de introducir determinadas modificaciones tendentes a ampliar el conjunto de posibles beneficiarios.

El Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introdujo a través de su art. 2 una extensión adicional de tres años, hasta el 15 de mayo de 2020, ampliando asimismo el ámbito subjetivo y las medidas a disposición. En su exposición de motivos se advierte que:

> Llegados al momento presente y, a pesar de las importantes acciones conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, existen razones económicas y coyunturales que justifican la adopción de tres tipos de medidas… En segundo término, se amplía en tres años adicionales, desde la entrada en vigor de esta norma, la aplicación de la suspensión de lanzamiento.

Ya en el marco de la pandemia el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, introdujo una extensión adicional de cuatro años, hasta el 15 de mayo de 2024, ampliando asimismo de nuevo el ámbito de aplicación de la norma[9]. Se explica en su exposición de motivos lo siguiente:

> A pesar de haber transcurrido casi siete años desde que se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y se suspendieron por primera vez los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, muchos deudores y sus familias continúan encontrándose en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, resulta de extraordinaria necesidad desde el punto de vista económico, social y coyuntural ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos cuatro años más, hasta mayo del año 2024, y ajustar el concepto de colectivo vulnerable para que se proteja a deudores que, a pesar de encontrarse en una situación de

[9] *BOE* núm. 116, de 15/05/2013. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 por el art. 3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero. Ref. *BOE*-A-2015-2109. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 por el art. 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Ref. *BOE*-A-2015-8469. Se modifican los apartados 1 y 2 por el art. 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo. Ref. *BOE*-A-2017-2985. Se modifican el primer párrafo del apartado 1, la letra b) del apartado 2 y la letra a) del apartado 3 por el art. 2 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. Ref. *BOE*-A-2020-3434.

> especial vulnerabilidad, no eran beneficiarios hasta este momento de la suspensión. De esta forma, cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos queda afectado por esta medida. Así, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de personas vulnerables, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Recientemente se ha dictado el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables[10]. Se motiva la medida del siguiente modo:

> La suspensión de lanzamientos hipotecarios prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, vigente hasta el 15 de mayo de 2024, ha formado parte del conjunto de herramientas para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales derivadas del COVID-19, la guerra de Ucrania y, en particular, del aumento de la carga financiera de los hogares asociada a los préstamos hipotecarios sobre la vivienda habitual determinado por el endurecimiento monetario iniciado en el segundo semestre de 2022. Pese a que en los últimos meses la evolución de la inflación ha mejorado, existe incertidumbre acerca del calendario y ritmo de próximas bajadas de tipos de interés que pudieran reflejarse en los préstamos hipotecarios. El efecto negativo de los tipos de interés altos es especialmente perjudicial en las familias más vulnerables, donde se aprecia un mayor incremento de la carga financiera, dada su mayor exposición a deuda a tipo variable, que no se ve mitigado por una mayor remuneración del ahorro. Además, estas familias se han visto afectadas en mayor medida por el incremento de la inflación, cuyas repercusiones se espera que se mantengan a lo largo de los próximos años dado el efecto nivel sobre los precios. En efecto, los hogares del quintil inferior de renta dedican un porcentaje sustancialmente superior de su renta a bienes de primera necesidad, que se han visto especialmente afectados por la inflación, y se enfrentan a un menor margen para modificar sus patrones de consumo ante subidas de precios. En este contexto, resulta necesario mantener la protección de deudores y sus familias que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad,

[10] Se justifica de acuerdo con los principios de buena regulación establecidos en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al señalarse que: «Así, atendiendo a los principios de necesidad y eficacia, estos se apoyan en el interés general en el que se fundamenta la medida, siendo el real decreto-ley el instrumento más inmediato para garantizar su consecución y el único actualmente disponible para dar continuidad en plazo a la suspensión actualmente en vigor, evitando una situación de vulnerabilidad sobrevenida. Se respeta también el principio de proporcionalidad, dado que la norma no contiene medidas restrictivas de derechos ni impone obligaciones a los ciudadanos o empresas. Asimismo, la norma resulta coherente con el vigente ordenamiento jurídico, ajustándose, por ello, al principio de seguridad jurídica. En cuanto al principio de transparencia, esta norma define claramente sus objetivos, reflejados tanto en su parte expositiva como en la memoria que lo acompaña. Por último, en relación con el principio de eficiencia, las modificaciones introducidas en este real decreto-ley no suponen la introducción de cargas administrativas incrementales, ni su modificación o eliminación».

extendiendo la suspensión durante cuatro años adicionales, hasta el 15 de mayo de 2028, con el fin de evitar que estos deudores y sus familias sean conducidos a una situación de exclusión social.

4. La justificación de la figura del Real Decreto-ley

Desde el punto de vista formal y como consecuencia de lo arriba expuesto, esta materia ha estado dominada por el uso de la figura del Real Decreto-ley[11]. Así, ya en el Real decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se explica que el Gobierno consideró que no podía demorarse más tiempo la adopción de medidas que permitiesen aportar soluciones a esta situación socioeconómica. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del real decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del art. 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad.

En el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo se insiste en que «en la presente regulación concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad exigidas por el art. 86 de la Constitución Española para la aprobación de los reales decretos-leyes. En el momento actual sigue siendo necesario hacer frente a la situación de aquellas familias que continúan sufriendo la adversidad económica, lo que justifica que se amplíe el ámbito subjetivo del Código de Buenas Prácticas. La ampliación del plazo de suspensión de lanzamientos, cuya finalización es inminente, se hace igualmente necesaria. El plazo previsto finalizará el 15 de mayo de 2017 por lo que recurrir al real decreto-ley como vehículo normativo para ampliar este plazo por otros tres años, está totalmente justificado. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del real decreto-ley».

En el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, se explica que:

> La adopción de medidas de carácter económico mediante real decreto-ley ha sido avalada por el Tribunal Constitucional siempre que concurra una motivación explícita y razonada de la necesidad —entendiendo por tal que la coyuntura económica exige una rápida respuesta— y la urgencia —asumiendo como tal que la dilación en el tiempo de la adopción de la medida de que se trate mediante una tramitación por el cauce normativo ordinario podría generar algún perjuicio—. El real decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que el fin que justifica la legislación de urgencia, sea, tal como reiteradamente ha exigido nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, F. 5; 11/2002,

[11] Sobre el régimen general de esta figura puede verse García de Enterría, E y Fernández, T. R: *«Curso de Derecho Administrativo I»,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, p.168 y ss.

> de 17 de enero, F. 4, 137/2003, de 3 de julio, F. 3 y 189/2005, de 7 julio, F. 3), subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales, que por razones difíciles de prever requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno. Como se ha expuesto concurren en este caso circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justifican la aprobación de este real decreto-ley exigidas por el art. 86.1 de la Constitución Española. En el momento actual sigue siendo necesario hacer frente a la situación de aquellas familias que continúan sufriendo la adversidad económica, lo que justifica las modificaciones de la Ley 1/2013, de 14 de mayo. El plazo previsto finalizará el 15 de mayo de 2020 por lo que recurrir al real decreto-ley como vehículo normativo para ampliar este plazo por otros cuatro años, está totalmente justificado. Asimismo, la falta de ajuste del umbral de vulnerabilidad desde que se aprobó la medida en 2012 puede estar provocando el lanzamiento injustificado de personas que en realidad formarían parte de este colectivo.

Del uso de la fórmula del Real Decreto-ley se da una explicación muy detallada en el reciente Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, por el que se prorrogan las medidas de suspensión de lanzamientos sobre la vivienda habitual para la protección de los colectivos vulnerables, donde se explica lo siguiente:

> El art. 86 de la Constitución española permite al Gobierno dictar decretos-leyes «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», siempre que no afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general. Se configura, por tanto, esta norma como un instrumento con unos contornos bien definidos en los que el juicio político de oportunidad y necesidad goza de un amplio margen, siempre que se oriente en alcanzar un resultado concreto ante una situación de urgencia ineludible. El real decreto-ley constituye un instrumento constitucionalmente lícito, siempre que, tal y como reiteradamente ha exigido el Tribunal Constitucional (sentencias 6/1983, de 4 de febrero, F. 5; 11/2002, de 17 de enero, F. 4, 137/2003, de 3 de julio, F. 3, y 189/2005, de 7 julio, F. 3; 68/2007, F. 10, y 137/2011, F. 7), el fin que justifica la legislación de urgencia sea subvenir a una situación concreta, dentro de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requiere una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía ordinaria o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, máxime cuando la determinación de dicho procedimiento no depende del Gobierno. Debe quedar, por tanto, acreditada «la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4)». En relación con la modificación del art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al objeto de extender la suspensión de lanzamientos hipoteca-

> rios sobre la vivienda habitual de determinados colectivos vulnerables, los presupuestos de urgencia y necesidad que motivaron la aprobación de la medida inicial contemplada en el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, así como sus sucesivas extensiones introducidas mediante la aprobación de los diferentes reales decretos-leyes enumerados y descritos *ut supra*, se mantienen para la aprobación de este real decreto-ley. Además, ahondando en el presupuesto de extraordinaria urgencia, la suspensión de los lanzamientos hipotecarios sobre la vivienda habitual de conformidad con el tenor literal del art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en vigor, finaliza el 15 de mayo de 2024. Sin embargo, en la actualidad, sigue siendo importante el número de familias afectadas por una situación de vulnerabilidad que requiere de la toma de medidas que garanticen su derecho a una vivienda digna, habiéndose probado como una medida eficaz la suspensión de los lanzamientos hipotecarios. Por tanto, queda justificada la urgencia de la introducción de la extensión por la vía de este real decreto-ley a efectos de mantener la vigencia de la norma sin solución de continuidad. La tramitación de esta modificación por el procedimiento normativo ordinario llevaría a una entrada en vigor posterior al 15 de mayo, dejando un periodo en el que los lanzamientos objeto de la suspensión que introduce la norma podrían llevarse a cabo, generando una disfunción en la aplicación de esta. Por todo lo expuesto, resulta de extraordinaria y urgente necesidad prorrogar la medida a través del presente real decreto-ley. Los motivos que acaban de exponerse demuestran que, en ningún caso, el presente real decreto-ley constituye un supuesto de uso abusivo o arbitrario de este instrumento constitucional (SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 4; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5). Al contrario, todas las razones expuestas justifican amplia y razonadamente la adopción de la presente norma. A tal fin, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 2021 (recurso de inconstitucionalidad núm. 2577-2020) es clara cuando afirma que la doctrina constitucional ha establecido que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación» (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 6), pues «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6, y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8). Debe señalarse también que este real decreto-ley no afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución española, al régimen de las comunidades autónomas ni al Derecho electoral general… Por todo ello, por su finalidad y por el contexto de exigencia temporal en el que se dicta, concurren en el presente real decreto-ley las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad requeridas en el art. 86 de la Constitución española.

Hay que advertir que, aunque no toque directamente el tema de los deudores hipotecarios, pero si el de otros colectivos vulnerables que

también sufren desahucios, es interesante recoger aquí la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la reciente Sentencia 7/2024, de 16 de enero de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 7007-2021. Y es que, a la luz de lo que acabamos de ver, podría surgir la duda razonable de un posible abuso en el empleo del Real Decreto-ley en este terreno. Es precisamente este último el argumento que se utiliza por parte del Grupo Parlamentario Vox al interponer recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.2 del Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptan medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Este art. 2.2 dio nueva redacción al art. 1 *bis* del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al covid-19. El recurso se limitó expresamente a los nuevos apartados 1 y 7 c) de este último precepto. Estos apartados prorrogaban hasta el 31 de octubre de 2021 la posibilidad de suspender los lanzamientos en «procesos penales» dirigidos contra «aquellas personas que estén habitando [una vivienda habitual] sin ningún título habilitante para ello» excepto cuando «la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas». Así, «pese a ser conscientes de la gravedad de la crisis ocasionada por la propagación del virus SARS-CoV-2, que constitucionalmente legitimó la utilización por el Gobierno de la norma de urgencia», consideraron que los incisos impugnados vulneraban el art. 86.1 CE (en cuanto al presupuesto habilitante y a la prohibición de afectar al derecho de propiedad). El Tribunal Constitucional descartará este argumento[12] poniendo de relieve lo siguiente[13]:

---

[12] Previamente señala que «de una valoración conjunta de los argumentos ofrecidos en el preámbulo del decreto-ley, en el expediente de elaboración de la norma y en el debate parlamentario de convalidación este tribunal considera, desde la perspectiva del control externo que le compete, que el Gobierno ha hecho explícita de forma sucinta, pero razonable, la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificaba la prórroga —durante el periodo que transcurre entre el 4 de agosto y el 31 de octubre del 2021— de la medida de suspensión de determinados lanzamientos de viviendas en procesos penales adoptada en su art. 2.2. Justificación que se halla en la persistencia de los efectos de la crisis sanitaria, social y económica provocada por la pandemia del Covid-19 tras la finalización del estado de alarma, con el consiguiente aumento del porcentaje de población en riesgo de pobreza y exclusión social necesitada de protección».

[13] Existe un voto particular que destaca lo siguiente: «Estamos dispuestos a admitir a efectos dialécticos… que el aumento de lanzamientos civiles pueda justificar, según el margen de apreciación que corresponde al Gobierno como órgano de dirección política, un decreto-ley que habilite urgentemente la suspensión de los mismos bajo ciertas condiciones, como hace el decreto-ley (no recurrido en este punto). Pero lo que un aumento de lanzamientos civiles no puede justificar en modo alguno, según el canon de «control externo» que corresponde a este tribunal (fundamento jurídico 3 de la sentencia de la mayoría, citando doctrina anterior invariable), es que se suspendan los lanzamientos penales, cuyo número y evolución se desconocen por completo. La corrección lógico-formal de la justificación ofrecida por el Gobierno es lo mínimo que debe exigirse en el «control externo» de esa justificación. Como nuestra doctrina ha reiterado, «la causa justificativa del decreto-ley ha de ser explicitada por el propio Gobierno» hasta el punto de que «su carencia determina que no podamos apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante

> En efecto, como ya hiciera para el Real Decreto-ley 1/2021 dentro del contexto del estado de alarma, el Gobierno, de un lado, «ha evocado las graves repercusiones de la crisis social y económica causadas por la pandemia de la Covid-19» [STC 15/2023, FJ 4 A) d)] que, en el presente caso, subsisten tras la finalización del estado de alarma: (i) la existencia de la propia pandemia (la denominada «quinta ola»), (ii) el carácter incipiente y no pleno de la recuperación económica previa a la pandemia y (iii) el aumento de la vulnerabilidad económica y social respecto de 2019. Y, de otro lado, ha enmarcado el art. 2.2, en el que se contienen los incisos impugnados, en la relación de medidas adoptadas para hacer frente a esas situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda. En este sentido, al igual que se apreció en la STC 15/2023, FJ 4 A) d), sobre la versión originaria de este art. 1 *bis*, la situación descrita responde a lo que cabe calificar como una «coyuntura económica problemática», en los términos expresamente aceptados por la doctrina constitucional (entre otras, SSTC 215/2015, de 22 de octubre, FJ 4, y 18/2016, de 4 de febrero, FJ 5), en las que es legítimo acudir al decreto-ley para subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que demandan una acción normativa

---

que los diputados recurrentes niegan, el Gobierno no acredita y este tribunal no puede presumir» [SSTC 61/2018, de 7 de junio, FJ 6, y 134/2021, de 24 de junio, FJ 3 c)]» [STC 15/2023, de 7 de marzo, FJ 3 c)]. Esta STC 15/2023 desestimó el recurso contra un decreto-ley anterior análogo (el que estableció primeramente la potestad de suspender lanzamientos penales «hasta la finalización del estado de alarma», que se produjo el 9 de mayo de 2021). A ella se aferra la mayoría. Pero esa desestimación, además de contar con tres votos particulares, aludió expresamente al «contexto de estado de alarma» en que se aprobó el decreto-ley anterior entonces recurrido [STC 15/2023, FJ 4 A) d)]. Un estado de alarma que había decaído tres meses antes de la aprobación de este nuevo decreto-ley el 3 de agosto de 2021. Desaparecida esa circunstancia excepcional, la ausencia de explicitación por parte del Gobierno de la situación que trata de afrontar no puede considerarse ni «sucinta» ni «razonable» en relación con el «contexto», que fue lo que se apreció en la citada STC 15/2023, FJ 4 A) d). No dudamos de las secuelas económicas y sociales de la pandemia. Ahora bien, es «carga argumental» del Gobierno presentarlas de forma «explícita y razonada» cuando quiere aprobar un decreto-ley para reaccionar ante esas consecuencias y vincular la norma así aprobada a una situación concreta derivada de la crisis que trata de remediar (STC 110/2021, de 13 de mayo, FJ 6 y las allí citadas). La pandemia no puede convertirse en un comodín ni en un conjuro para que el Gobierno sustituya la potestad legislativa del parlamento y apruebe decretos-leyes a voluntad, sacrificando así la posición institucional del poder legislativo y, con ella, la garantía de la intervención de las minorías en el procedimiento parlamentario. Como este tribunal ya ha tenido ocasión de señalar, «el empleo del decreto-ley únicamente se justifica en casos objetivos de urgente y extraordinaria necesidad, esto es, ante coyunturas en las que se haga presente la exigencia de una intervención normativa inmediata, solo atendible mediante esa disposición legislativa provisional; algo muy distinto, en suma, a la simple conveniencia de contar, lo antes posible, con la norma que el Gobierno estime oportuna» (STC 111/2021, de 13 de mayo, FJ 8). Es asimismo doctrina constitucional consolidada que no son admisibles «fórmulas genéricas, estereotipadas o rituales» aplicables para cualquier medida de un modo intercambiable (STC 110/2021, citada, FJ 6) «de una marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional» (STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10), como sucede cuando se apela a la «cambiante situación de la economía internacional» para justificar medidas económicas (caso de la STC 68/2007 citada) o al «ahorro de costes» y al «principio de austeridad» para justificar una reestructuración de la corporación Radio Televisión Española, que efectivamente reducía costes pero en una medida totalmente insuficiente [STC 150/2017, de 21 de diciembre, FJ 6 b)]».

> inmediata, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, incluso en procedimiento de urgencia. Esta conclusión no se ve desvirtuada, como sostienen los diputados recurrentes, porque fueran previsibles la finalización del estado de alarma y la necesidad de la ampliación temporal de esta medida. En suma, a la carencia de la nota de imprevisibilidad, debe contraponerse la doctrina de este tribunal que considera que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad […] siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues 'lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran'» (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 6, entre otras muchas). «Interesa solo, en otras palabras, si la situación era objetivamente merecedora de un tratamiento normativo por la vía de la legislación de urgencia, con independencia del reproche que, en planos diferentes del enjuiciamiento que corresponde a este tribunal, pudieran merecer las causas que hubieran podido ocasionarla» (STC 166/2023, de 22 de noviembre, FJ 5). Y en el presente caso no cabe duda de la subsistencia de los efectos de la crisis sanitaria, económica y social provocada por la pandemia a la fecha de promulgación del decreto-ley aquí impugnado, tan solo tres meses después de la finalización del estado de alarma. El Gobierno ha explicitado que considera de extraordinaria y urgente necesidad prorrogar la medida de suspensión para atender de manera inmediata situaciones críticas que provocan los desahucios y lanzamientos judiciales en personas económicamente vulnerables que carecen de alternativa habitacional, independientemente del orden jurisdiccional en el que se suscite el desalojo de la vivienda y, por tanto, también en las causas penales [en este sentido, STC 15/2023, FJ 4 A) d)]. Pues, lo relevante es atender a la situación de vulnerabilidad económica de personas que, habitando el inmueble sin título, no tienen vivienda alternativa, siendo secundario el tipo de proceso en el que pueden ser desalojados[14].

---

[14] Y añade: «Mas, cuando la suspensión se contempla como una facultad que el juez puede ejercitar después de ponderar las circunstancias del caso; entre ellas ha de concurrir que la entrada, o la permanencia en la vivienda, estuviere motivada por una situación de extrema necesidad, se hubiere accedido a ella sin emplear violencia o intimidación y no se desarrollen actividades delictivas, al margen de las circunstancias subjetivas extraordinarias que fija la norma. Por ello, resulta significativo, como se argumentó en la referida STC 15/2023, que los recurrentes no pongan en entredicho la concurrencia del presupuesto habilitante por lo que respecta al texto no impugnado del art. 2.2, que prorroga temporalmente la habilitación a los órganos judiciales para acordar la misma medida de suspensión de los procedimientos de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2, 4 y 7 del art. 250.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que se refieren, entre otras, a situaciones de precario y de despojo de la posesión. «Esta circunstancia pone de manifiesto que, en realidad, lo que los recurrentes cuestionan no es la concurrencia y justificación del presupuesto de la 'extraordinaria y urgente' necesidad, sino la legitimidad misma de la decisión de ampliar el mencionado mecanismo a quienes carecen de título para habitar la vivienda implicada en el procedimiento de desahucio y lanzamiento. Tal extremo, sin embargo, representa una valoración esencialmente política de ordenación social que este tribunal no puede enjuiciar al hilo de la fiscalización del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE» [FJ 4 A) d)]».

Hay que advertir que sí se declaró inconstitucional el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda aprobado por la comunidad autónoma andaluza. Esta cuestión se juzgó en la STC 93/2015, donde se examinó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 1, por el que se da nueva redacción a los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía y la disposición adicional segunda[15] del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Es verdad que el Tribunal Constitucional reconoce en este caso que los preceptos recurridos responden a la necesidad de regular con urgencia el marco jurídico necesario para poner en marcha el programa de acción orientado a movilizar el parque de viviendas deshabitadas susceptibles de arrendamiento, marco jurídico entonces inexistente y sin el que no se podría ejecutar dicho programa[16]. Pero concluye que «es inconstitucional y nulo por contravenir uno de los límites materiales del decreto-ley, que deriva del principio democrático que el apartados 1 del art. 1 CE impone a todas las instituciones del Estado en su conjunto y se refleja en el art. 86.1 CE como requerimiento mínimo, por lo que el precepto autonómico establece un contenido del derecho de propiedad de la vivienda que lo afecta, en el sentido del art. 86.1 CE y, por tanto, entra a regular

---

[15] La Disposición adicional segunda, titulada «Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social», dispone en sus dos primeros apartados lo siguiente: «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 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 incursas 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…».

[16] Así, explica que «El tercer argumento esgrimido en el escrito de recurso para afirmar la falta del presupuesto habilitante del Decreto-ley recurrido es la posibilidad de conseguir el fin que con él se persigue mediante mecanismos previstos ya en la legislación vigente (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, derogado, tras ser tramitado como proyecto de ley, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Procede rechazar esta alegación porque, como puso de relieve la STC 142/2014, de 11 de septiembre, cuando concurre, como en este caso, una situación de extraordinaria y urgente necesidad todos los poderes públicos que tengan asignadas facultades de legislación provisional y competencias sustantivas en el ámbito material en que incide tal situación de necesidad pueden reaccionar normativamente para atender dicha situación, siempre claro está que lo hagan dentro de su espectro competencial. El hecho que el legislador estatal haya aprobado, invocando al efecto sus competencias, medidas legislativas para satisfacer tal necesidad no es razón para impedir que otro legislador haga lo propio dentro de las suyas. Por ello, esta última objeción relativa al presupuesto habilitante se reconduce a si la Junta de Andalucía tiene competencia en la materia sobre la que recaen las medidas discutidas».

un ámbito excluido del decreto-ley y pretende delimitar un contenido esencial para lo que ningún legislador es competente»[17].

5. Reparto competencial

Conforme al art. 148.3 CE todas las Comunidades Autónomas tienen asumida en sus Estatutos de Autonomía, sin excepción, la competencia plena en materia de vivienda[18]. Esto implica que las CCAA tienen plenos poderes para regular la cuestión. Ahora bien, esto no significa que el Estado no posea ningún título para intervenir en este terreno. En la exposición de motivos de la actual Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, se explica que el propio Tribunal Constitucional ha reiterado que no constituye un título competencial autónomo, sino que puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador. Dicha complejidad competencial es clara consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda»[19]. Así, siguiendo

---

[17] Precisa que «Se trata, en conclusión, y a diferencia de las SSTC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, como por otra parte se deriva de la propia dicción de la norma andaluza al señalar que el deber de uso efectivo del bien "forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda", expresión que no alude al concepto homónimo del art. 53.1 CE, pues es obvio que esa noción no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula, así como que "no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal" (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10). Debe entenderse, por el contrario, que viene a reconocer que el deber que impone es una regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo. Por todo lo razonado, concluye que el art. 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar "afectación" del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley. Esta conclusión no significa que la configuración constitucional del derecho de propiedad impida al legislador restringir de ese modo la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, análisis que no procede desarrollar en este momento, sino que el precepto impugnado disciplina un espacio normativo vedado al decreto-ley y reservado a la ley formal…».

[18] Ver Vaquer Caballería, M: «La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda», *Informe comunidades autónomas,* núm. 2021, 2022, pp. 39-58.

[19] Así, en la exposición de motivos se dice que «… El deber impuesto por el art. 47 CE incumbe a todos los poderes públicos sin excepción, que están obligados a cumplirlo en el marco de sus respectivas esferas de competencia. Esta ley debe entenderse, por tanto, en el contexto del cumplimiento por parte del Estado de la obligación que, en el marco de sus competencias constitucionales, le incumbe en la protección del derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y a su disfrute. Su dictado se produce, además, en un momento especialmente relevante, cuando tras la crisis económica y financiera de la última década y en el contexto de una

a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se pueden citar títulos competenciales diversos, en la política de vivienda, que dan cobertura a la intervención estatal.

En lo que aquí nos interesa, las normas sobre la materia de los deudores hipotecarios se han basado al fijar los títulos competenciales al amparo de lo dispuesto en las reglas 6.ª, 8.ª, 11.ª, 13.ª y 14.ª del art. 149.1 de la Constitución Española, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre legislación mercantil y procesal, legislación civil, bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y hacienda general y Deuda del Estado»[20].

---

progresiva recuperación tras la difícil situación a la que abocó la pandemia a muchas personas y hogares, una parte importante de la población sigue sufriendo severos impactos de la misma, focalizados en muchos casos en la pérdida de la vivienda o en la imposibilidad de acceder a ella en condiciones asequibles, y tras la aprobación de un buen número de normas autonómicas que, de forma más coyuntural que estructural, han tratado de dar respuesta a las necesidades sociales de vivienda más perentorias. De hecho, una gran mayoría de dichas leyes son de segunda generación, es decir, han sido aprobadas estando vigentes las primeras o segundas leyes de vivienda de las respectivas Comunidades Autónomas. Contrasta, por ello, la ausencia en las políticas legislativas del Estado de una norma en materia de vivienda que, al igual que existe en otros ámbitos con los que está íntimamente relacionada, fije aquellas condiciones básicas y de igualdad que garanticen un tratamiento uniforme del derecho a la vivienda que reconoce la Constitución, además de aquellos otros aspectos que, por virtud de sus títulos competenciales, le corresponden. El propio Tribunal Constitucional, en una suerte de reproche al legislador estatal, ha puesto en evidencia la inexistencia de una legislación estatal sobre vivienda que sirva como parámetro de constitucionalidad a la elevada producción normativa autonómica en la materia. La Sentencia 16/2018, de 22 de febrero, por citar alguna de ellas, justifica la imposibilidad de considerar que una norma autonómica contradice las competencias estatales cuando el legislador estatal no ha "dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas" (F.J. 8.a). También, recuerda la Sentencia 80/2018, de 5 de julio, que "No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1.ª CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional". Esta misma doctrina jurisprudencial se reitera en otras sentencias como la 32/2018, de 10 de abril, y la 43/2018, de 26 de abril. Esta ley es, por tanto, la primera ley estatal reguladora del derecho a la vivienda desde la aprobación de la Constitución, si bien, no puede decirse que el Estado haya estado ausente en las políticas de vivienda… La jurisprudencia constitucional también ha avalado este esquema de concurrencia competencial. La Sentencia clave a estos efectos es la Sentencia del Tribunal Constitucional 152/1988, de 20 de julio, que tuvo como objeto de análisis uno de los planes de vivienda estatales de protección pública a la vivienda y que amparó la dinámica de dichos planes. Dicha Sentencia, al lado de otras posteriores, han mantenido, en lo básico, el esquema inicial del Tribunal Constitucional, que amparó la competencia estatal para aprobar los planes de vivienda, fundamentalmente con base en el art. 149.1.13.ª CE».

[20] Ver Disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; Disposición final tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social y Disposición final primera Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo (que no se apoya en el art. 149.1.14 de la Constitución).

Hay que advertir que este reparto competencial en el tema de los deudores hipotecarios ha tenido una importante conflictividad encarnada especialmente por el caso del citado antes Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, aprobado por la comunidad autónoma andaluza, que dio lugar a la STC 93/2015 y que anticipó una problemática que afectó a varias comunidades autónomas (Cataluña, Canarias, Valencia, País Vasco y Navarra)[21].

[21] Para Cataluña la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, el ATC 160/2016 y la STC 13/2019; para Canarias la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, el ATC 135/2015 y la STC 43/2018, considerando la doctrina de las SSTC 16/2018 y 32/2018; para Valencia la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana y la STC 80/2018; para Navarra la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, cuyos arts. 1, 2, 5, 6 y 7 modifican la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda, el Auto 69/2014 y la STC de 22 de febrero de 2018; para el País Vasco la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, el ATC 144/2016 y la STC 97/2018, aplicando la doctrina de la STC 16/2018, de 22 de febrero.

La STC 13/2019 declaró inconstitucionales y nulos los arts. 3 y 4 de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, por vulnerar el procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos regulado en esos preceptos la competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal del art. 149.1.6 CE. La STC 16/2021 declaró inconstitucional y nulo el art. 5.7 del Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, que añadió una disposición adicional primera a la Ley 24/2015 que establecía la obligación de formular una propuesta de alquiler social como requisito procesal previo a las acciones de ejecución hipotecaria y de desahucio por «afectar» al derecho de propiedad en contra de lo preceptuado en los arts. 86.1 CE y 64.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). En este caso véase también la STC 28/2022, relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno que llevó a declarar inconstitucionales y nulos los apartados 1, 2 y 3 del artículo único del Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19. Dice aquí el Tribunal Constitucional que «según nuestra doctrina antes reproducida (fundamento jurídico 3), la legislación procesal es una "competencia general" del Estado, mientras que la competencia autonómica es "de orden limitado" y está circunscrita a las "necesarias especialidades" que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas. De este modo, "no cabe interpretar esta salvedad competencial de modo tal que quede vacía de contenido la competencia general en materia de legislación procesal atribuida al Estado", es decir, el inciso final del art. 149.1.6 no permite "sin más" a las comunidades autónomas "introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión 'necesarias especialidades' del citado precepto constitucional, tan solo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia comunidad autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por estas" [STC 13/2019, FJ 2 b)]».

Vamos a centrarnos especialmente en el caso andaluz por ser el primero que analiza con detalle si el ejercicio de la competencia autonómica en materia de vivienda (art. 56 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, EAAnd), interfería en el modo en que el Estado había ejercido su competencia en materia de bases de la planificación general de la economía, lo que en última instancia supondría un menoscabo del ámbito competencial reservado al Estado por el art. 149.1.13 de la CE[22].

En el caso vasco, el Letrado del Parlamento del País Vasco recalca, por el contrario, el carácter *complementario* de la Ley Vasca 3/2015 con respecto al resto de medidas normativas estatales «al objetivo de reducción del número de lanzamientos; coadyuva así a la voluntad expresada por el Parlamento Europeo en la resolución de 8 de octubre de 2015, sobre la legislación hipotecaria y los instrumentos financieros de riesgo en España, que insta al Gobierno español a utilizar los instrumentos a su disposición para encontrar una solución global que permita reducir de forma drástica el elevado número de desahucios de la vivienda habitual». Este será un argumento reforzado por el Voto Particular de este Auto, destacando que la medida de expropiación forzosa es *coyuntural* al reforzar «por su carácter complementario, no concurrente y posterior en el tiempo, las medidas temporales recogidas en la normativa estatal», refiriéndose a la Ley 1/2013 y su modificación por la Ley 25/2015, que contemplan una suspensión temporal de los lanzamientos de tal forma que «Solo una vez reanudado el proceso de desahucio porque se termina la vigencia de la medida estatal (prevista hasta 2017) se podría aplicar la expropiación de uso […]. El contexto normativo de la regulación autonómica no puede interferir en la normativa estatal, toda vez que el presupuesto de existencia de un lanzamiento únicamente se dará cuando cese la moratoria establecida por el Estado. En definitiva, el levantamiento de la suspensión materializaría una reducción del número de desahucios en el ámbito de la Comunidad Autónoma, finalidad esta que difícilmente puede colisionar con el interés general». Esto sin embargo es rechazado por el Abogado del Estado al decir que «la proliferación de este tipo de leyes autonómicas produce un *efecto acumulativo*, al comprender gran parte del territorio nacional; lo que podría agravar aún más los efectos negativos para el sector financiero de las medidas que en dichas normas se contienen».

En el caso navarro, se ha informado al respecto que «la Ley, recurrida por el Estado ante el Tribunal Constitucional, ha obtenido el respaldo del Alto Tribunal mediante una importante sentencia de fecha 22 de febrero. Es más, pese a declarar el Tribunal Constitucional que el establecimiento por el legislador competente de los deberes inherentes a la función social de un tipo de propiedad debe realizarse en el "marco de la Constitución", precisamente afirma que la norma navarra no excede de ese marco, ni vía art. 149.1.1 CE, que determina que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ni vía art. 149.1.8 CE, que regula la competencia del Estado en la legislación civil. La capacidad de expropiación cuando una persona jurídica no destine al uso residencial una vivienda durante dos o más años, recibe el expreso refrendo del Tribunal Constitucional, al afirmarse que se realiza en el legítimo ejercicio de las atribuciones autonómicas en materia de vivienda, dado que la causa de expropiación corresponde a la Administración encargada de conseguir los fines a cuya satisfacción se orienta la expropiación. Es más, se acaba afirmando que son medidas que se adoptan en función de un fin de la relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, respetando el principio de proporcionalidad, y sin que en ningún caso se desborde el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida. Solo resultan inconstitucionales las disposiciones que permitían la expropiación forzosa en el caso de personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria llevados a cabo por entidades financieras».

[22] El Abogado del Estado planteó también una posible infracción de los números 1 y 8 del art. 149.1 CE. Su demanda dice, sobre el art. 149.1.1 CE, que «la regulación de la función

social de la propiedad, en cuanto supone imposición de límites al ejercicio de este derecho y de obligaciones específicas para el titular, ha de ser competencia estatal exclusiva, pues forma parte de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. No puede haber funciones sociales diversas en distintas áreas del territorio nacional, sino que el Estado ha de fijar, con carácter exclusivo, por lo menos los límites infranqueables del ámbito de libertad del propietario». Y que «la exigencia de efectividad del uso habitacional que impone el art. 1.3 de la Ley 1/2010 a los propietarios de vivienda en Andalucía constituye un deber básico para el ejercicio del derecho de propiedad cuyo establecimiento correspondería, en su caso, al Estado». Apunta, sobre el art. 149.1.8 CE, que «este Tribunal ya negó que la regulación de la función social de la propiedad y, en consecuencia, del derecho mismo de propiedad constituya el núcleo de la legislación civil» (STC 37/1987), pero que, como sostiene el Consejo de Estado en el expediente previo a interponer este recurso, «no cabe admitir que una Comunidad Autónoma pueda definir en abstracto y por sí sola el alcance de un derecho de naturaleza civil, invocando para ello una competencia meramente sectorial. Esta puede, sin duda, dar cobertura a una regulación que se proyecte sobre instituciones civiles, pero no regular directamente por sí sola tales instituciones». La Magistrada doña Encarnación Roca Trías formula un voto particular, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, que critica que se centre el caso en el art. 149.1.13 CE. Así se dice: «Cierto es que la Ley 1/2013 ha tenido en cuenta para adoptar la medida con la que pretende proteger a quienes han perdido o perderían la posesión de su vivienda habitual por la ejecución de la hipoteca, los intereses económicos en presencia, incluidos los de las entidades financieras, principales afectadas por ella. Pero el impacto económico que una medida de este alcance puede producir al impedir, sin contemplar la correspondiente indemnización, que el adquirente no obtenga la posesión hasta transcurridos cuatro años, no la convierte automáticamente en una medida dictada en ejercicio de la competencia del art. 149.1.13 CE, prescindiendo de su contenido material. Si así fuera, cualquier modificación de cierta entidad de la Ley hipotecaria y de la Ley de enjuiciamiento civil, por tener incidencia económica en el mercado hipotecario, que, a su vez, la tiene en la economía general, debería ser reconducida a este mismo título competencial sobrando, en consecuencia, cualesquiera otros, incluso los que cita la disposición final tercera de la Ley 1/2013. En cualquier caso, no deja de causar perplejidad que la Sentencia de la que discrepo, lejos de analizar cuál de todos los títulos competenciales podrían verse afectados para seleccionar entre ellos el más específico, haya optado por el contemplado en el art. 149.1.13 CE a partir de "estrecha conexión" con el "objetivo de normalizar los mercados hipotecarios", cuando, precisamente, viene a modificar parcial y temporalmente las reglas procesales esenciales de la ejecución hipotecaria, ignorando el del art. 149.1.6 CE que ni siquiera menciona… No se trata ya de que las normas autonómicas deban respetar, en el ejercicio de sus competencias exclusivas de regulación de sectores concretos, las normas estatales dictadas en ejercicio de este título competencial, lo que impediría su contradicción o menoscabo, sino de que, una vez ejercida la competencia del art. 149.1.13 CE, las Comunidades Autónomas no podrían ejercer las suyas sobre el concreto sector económico afectado, aun cuando no exista contradicción o menoscabo de la competencia estatal… Como señalé al principio de este Voto, las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma están limitadas por el ejercicio por el Estado de las suyas. Cuando se trata de una competencia transversal, como es la del art. 149.1.13 CE, el ejercicio de la competencia autonómica no puede contradecir ni menoscabar la competencia del Estado, para lo cual hay que determinar si ha existido una contradicción, lo que descartó la STC 37/1987 en el caso entonces planteado, o si se ha producido un menoscabo de las normas estatales dictadas en ejercicio de la competencia que le asiste, como es el supuesto que nos ocupa ahora. Sólo en estos casos la regulación autonómica dictada en ejercicio de sus competencias exclusivas sobre el sector regulado sería inconstitucional. Pero en modo alguno la competencia que asiste al Estado *ex* art. 149.1.13 CE puede servir, (desde luego nunca lo había hecho hasta la Sentencia de la que discrepo), para atribuir al Estado una competencia exclusiva para regular de "modo uniforme", dicho sea con las palabras que utiliza la sentencia de la mayoría, la materia sobre la que incide la medida de ordenación económica, de manera que quede

Como ya sabemos el Decreto-ley regulaba la expropiación temporal de uso de viviendas objeto de procesos de ejecución hipotecaria[23].

Ante las alegaciones de la Abogacía del Estado y del Parlamento andaluz[24], el Tribunal Constitucional se inclinó por la tesis defendida

---

excluida cualquier posibilidad de regulación por parte de la Comunidad Autónoma, aunque no se oponga a la normativa del Estado ni la menoscabe. Creo que el título VIII de la Constitución no contiene una cláusula de cierre, según la cual, en época de crisis económica, el objetivo de paliar sus efectos justifique la modificación del alcance de los títulos competenciales estatales, en detrimento de los asumidos estatutariamente».

[23] En la exposición de motivos del Decreto-ley se afirma que «la defensa de la función social de la vivienda adquiere mayor relevancia en los actuales momentos que pueden ser calificados como de emergencia social y económica», puntualizando que «Andalucía es una de las Comunidades Autónomas en la que mayor número de desahucios se han producido. Es un hecho acreditado el que la ausencia de residencia conlleva en la práctica la imposibilidad de ejercer otros derechos e impide a las personas afectadas realizarse tanto profesional como familiarmente y, en muchos casos, las condena a la exclusión y marginación social y económica. Al mismo tiempo, se incrementa el número de viviendas deshabitadas en Andalucía, así como el parque de viviendas no vendidas que quedan en poder de las entidades financieras». A continuación, luego de hacer una relación detallada de los datos oficiales de viviendas vacías (548 669), viviendas arrendadas (16,9 por 100) y demanda de vivienda en arrendamiento en Andalucía (más de cincuenta mil unidades familiares), concluye que «de todos los factores expuestos, se deduce, de un lado, un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y de otro, una demanda insatisfecha, con una oferta insuficiente y a precios no adecuados, por lo que se hace urgente potenciar su uso, mediante las distintas medidas contempladas en este decreto ley, en un contexto de crisis económica como el que venimos padeciendo». Sigue la exposición de motivos del Decreto-ley reconociendo que «la intervención de las administraciones públicas competentes mediante el incremento del parque público de viviendas no puede satisfacer, por sí misma, las necesidades habitacionales de toda la población, máxime en un estado de crisis presupuestaria y financiera como la que nos envuelve. […] para que […] se potencie el acceso a la vivienda desde el arrendamiento, dirigidas, fundamentalmente, a quienes no pueden mantener su vivienda por una situación de mayor endeudamiento sobrevenido». Se apela a dramas humanos que han llegado a que sea el propio derecho a la vida el que se haya truncado como consecuencia de los desahucios decretados sobre la vivienda habitual.

[24] A este respecto, explica el Abogado del Estado que «una parte esencial del imprescindible proceso de reestructuración bancaria que se está llevando a cabo se basa en la transferencia por las entidades de crédito en problemas de sus activos tóxicos a la SAREB, para que ésta los gestione y liquide. Esos activos se adjudican a la SAREB a precio razonable. El coste que para Estado y contribuyente tenga finalmente el proceso de reestructuración bancaria depende esencialmente de que la SAREB sea capaz en los próximos años de vender los inmuebles adjudicados a un precio próximo al razonable de adquisición». Y añade que «no hay duda que las medidas adoptadas por Andalucía inciden gravemente en el proceso de reestructuración del sector financiero. La Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea remitió al Ministerio de Economía y Competitividad carta —adjunta a la demanda— que muestra inquietud por la «inseguridad» que generan dichas medidas en el sector hipotecario español, con «un consiguiente incremento en la prima de riesgo y en la demanda de activos inmobiliarios españoles», lo cual producirá «una reducción en el valor de los activos inmobiliarios con las subsiguientes repercusiones en el balance y en las necesidades de provisión de las entidades de crédito», afectará al «flujo de crédito a la economía» y presentará «específicos retos para la SAREB, la compañía española de gestión de activos, que tendrá graves dificultades para llevar a cabo su mandato». La carta concluye solicitando el cumplimiento del «programa» y su objetivo de «recuperar la estabilidad financiera, evitando cualquier medida que pueda comprometer seriamente este fin». Acompaña también un informe de la SAREB sobre el impacto que tales medidas

tendría en sus activos inmobiliarios en Andalucía. De él la demanda subraya que la aplicación de los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) podría resultar en «eventuales sanciones por infracciones graves o leves derivadas de posibles incumplimientos de requerimientos de información o deber de comunicación de datos» y en «la imposición de sanciones por infracción muy grave consistente en no dar habitación a las viviendas durante seis meses consecutivos», no pudiendo obviarse «que una parte importante de la cartera de la SAREB está constituida por préstamos cuyo colateral está constituido asimismo por viviendas, sin que sea descartable que en un futuro próximo el derecho de crédito se transforme en su garantía como consecuencia de un procedimiento de ejecución, lo que incrementaría el número de viviendas de titularidad de la SAREB susceptibles de ser objeto de sanciones de la Junta». Además, precisa que «la sola previsión de este régimen sancionador va a […] dificulta[r] enormemente la conclusión de transacciones, muy especialmente en el caso de venta de carteras o bloques de activos». El Abogado del Estado afirma que tampoco cabe duda, conforme al informe de la SAREB, que «la posibilidad de expropiación de uso introducida en el Decreto-ley andaluz redunda asimismo en una absoluta pérdida de valor de la cartera traspasada a la SAREB; ningún inversor comprará carteras de vivienda en Andalucía cuando una norma con rango de Ley permite al ulterior adquirente permanecer en ella por un plazo de hasta tres años sin satisfacer renta alguna al propietario, lo que convierte en inviable la venta del inmueble. Pero es que, además, difícilmente el eventual adquirente podrá obtener financiación cuando bajo esta normativa la entidad de crédito se ve expuesta no sólo al impago, sino también al riesgo de no poder liberar su balance del activo durante un plazo de tres años». En la misma dirección en el caso navarro el Abogado del Estado consideró que «no parece necesario insistir en los impactos reales que sobre la economía y el sector financiero tienen la incertidumbre, inseguridad jurídica o simplemente la falta de confianza en el modelo de reestructuración y recuperación, elementos que desde la política económica general, cuyo diseño es atribuido por la Constitución en exclusiva al Estado, está batallando como línea esencial de su política de Gobierno, como es notorio, en estrecha colaboración con las instituciones europeas». En este sentido, cita a la Comisión Europea que sostuvo en el Informe relativo a la tercera revisión del programa de asistencia financiera para la recapitalización de las instituciones financieras de verano del 2013 que «ciertas iniciativas autonómicas de protección de los deudores hipotecarios están generando incertidumbres legales y económicas sobre los bancos españoles, con un posible impacto negativo sobre la estabilidad financiera», aludiendo al Decreto-ley andaluz 6/2013 que «puede tener implicaciones negativas sobre la estabilidad del sistema financiero español en su conjunto, ya de forma directa (por las posibles sanciones a entidades de crédito y la medida de expropiación temporal del uso de las viviendas dadas en garantía) ya de forma indirecta (por la reducción del apetito inversor en el sector inmobiliario español y el deterioro del valor de las carteras de las entidades de crédito y de la capacidad de estas de financiarse mediante cédulas hipotecarias)». Así, el levantamiento de la suspensión de estas normas supondría «el *incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España*, fundamentalmente el memorando de entendimiento firmado por España el 20 de julio de 2012». También hace uso de los informes del Ministerio de Economía y Competitividad de 19 de diciembre de 2013, del Banco de España de 29 de noviembre de 2013 y de la SAREB de 2 de diciembre de 2013, que son «unánimes a la hora de valorar negativamente el considerable impacto que esta medida tiene sobre la situación financiera de las entidades, el crédito hipotecario, el mercado de cédulas hipotecarias y en los compromisos internacionales asumidos por España». El Banco de España específicamente valora el impacto de la Ley Foral 24/2013 desde la perspectiva de sus competencias y afirma que «la aplicación de las medidas contenidas […] genera incertidumbre sobre el marco en el que las entidades de crédito o la propia SAREB podrán gestionar sus activos inmobiliarios. Ello es motivo de inquietud para esta institución desde la perspectiva de sus responsabilidades supervisoras y de estabilidad financiera, por lo que pueda afectar a la evolución de los márgenes y de los resultados de las entidades en un entorno financiero tan complicado como el actual». Asimismo, afirma que «sin perjuicio de la eventual imposición de sanciones por no dar habitación efectiva a las viviendas de su titularidad, el mayor deterioro de los balances de las entidades del sector financiero deriva de la pérdida de valor de los inmuebles adjudicados» ya que la sola posibilidad de sanción «deteriorará con toda

por el primero. De este modo, confirma la existencia de una violación del citado precepto constitucional.

---

probabilidad el valor de los activos adjudicados en tanto que, compradores y posibles inquilinos, sabedores de que la entidad habrá de abonar una multa si no los alquila o vende, exigirán precios más competitivos. Ello actuará en perjuicio de la situación financiera de la entidad dado el menor valor de mercado relativo de dichas viviendas. El impacto de esta disminución del valor iría más allá de las viviendas terminadas, afectando también a otras en proceso de desarrollo». En cuanto a la expropiación forzosa del uso de las viviendas, el Abogado del Estado incide en el daño que supondría para el balance y los resultados de las entidades que «no podrán llevar a cabo la venta de sus viviendas adjudicadas afectadas por esta medida al tiempo que mantendrán su titularidad sobre las mismas. Ello implica que dichas viviendas deberán permanecer en el balance de las entidades y, conforme a la aplicación de la doctrina contable, deberán dotarse provisiones que en tres años alcanzarán al menos el 40 por 100 del valor de dicho inmueble. Ello, además de suponer una minoración significativa de su cuenta de resultados, es contradictorio con la normativa contable en este punto, que no es otro que incentivar a las entidades a deshacerse de dichos inmuebles». Adicionalmente, incide en la reducción del valor de la garantía hipotecaria por la que «los inversores exigirán un mayor volumen de préstamos que respalde las cédulas emitidas y si ello no se produce "las emisiones de cédulas podrían afrontar una bajada de rating que tendría como consecuencia un aumento del coste de financiación de las entidades"», dificultando este método de financiación y con ello la posibilidad de las familias de adquirir viviendas a través de este instrumento. Junto a ello, aporta el informe del Banco de España que considera que los preceptos de la Ley Foral 24/2013, además de que son susceptibles de generar una mayor incertidumbre en cuanto al deterioro de valor de las carteras de activos, «una expropiación forzosa del uso de las viviendas obtenidas en garantía de créditos hipotecarios reduce la eficacia de la garantía para enjugar las pérdidas derivadas del impago del prestatario, con el efecto inmediato de la reducción en el valor de la deuda que podría recuperarse […] comporta un aumento del riesgo asumido por las entidades en los créditos ya concedidos, que no pueden repercutir sobre su rentabilidad, inclinando la balanza hacia un mayor riesgo con el consiguiente efecto negativo sobre la estabilidad financiera». Hay que tener en cuenta que la SAREB es pieza esencial en ese complejo proceso de reestructuración financiera, tal y como resulta de la Ley 8/2012*,* de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, y de la Ley 9/2012*,* de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

La Letrada del Parlamento consideró que, aunque las normas impugnadas podían tener repercusión económica, no por ello dejaban de enmarcarse en la materia vivienda y pasaban a hacerlo en el espacio reservado al Estado *ex* art. 149.1.13 CE, Para justificar que las normas recurridas, aun con cierta repercusión económica, recaían en la competencia autonómica de vivienda expuso varios argumentos: 1.º Invoca la STC 36/2012, que, a su juicio, «considera como criterios a tener en cuenta para que una norma pueda ser encuadrada en la materia de vivienda "el establecimiento de medidas que incidan directamente sobre la oferta inmobiliaria en régimen de alquiler o sobre los titulares de las viviendas ofertadas en arrendamiento, o sobre el nivel de los precios de las viviendas en régimen de alquiler" (FJ 5), los cuales aluden a cuestiones que indudablemente pueden tener repercusiones económicas en el mercado inmobiliario». 2.º Niega que las normas recurridas tengan eficacia incisiva en la política económica general del Estado o en la reestructuración de la banca, pues «este Decreto-ley ha estado en vigor durante varios meses y ni se ha hundido el valor de los activos de la SAREB, ni ha tenido repercusiones en la reestructuración del sector bancario, ni en la economía española». Añade, específicamente en relación a la disposición adicional segunda, que no puede entenderse contraria a las directrices estatales relativas al sistema financiero porque, de un lado, el propio Estado regula un mecanismo similar en el Real Decreto-ley 27/2012 y, de otro, el alcance de la norma autonómica, al prever de un modo acotado los beneficiarios de la misma, es muy limitado, lo que impide que pueda poner en riesgo la eficacia de tales directrices.

A la luz de su doctrina general sobre el mencionado artículo[25], constata, por un lado, que la situación de los balances de los bancos y la dificultad de acceso al crédito por empresas y consumidores han determinado que el Gobierno, en los últimos años, haya priorizado la reorganización y recapitalización del sector financiero como línea esencial de su política económica[26]. Estas previsiones tienen una conexión relevante con el objetivo de normalizar los mercados hipotecarios y con ello asentar el funcionamiento el sistema financiero. La primera de ellas porque, aunque prevé una cierta ineficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo hace a través de un mecanismo ordenado, que se caracteriza por su limitación en el orden temporal y en la delimitación de sus ámbitos objetivo y subjetivo. Así, reconoce que, abstractamente considerada, la suspensión por un plazo de varios años del lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor la vivienda habitual de una persona es una medida que tiene entidad suficiente para influir en el funcionamiento de los mercados hipotecarios, especialmente en un tiempo como el presente en que se han visto desestabilizados por la pérdida generalizada del valor del colateral que opera como garantía del préstamo. Entendemos, en consecuencia, sin que ello suponga prejuzgar nada sobre el mayor o menor acierto de la decisión estatal, que delimi-

---

[25] Sobre el alcance de la competencia exclusiva estatal *ex* art. 149.1.13 CE cuando se trata del sector financiero la STC 235/1999, de 20 de diciembre, afirma que «habida cuenta de la relevancia que presenta el sistema financiero para el funcionamiento de la economía en su conjunto, la presencia de una regla competencial específica, como es, en lo que ahora exclusivamente interesa, la relativa a la ordenación del crédito y la banca, no puede significar el completo desplazamiento de la regla competencial atinente a la planificación general de la actividad económica. Al respecto, este Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que dentro de la competencia de "ordenación general de la economía" tienen cabida "las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector"» (FJ 2). También es reiterada doctrina constitucional que el Estado al amparo del art. 149.1.13 CE puede aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores en los que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias «a condición de que el referido título competencial no alcance a incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988 y 133/1997)» (STC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5) y a reserva de que el uso que haga el Estado de esta atribución transversal no agote el título competencial más específico que incumbe a la Comunidad Autónoma (por todas, STC 34/2013, de 14 de febrero, FJ 12).

[26] Este objetivo general ha sido perseguido por el Gobierno mediante varias acciones singulares relacionadas directamente con las entidades de crédito, como, en lo que hace a los mercados hipotecarios, aumentar muy notablemente las exigencias de cobertura para las exposiciones bancarias al segmento de negocio que gira en torno a los préstamos a la compra de vivienda garantizados con hipoteca sobre la misma (Reales Decretos-leyes 2/2012 y 18/2012) o firmar con la Unión Europea un memorando de entendimiento el 20 de julio de 2012 por el que el sistema financiero español recibía asistencia financiera externa para reforzar la solvencia de las entidades con déficit de capital, debilitada por la generalizada pérdida de valor de las garantías hipotecarias obrantes en sus activos.

tar los supuestos objetivos, subjetivo y temporal de esa suspensión del lanzamiento es una medida que presenta una estrecha conexión con el objetivo de normalizar los mercados hipotecarios. La segunda de las previsiones indicadas también presenta una conexión estrecha con ese objetivo porque, complementando la anterior, se ocupa de las situaciones de vulnerabilidad a que ésta no alcanza y lo hace mediante una acción que, por ser de impulso o estímulo, es mucho menos incisiva en la operatividad de los mercados hipotecarios[27].

Por consiguiente, procede analizar si el supuesto de expropiación del uso de la vivienda que regula la disposición adicional segunda impugnada obstaculiza las medidas estatales de política económica. Observa el Tribunal que la disposición adicional segunda del Decreto-ley andaluz 6/2013 aborda la misma situación de necesidad que la normativa estatal reseñada, pero lo hace mediante una regulación que, lejos de consistir en una mera modificación o corrección de técnica jurídica respecto de la solución arbitrada por ésta, responde a un principio incompatible. Explica a este respecto que la norma autonómica (disposición adicional segunda), como hace la estatal, atiende a la situación de ejecución hipotecaria (a) que «sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona», (b) que afecte a «personas en especiales circunstancias de emergencia social» y (c) que se caracterice por ciertos «requisitos

---

[27] En conclusión, para el Tribunal Constitucional el Estado define con esta doble medida la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considera compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, a la vez, para evitar que el equilibrio que juzga oportuno se quiebre, impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado. Por tanto, las medidas estatales reseñadas, en tanto que determinan de un modo homogéneo para todo el Estado los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores, concurren de un modo principal a regular el mercado hipotecario en su conjunto y, al tratarse este de un subsector decisivo dentro del sector financiero, inciden directa y significativamente sobre la actividad económica general. Adicionalmente, dado que su finalidad es garantizar a un mismo tiempo la efectividad del derecho a una vivienda y la regularidad sustancial en el funcionamiento del sistema financiero, cabe reputar, en lo que resulte concerniente a este proceso constitucional, las acciones públicas disciplinadas en el art. 1 y en la disposición adicional primera de la Ley 1/2013 como elementos básicos de la regulación del sector de la vivienda, que, como el Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 152/1988, de 17 de marzo, FJ 2 y 4; 251/2006, de 5 de julio, FJ 11; y 112/2013, de 9 de mayo, FJ 3), es un subsector importante de la economía, admitiéndose como constitucionalmente legítimo que, aun cuando la competencia en materia de vivienda corresponda a las Comunidades Autónomas, el Estado señale, si lo considera necesario, ciertas líneas directrices de la ordenación de este segmento de la economía. Por último, las indicadas acciones estatales no agotan la competencia autonómica en materia de vivienda, que sigue intacta en gran medida porque puede ser ejercida a través de todo tipo de regulaciones que estén desligadas del mercado hipotecario, como ocurre, dentro del mismo Decreto-ley recurrido, con los instrumentos de fomento previstos en el capítulo III del título VI. Cabe afirmar, en fin, que las medidas estatales mencionadas, al cumplir todas las exigencias de la doctrina constitucional relevante, constituyen un correcto ejercicio de la competencia estatal en materia de bases de la planificación económica (art. 149.1.13 CE).

de carácter económico», definiéndose en ambas disposiciones, estatal y autonómica, de forma similar las circunstancias de emergencia social (supuestos de especial vulnerabilidad en la ley estatal) y los requisitos económicos que operan como presupuestos. Ahora bien, la respuesta normativa autonómica no se reduce a adaptar la solución estatal de suspensión del lanzamiento «hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley» (art. 1 de la Ley estatal 1/2013, en la redacción que le da el Real Decreto-ley 1/2015), introduciendo simples modificaciones o correcciones en función del título competencial autonómico en materia de vivienda, sino que arbitra un mecanismo por completo incompatible, como es la expropiación del uso de la vivienda objeto del procedimiento de ejecución por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. Este instrumento expropiatorio también difiere radicalmente del fondo social de viviendas que, para facilitar el acceso de personas desalojadas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles, regula la disposición adicional primera de la Ley estatal 1/2013. En esta tarea parte de que el Estado, con las medidas que disciplina en la Ley 1/2013 conforma un régimen jurídico con el que se propone actuar sobre el sistema de ejecución hipotecaria para dar cobertura a las necesidades sociales de vivienda y, al mismo tiempo, que con ello no se perturbe significativamente el funcionamiento de los mercados hipotecarios. El Estado, de este modo, en aras de compatibilizar la realización de estas dos líneas directrices de su política económica, adopta como expresión de las bases de la planificación económica que le competen una solución normativa determinada en la Ley 1/2013. Con este trasfondo, y sin prejuzgar si es acertado o no el equilibrio definido así por el Estado, pues tal apreciación de oportunidad queda fuera de los márgenes de enjuiciamiento, la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia, acción pública que el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados[28]. Por tanto, entiende que el análisis

[28] Y añade: «Aparte de lo anterior, también resulta relevante que la concurrencia de figuras jurídicas dispares sobre una misma realidad —la suspensión del lanzamiento en la norma estatal y la expropiación de uso en la autonómica— hace difícil la aplicación conjunta de ambas disposiciones, principalmente a la hora de decidir si su eficacia es simultánea o sucesiva. Entender lo primero, a pesar que a ello induce la dicción del precepto al señalar que el plazo máximo de tres años que puede alcanzar la expropiación del uso se cuenta «desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente», no parece posible porque no se trata de medidas compatibles en el sentido de que puedan operar a un mismo tiempo. Entender lo segundo, aparte de hacer necesario definir qué norma es la prioritaria, anula en la práctica la virtualidad de una de ellas, que queda postergada en su eficacia. Este Tribunal entiende que la norma autonómica impugnada, por las dos razones que acabamos de exponer, cada una de ellas suficiente por sí misma, constituye un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013 y, por tanto, procede declarar que

comparativo del Real Decreto-ley estatal 27/2012, de 15 de noviembre, y de la Ley estatal 1/2013, de 14 de mayo, de un lado, con el Decreto-ley impugnado de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, permite constatar que: a) el Estado optó por dar una solución completa a los supuestos de especial vulnerabilidad en las ejecuciones hipotecarias y arbitró la medida de suspensión por dos años de los lanzamientos, con invocación de los títulos competenciales de los números 6, 8, 11, 13 y 14 del art. 149.1 CE. La medida inicial de dos años de suspensión se amplió *de facto* al aprobarse la Ley 1/2013, de 14 de mayo, puesto que mantuvo la misma medida de suspensión de dos años del Real Decreto-ley 27/2012, pero desde su entrada en vigor, por lo que la medida pasó a finalizar el día 15 de mayo de 2015. Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto-ley 1/2015, la medida de suspensión estará vigente «hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley»; b) el legislador estatal, además, ordenaba al Gobierno la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario (disposición adicional primera de la Ley 1/2013); c) la disposición adicional segunda del Decreto Legislativo 6/2013 de la Comunidad Autónoma de Andalucía interfiere, al menos el ejercicio la competencia estatal en materia de ordenación económica (art. 149.1.13), al realizar una regulación que se proyecta sobre un ámbito material que ya había sido reglado por el Estado y según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la competencia estatal en materia de «ordenación general de la economía» (art. 149.1.13 CE) puede abarcar «tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para

---

el legislador andaluz ha ejercitado la competencia que le incumbe en materia de vivienda de un modo que menoscaba la competencia estatal *ex* art. 149.1.13 CE. Este razonamiento que nos ha conducido a declarar que la norma autonómica impugnada menoscaba el ejercicio legítimo que el Estado hace de su competencia exclusiva *ex* art. 149.1.13 CE no reduce la competencia autonómica exclusiva en materia de vivienda al mero desarrollo de las bases estatales. Nada hay en nuestro razonamiento que avale esta conclusión. En primer lugar, del hecho que las medidas previstas en la norma autonómica no sean simple modificación o corrección de las adoptadas por el Estado solo se extrae que la doctrina de la STC 37/1987 no es aplicable a este caso y que, por tanto, debe acudirse a otros criterios para resolver el fondo de la impugnación. En segundo lugar, lo que determina que la regulación autonómica menoscabe la competencia estatal no es que la medida de expropiación de uso contenida en aquélla sea de distinta naturaleza que la suspensión del lanzamiento prevista en la ley estatal, sino que supone una intervención pública adicional que quiebra la respuesta coherente que, en los términos ya indicados, ha diseñado el Estado. En tercer lugar, no puede obviarse que el legislador andaluz puede ejercer su competencia exclusiva en materia de vivienda (art. 56 EAAnd) de modos distintos al simple desarrollo de las bases estatales, como ocurre, dentro del mismo Decreto-ley recurrido, con los instrumentos de fomento previstos en el capítulo III del título VI, que es una regulación que, utilizando técnicas distintas a las que utiliza el Estado y que en nada interfieren con el mercado hipotecario, se orienta a satisfacer el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un vivienda digna».

alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; y 95/2001, de 5 de abril, FJ 3) y, en este sentido, es indudable que el legislador estatal introdujo unas medidas y acciones para dar respuesta al problema de los denominados desahucios hipotecarios[29].

[29] Muy crítico con este planteamiento fue el voto particular de la *Magistrada doña Adela Asua Batarrita* que dice lo siguiente: «el control de constitucionalidad de normas en el ámbito de las competencias compartidas o de las competencias exclusivas autonómicas sobre las que pueden incidir las competencias transversales estatales (como el art. 149.1.13 CE) no tiene como cometido enjuiciar la mayor o menor compatibilidad o coherencia entre políticas, medidas u objetivos estatales y autonómicos, sino solo la posible contradicción normativa; es decir, el control de constitucionalidad de una norma autonómica no se dirige a detectar eventuales interferencias con normas estatales en el plano aplicativo. En el presente caso la Sentencia no afirma en ningún momento que la norma autonómica contradiga una norma estatal dictada *ex* art. 149.1.13 CE en el sentido de contradicción insalvable incluso mediante la interpretación conforme, sino que se limita a decir que interfiere con una medida o con un objetivo de política económica del Gobierno. Además, tampoco se acredita en ningún momento la realidad de esa supuesta interferencia, esto es, que la norma autonómica impida o dificulte la aplicación de las normas estatales o la consecución de los dos objetivos de política económica estatal. No se argumenta por qué la medida andaluza puede poner en riesgo el correcto funcionamiento del mercado hipotecario, ni en qué grado conlleva una desprotección o una reducción de la protección dispensada por el Estado a los colectivos desfavorecidos; por el contrario, se pone de relieve cómo la norma andaluza identifica tales colectivos de forma muy similar a los de la norma estatal y que ambas normas abordan «la misma situación de necesidad». De lo expuesto por la propia Sentencia se desprende más bien que ante un mismo problema —la protección de determinados colectivos vulnerables en materia de vivienda— se ha adoptado dos tipos de medidas. La estatal, introducida inicialmente mediante el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, opera de forma automática para los supuestos que define de especial vulnerabilidad: suspensión de las ejecuciones por dos años, plazo aumentado a cuatro por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, esto es, con posterioridad a la aprobación de la norma andaluza. Pues bien, esta medida dejará de ser aplicable el día 16 de mayo de 2017. En cambio, la medida prevista en la norma andaluza se limita a declarar el interés social a efectos expropiatorios, de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social, a fin de proceder a la expropiación forzosa del uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años, plazo este que se contará desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente. No parece haber problema aplicativo alguno —cuya resolución compete en todo caso a los órganos judiciales y no a este Tribunal—, sino sucesión de normas en el tiempo… Se da por bueno que el Estado, en virtud del título competencial contemplado en el art. 149.1.13 CE, pueda asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, cerrando el paso a que las Comunidades Autónomas puedan establecer sus propias medidas al respecto, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda. En palabras de la propia Sentencia, el Estado podrá decidir «la extensión de la intervención pública» y «una solución normativa determinada» frente a un concreto problema, esto es, podrá decidir la única forma en que se podrá abordar ese problema. De tal manera que se impedirá a las Comunidades Autónomas que, en ejercicio de sus competencias, adopten disposiciones distintas con el mismo propósito de tutela y, que por su contenido o intensidad puedan alterar el equilibrio de intereses establecido por el Estado. Contra toda evidencia, la Sentencia de la que discrepo afirma que «las indicadas acciones estatales no agotan la competencia autonómica en materia de vivienda, que sigue intacta en gran medida porque puede ser ejercida a través de todo tipo de regulaciones que estén desligadas del mercado hipotecario» y ofrece como ejemplo los instrumentos de fomento. En definitiva, la Sentencia aporta un nuevo constreñimiento de las competencias autonómicas, que se añade a una serie —ya excesiva— de pronunciamientos recientes, que, como he señalado

II. COLECTIVOS VULNERABLES

Como acabamos de ver la normativa adoptada en este terreno gira en torno a la idea de que, dentro de los deudores hipotecarios, existe un punto de inflexión ante el cual el Estado ha decidido intervenir para proteger a aquellos que pueden ser considerados como vulnerables.

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, conforme a su art. 2 relativo a su ámbito de aplicación, previó que sus medidas se aplicarían a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión y que estuviesen vigentes a la fecha de entrada en vigor[30]. La clave de todo era ese umbral que, como se explica en su exposición de motivos, «en este sentido, se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia. Este umbral es sensible igualmente a la situación económica de los demás miembros de la unidad familiar, así como de los titulares de las garantías personales o reales que, en su caso, existiesen. Se adoptan también cautelas para impedir que pueda producirse un acogimiento fraudulento o abusivo a las medidas propuestas». La regulación originaria del umbral ha sufrido varias modificaciones importantes, especialmente por el capítulo IV de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, existiendo actualmente una regulación mucho más detallada en cuanto a las personas situadas en dicho umbral como en cuanto a su acreditación[31].

---

en votos anteriores, si no se corrigen, terminarán redundando en una grave erosión y distorsión del sistema de distribución competencial consagrado por la Constitución.

[30] Hay que advertir que en el art. 7 se ha mantenido la regulación sobre las consecuencias de la aplicación indebida por el deudor de las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria, disponiéndose lo siguiente: «1. El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el art. 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar. 2. El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma. 3. También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito».

[31] Así, el actual art. 2 del Real Decreto-ley 6/2012, queda redactado del siguiente modo: «1. Se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el

deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental, o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya incrementado. Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con hijos a cargo. 3.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de edad. 4.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente, para realizar una actividad laboral. 5.º La unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral. 6.º La unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género o de trata o explotación sexual. 7.º El deudor mayor de sesenta años, aunque no reúna los requisitos para ser considerado unidad familiar según lo previsto en la letra a) de este número. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo de la letra a). A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. 2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos. a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores».

En cuanto a la acreditación, se dispone lo siguiente: «3. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar… b) Número de personas que habitan la vivienda… c) Titularidad de los bienes… d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisi-

Hay que advertir que posteriormente se amplió el ámbito para incluir igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario[32].

Por su parte la Ley 1/2013, de 14 de mayo, afecta a los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, abarcando a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. Para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos[33].

1. Que las personas se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad[34]. Esta circunstancia ha experimentado una extensión de su campo de aplicación[35]. Así, en el Real Decreto-ley 5/2017,

---

tos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas. En el caso de que la entidad acreedora tenga en su poder datos o documentación acreditativa sobre alguno de los extremos referidos en las letras anteriores, el deudor estará exonerado de su acreditación ante la entidad. Asimismo, a fin de acreditar que cumple con las condiciones de elegibilidad, el deudor podrá autorizar al sujeto adherido, expresamente y por escrito, a que obtenga información directamente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Entidades Gestoras de la Seguridad Social y Registros de la Propiedad y Mercantiles».

[32] Se añade por el art. 8.3 de la Ley 1/2013, un art. 3 bis, que prevé que «los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el Código de Buenas Prácticas, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión».

[33] Artículo 2. Acreditación. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere esta Ley se acreditará por el deudor en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento, ante el Juez o el Notario encargado del procedimiento, mediante la presentación de los siguientes documentos: a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar. b) Número de personas que habitan la vivienda... c) Titularidad de los bienes... d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley.

[34] Según el art. 1.2 los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son: a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo. c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad. d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral. e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo. f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral. g) Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género. h) El deudor mayor de 60 años.

[35] De este modo, por ejemplo, se considera la unidad familiar de la que forme parte un menor de edad, en vez de menor de tres años, como en un principio; se acaba tomando en con-

de 17 de marzo, se advierte expresamente que «resulta conveniente ampliar el ámbito de aplicación de las medidas de protección de los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad, lo que supone tanto modificar el ámbito de aplicación del Código de Buenas Prácticas como el de aquellas personas que se pueden beneficiar de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas…»[36] Posteriormente, en el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, se confesará que «este real decreto-ley amplía el colectivo de posibles beneficiarios, por un lado, estableciendo entre los supuestos de especial vulnerabilidad a las familias monoparentales aunque tengan solo un hijo a cargo y, por otro, incrementando el límite de ingreso máximo de la unidad familiar que sirve de referencia para determinar la vulnerabilidad en términos del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en función del número de hijos y de si es una familia monoparental. La norma también extiende su aplicación de forma que la suspensión produce sus efectos cualquiera que sea el adjudicatario de la vivienda, sea este persona física o jurídica, y no solo cuando se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier persona que actuase por su cuenta, como ocurría hasta este momento».

2. Que los ingresos no podrán superar determinados límites (este límite se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes)[37] y además, es necesario que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. Como

---

sideración la unidad familiar monoparental con hijos a cargo, en vez de con dos hijos a cargo, como era originariamente; el requisito que se aplica en la suspensión de lanzamientos de la unidad familiar con la que convivan una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por parentesco hasta el 3.º grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que los incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral, se extiende al Código de Buenas Prácticas; el criterio de la unidad familiar en la que haya una víctima de violencia de género se extiende al Código de Buenas Prácticas y se mantiene en la suspensión de lanzamientos; y, a la suspensión de lanzamientos se amplía el supuesto de situación de paro, al eliminar el requisito de haber agotado las prestaciones por desempleo.

[36] Así, se explica en su exposición de motivos que: «Por tanto, en el primer artículo, se amplía el colectivo de familias que puede beneficiarse de las medidas del Código de Buenas Prácticas, incluyendo a familias con hijos menores o en las que exista una víctima de violencia de género… Asimismo, se amplía el ámbito subjetivo de aplicación, en la misma línea que el Código de Buenas Prácticas. En este sentido, se ajusta la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en lo relativo a la definición de los supuestos de especial vulnerabilidad y se posibilita así que un mayor número de familias pueden acogerse a la suspensión».

[37] Según su art. 1.3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas […].

se explica en la exposición de motivos de la norma «la alteración significativa de sus circunstancias económicas se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatros años»[38].

Finalmente, la inclusión en el ámbito de aplicación pasa por el cumplimiento de otros requisitos, entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por 100 de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

III. MEDIDAS[39]

Al analizar las medidas concretas que se han establecido en favor de los deudores hipotecarios que se consideran vulnerables hay que empezar analizando lo previsto en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo y su anexo dedicado, como ya sabemos, al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

El Código ha previsto un paquete de medidas de manera progresiva. De forma previa a la ejecución hipotecaria se prevé la reestructuración de la deuda hipotecaria. Si esto resulta inviable como medida complementaria se establece la posibilidad de solicitar una quita. Finalmente, si todo esto no resulta operativo el legislador ha previsto como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria la dación en pago de la vivienda habitual. Dentro del marco de esta última medida se prevé en su letra c) que «el deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por

---

[38] Establece el art. 1.4 que «A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar».

[39] Las medidas para la reestructuración de la deuda hipotecaria inmobiliaria se regulan en el Capítulo II de la norma donde se prevén además: a) Moderación de los intereses moratorios (art. 4); b) Medidas fiscales: (arts. 8 a 11). Modificación del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre; Modificación del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo; Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; Bonificación de derechos arancelarios

100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por 100»[40].

El Banco de España explica en su Memoria de Reclamaciones 2016[41] que el Real Decreto-ley 5/2017 modificó el Código de Buenas Prácticas para introducir un nuevo punto 4 por el que se establecen mecanismos de alquiler en favor de los deudores ejecutados cuya entidad esté adherida a dicho Código sobre los inmuebles cuyo lanzamiento sea objeto de suspensión. En la exposición de motivos de esta norma se explica, como ya hemos visto, que, a pesar de las importantes acciones conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, existen razones económicas y coyunturales que justifican la adopción de estas medidas. Su redacción será posteriormente mejorada por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios. Conforme a esta última reforma el punto 4 queda redactado del siguiente modo:

> 4. Derecho de alquiler en caso de ejecución de la vivienda habitual. El deudor hipotecario ejecutado cuyo lanzamiento haya sido suspendido de conformidad con lo dispuesto por el art. 1.1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3 por 100 de su valor al tiempo de la aprobación del remate, determinado según tasación, aportada por el ejecutado y certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. La solicitud a la que se refiere el párrafo anterior, podrá realizarse en el plazo de doce meses desde la

[40] Originariamente el porcentaje del interés de demora era del 20 por 100.
[41] Ver Banco de España, *op.cit*, p.13.

> entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios, para aquellos ejecutados que ya fueran beneficiarios de la suspensión y desde que se produzca la suspensión para quienes se beneficiasen con posterioridad. Dicho arrendamiento tendrá duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar el plazo de cinco años. Por mutuo acuerdo entre el ejecutado y el adjudicatario podrá prorrogarse anualmente durante cinco años adicionales. A dichos plazos no les será de aplicación el mínimo regulado en el art. 9 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Además, del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, hay que destacar su capítulo v que regula el acceso al alquiler de las personas afectadas por desahucios y sujetas a medidas de flexibilización de las ejecuciones hipotecarias, donde se prevén dos medidas destacables:

1. En su art. 13 se establece la preferencia para el acceso a las ayudas a los inquilinos. De este modo, las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria[42], con posterioridad al 1 de enero de 2012, podrán ser beneficiarias de las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los arts. 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación

[42] En su art. 12 se regula el procedimiento de ejecución extrajudicial, al disponerse que «La ejecución extrajudicial de bienes hipotecados, regulada en el art. 129 de la Ley Hipotecaria y sujeta al procedimiento previsto en los arts. 234 a 236 o del Reglamento Hipotecario, se someterá a lo previsto en los apartados siguientes en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor: 1. La realización del valor del bien se llevará a cabo a través de una única subasta para la que servirá de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca. No obstante, si se presentaran posturas por un importe igual o superior al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiera salido a subasta, se entenderá adjudicada la finca a quien presente la mejor postura. 2. Cuando la mejor postura presentada fuera inferior al 70 por 100 del tipo señalado para la subasta, podrá el deudor presentar, en el plazo de diez días, tercero que mejore la postura, ofreciendo cantidad superior al 70 por 100 del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. 3. Transcurrido el expresado plazo sin que el deudor del bien realice lo previsto en el párrafo anterior, el acreedor podrá pedir, dentro del término de cinco días, la adjudicación de la finca o fincas por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación. 4. Si el acreedor no hiciese uso de la mencionada facultad, se entenderá adjudicada la finca a quien haya presentado la mejor postura, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por 100 del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad reclamada por todos los conceptos. 5. Si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de veinte días, pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60 por 100 del valor de tasación. 6. Si el acreedor no hiciere uso de la facultad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo previsto en el art. 236 n. del Reglamento Hipotecario».

2009-2012. A estos efectos, la solicitud de la ayuda deberá presentarse en un plazo no superior a seis meses desde que se produjo el lanzamiento. Asimismo, las personas mencionadas en el párrafo anterior tendrán la consideración de colectivo con derecho a protección preferente para el acceso a las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en el apartado 2 del art. 1 del citado real decreto.

2. En su art. 14 se trata el tema de las personas sujetas a medidas de flexibilización hipotecaria. Podrán obtener también las ayudas a los inquilinos citadas en el artículo anterior los solicitantes que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de la dación en pago prevista en el Código de Buenas Prácticas, cuando sus ingresos familiares no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, determinados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre[43].

Por otro lado, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en primer lugar, en su capítulo I prevé, como ya sabemos, la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. En un primer momento su art. 1.1 dispuso que hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procedería el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encontrasen en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo. Como ya sabemos este plazo se ha ido prorrogando por sucesivas normas. Así el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, amplió la suspensión de los lanzamientos por un plazo adicional de dos años. El Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, dado que muchas familias aún se encontraban en situación de vulnerabilidad, prorrogó el plazo de suspensión de los lanzamientos tres años más. A pesar de que con esta última norma habían transcurrido casi siete años desde que se aprobó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, muchos deudores y sus familias continuaban encontrándose en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, con base en el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, se consideró de extraordinaria necesidad desde el punto de vista económico, social y coyuntural ampliar el plazo de suspensión de los lanzamientos cuatro años más, hasta mayo del año 2024, y ajustar el concepto de colectivo vulnerable para proteger a deudores que, a pesar de encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, no eran beneficiarios hasta este momento de la suspensión. De este modo

[43] De otra parte, se incorporan al colectivo de beneficiarios de las ayudas a inquilinos previstas en el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2011, las personas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento como consecuencia de procesos de ejecución hipotecaria, así como las que suscriban contratos de arrendamiento como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en el citado Código de Buenas Prácticas.

se incluyó a personas que se encontrasen en supuestos de especial vulnerabilidad cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado la vivienda a cualquier persona, no sólo al acreedor o a un tercero que actuase por cuenta de este, como ocurría en el texto modificado. Por último, como ya hemos adelantado, el Real Decreto-ley 1/2024, de 14 de mayo, para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, prolonga hasta 2028 la suspensión del lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier otra persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas a este respecto.

Hay que advertir que por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, se introdujo la previsión de que durante ese plazo, el ejecutado situado en el umbral de exclusión podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el anexo de dicho Código.

En esta Ley 1/2013, de 14 de mayo, también es interesante destacar que se prevé movilizar un amplio parque de viviendas, propiedad de las entidades de crédito, en beneficio de aquellas familias que sólo pueden acceder a una vivienda en caso de que las rentas se ajusten a la escasez de sus ingresos. De este modo, en la Disposición adicional primera se crea el Fondo social de viviendas, disponiéndose lo siguiente: «1. Se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario cuando concurran las circunstancias previstas en el art. 1 de esta Ley. Este fondo social de viviendas tendrá por objetivo facilitar el acceso a estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. 2. El ámbito de cobertura del fondo social de viviendas se podrá ampliar a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el art. 1 de esta Ley. 3. Un cinco por ciento de las viviendas que integren el fondo se podrá destinar a personas que, siendo propietarias de su vivienda habitual y reuniendo las circunstancias previstas en los apartados anteriores, hayan sido desalojadas por impago de préstamos no hipotecarios».

IV. CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista de la política de vivienda es una evidencia que estas medidas no se deben observar desde una perspectiva «macro». Es evidente que el problema de la vivienda es excesivamente complejo y no se resuelve con estas medidas que se focalizan en un colectivo muy concreto[44]. Es obvio también que es uno de los flecos de dicho problema junto con otros muchos (la falta crónica de oferta pública suficiente, la influencia de los inversores extranjeros que empujan los precios hacia arriba, la presencia en el mercado de los pisos turísticos, etc.). Así, las estadísticas prueban que desde la promulgación en 2012 del Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, hasta el cuarto trimestre de 2021, los sujetos adheridos al código han realizado un total de 62 526 operaciones, de las cuales, 54 190 finalizaron con una reestructuración de la deuda pendiente, 19 con una quita y en 8 317 casos se acordó la dación en pago.

Ahora bien, el tema de los desahucios de deudores hipotecarios que no han podido pagar sus deudas y han perdido la opción de acceder a la propiedad de la vivienda en la que vivían y en la que llevaban invertido una parte importante de sus ahorros supone sin lugar a dudas un importante drama humano que merece atención por parte de los poderes públicos con el fin de evitarlo. Ya vimos arriba que existían varios preceptos constitucionales que permiten justificar esa intervención Ahora podríamos añadir un argumento constitucional más basado en la idea de la justicia social recientemente criticada con intensidad desde ciertos ámbitos pero que parece una exigencia jurídica con base en el art. 1 de la Constitución al proclamar que España es un Estado social que propugna entre los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico la justicia. De este precepto es fácil deducir una exigencia de solidaridad con nuestros conciudadanos que no han podido afrontar el pago de su hipoteca ante objetivas situaciones de crisis de las cuales no son culpables como han sido la económica de finales de la primera década del siglo, la pandemia y el reciente conflicto bélico en Europa. No cabe aquí apelar al tradicional argumento liberal de que cada uno debe correr con los riesgos que asume o hacerse responsable de sus actos porque, como ocurre en otros casos, como la salud, existen ciertas circunstancias que las personas no escogen o no podían prever. Se puede traer aquí a colación por analogía el caso de la contratación

---

[44] Sobre las políticas de vivienda puede verse Bastús Ruiz, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda (El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda),* Atelier, Barcelona, 2023; Ponce Solé, J. y Sibina Tomás, D. (coords.): *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo (Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional,* Marcial Pons, Madrid, 2008.

pública donde, desde hace mucho tiempo, se acepta que el contratista de la Administración puede exigir a esta que le compense ante determinados riesgos imprevisibles o extraordinarios, pues de lo contrario la ruina del empresario conllevaría también un perjuicio para el interés general. Aquí ocurre lo mismo. Existe un importante colectivo de ciudadanos que podían pagar sus hipotecas en condiciones normales y debido a estas circunstancias extraordinarias han quebrado. Es evidente que aquí no existe un contrato administrativo pero sí un contrato social que debe llevarnos a reflexionar sobre el grado de exigencia de solidaridad que conviene asumir con ese colectivo que en ocasiones se encuentra además en situaciones dramáticas agravadas por afectar a personas discapacitadas, menores, etc.

Ahora bien, como señala el Banco de España en su Memoria de Reclamaciones 2016 «Estas medidas de protección deben conjugar el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, tal como consagra la Constitución española en su art. 47, con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los acreedores hipotecarios». Es decir, el propio legislador es consciente de que se trata de una medida que tiene un carácter excepcional y temporal y que no pretende desnaturalizar de manera definitiva el procedimiento de ejecución hipotecaria. La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual. Por tanto, parece que no se quiere volver al pasado y acabar en una especie de segunda parte de la prórroga forzosa de la vieja Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pese a ello lo cierto es que, como vimos arriba, este régimen temporal va a acumular quince años tras su última prórroga. Podrían surgir dudas sobre su legalidad, especialmente si la duración se extiende y refuerza más allá de lo actualmente previsto. De hecho es lo que ha pasado con la suspensión de los desahucios con trasfondo penal previstos en el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, por el que se adoptaron medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Cabe subrayar que el Tribunal Constitucional ha avalado esta norma en su Sentencia 7/2024, de 16 de enero de 2024 al entender que «responde a una finalidad de interés social, que tiene una incidencia temporal y parcial sobre el citado derecho, y cuya efectiva adopción requiere la ponderación de las circunstancias del caso concreto por parte del órgano judicial competente»[45]. Sin

[45] Así, explica que: «En este sentido, haciendo una interpretación de conjunto del art. 1 *bis* del Real Decreto-ley 11/2020 —en la redacción dada por el art. 2.2 del Real Decreto-ley 16/2021—, cabe afirmar, en coherencia con lo dicho en las SSTC 9/2023 y 15/2023 sobre la versión inicial del precepto, que la facultad de que el órgano judicial suspenda los lanzamientos

embargo, este posicionamiento del garante de nuestra Carta Magna no ha logrado una unanimidad pues hay un voto particular formulado por varios Magistrados que critican la «vigencia indefinida» de las medidas anti-desahucios[46].

---

de viviendas que se sustancien en procesos penales constituye una medida de alcance limitado: (i) no afecta a todos los propietarios (solamente a los titulares de más de diez viviendas); (ii) no ampara todas las circunstancias de entrada o permanencia en la vivienda sin título habilitador: es más, la medida no se aplica en las viviendas que son domicilio habitual o segunda residencia o de las que disfrute un tercero por esos mismos conceptos por cualquier título válido, ni si son inmuebles de titularidad pública o privada destinados a vivienda social ya adjudicada, o si la entrada o permanencia en ellas se ha producido mediando intimidación o violencia sobre las personas, o si se están utilizando para realizar actividades delictivas, o si dicha entrada se ha producido tras la vigencia del presente decreto-ley; (iii) debe tratarse de personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el covid-19, en los términos que normativamente se preceptúan (situación de desempleo o expediente de regulación temporal de empleo; pérdida sustancial de ingresos en el caso de empresarios y autónomos…), y, además, ser persona dependiente *ex* art. 2.2 de la Ley 39/2006 o víctima de violencia sobre la mujer o tener a su cargo alguna persona conviviente dependiente o menor de edad; (iv) la medida no es general y automática, sino que será adoptada por el juez previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (extrema necesidad, existencia o no de alternativa habitacional); y (v) la medida tiene carácter temporal y extraordinario, en este caso, del 4 de agosto al 31 de octubre de 2021. Y, adicionalmente, se incorporan medidas de compensación a los propietarios o arrendadores afectados (disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 11/2020). En virtud de todo lo cual debe convenirse que con la prórroga temporal de la potestad de suspensión de los lanzamientos de viviendas derivados de determinados procesos penales (así como de la vigencia de la suspensión eventualmente acordada por el juez), con las condiciones normativas subjetivas y objetivas contempladas en el art. 1 *bis*, ya expuestas, no se establece una regulación general y directa del derecho de propiedad, con vocación de permanencia, que afecte a su contenido esencial en abierta contravención con el art. 86.1 CE en relación con el art. 33 CE. Y ello porque el carácter extraordinario y temporal de esta medida no desaparece por el hecho de haber sido extendida, tras el fin del estado de alarma, del 4 de agosto al 31 de octubre de 2021. Resulta ahora plenamente aplicable, una vez más como precedente de obligada referencia, la argumentación de las SSTC 9/2023 y 15/2023 para rechazar la aplicación de la doctrina constitucional asentada en las SSTC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13, y 16/2021, de 28 de enero, FJ 5 g), en las que se declararon inconstitucionales por vulnerar la prohibición de afectar al derecho de propiedad del art. 86.1 CE algunas medidas contenidas en sendos decretos leyes autonómicos en materia de vivienda (andaluz y catalán, respectivamente), al tratarse de supuestos completamente diferentes. En efecto, de un lado, se resolvió que la imposición por decreto-ley de un "deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional" constituía una "regulación directa del derecho de propiedad de un tipo de bienes y que tiene por objeto aspectos esenciales del mismo" [STC 93/2015, FJ 13, citada por la STC 9/2023, FJ 4 c)]; y, de otro lado, se declaró contrario al art. 86.1 CE por el mismo motivo el señalamiento del incumplimiento de la función social de la propiedad por mantener viviendas desocupadas de forma permanente e injustificada por un plazo de más de dos años, o la imposición a los propietarios de viviendas de su alquiler forzoso [STC 16/2021, FJ 5 g), citada en la STC 9/2023, FJ 4 c)]».

[46] Así, destacan lo siguiente: «la posibilidad de suspender lanzamientos en causas penales por delitos de usurpación de viviendas sin violencia o intimidación (art. 245.2 del Código penal), inicialmente establecida "con carácter extraordinario y temporal" por decreto-ley del Gobierno durante la vigencia de un estado de alarma, habrá prorrogado su vigencia por ocho decretos-leyes adicionales y sucesivos (entre ellos el ahora recurrido) y habrá estado vigente, sin solución de continuidad, durante casi cuatro años (desde el 21 de enero de 2021 en que entró en vigor hasta el 31 de diciembre de 2024), y más de tres años y medio después de finalizado

el estado de alarma al que inicialmente se vinculó. Además, y a salvo de ulteriores prórrogas, a partir del 1 de enero de 2025 las suspensiones acordadas bajo la vigencia de cualquiera de estos decretos (también el aquí recurrido) mantendrán su vigencia bajo la fórmula del derecho (condicionado) de los propietarios a "reanudar" los lanzamientos suspendidos de la disposición transitoria tercera de la Ley de vivienda. Esta no es una afectación "mínima" y "temporal" del derecho de propiedad, como sostiene la mayoría. Es una afectación indefinida. Un propietario que haya visto suspendido el lanzamiento del ocupante o usurpador de su vivienda bajo cualquiera de las sucesivas redacciones del precepto (también entre el 4 de agosto y el 31 de octubre de 2021, periodo de vigencia del concreto decreto-ley objeto de este recurso) puede tener esa suspensión prorrogada a fecha de esta sentencia, más de dos años después. Y esa suspensión aún puede prorrogarse un año más, hasta el 31 de diciembre de 2024, conforme a la última prórroga acordada. E incluso más allá de 2025 de acuerdo con la disposición transitoria tercera de la Ley de vivienda (modificada, otra vez, por decreto-ley). Nuestros compañeros aíslan los periodos de vigencia de cada decreto-ley como si fueran compartimentos estancos. Omiten, por una parte, que la suspensión acordada bajo la vigencia de *este* decreto-ley (y no de otros) puede permanecer vigente por efecto de esas prórrogas durante varios años, veremos cuántos; y por otra, que las suspensiones acordadas bajo la vigencia de decretos-leyes anteriores (vigentes entre el 21 de enero y el 3 de agosto de 2021) pudieron permanecer prorrogadas hasta el 31 de octubre de ese año (y más allá) por efecto de *este* decreto-ley, y no de otros. ¿Qué clase de concepto de temporalidad es ese? ¿Dónde empieza y dónde termina esa temporalidad? No se explica, obviándose que las sucesivas prórrogas de esa medida suspensiva mediante la fórmula del decreto-ley no se compadecen con la configuración constitucional de los decretos-leyes como "disposiciones legislativas provisionales" (art. 86.1 CE), únicamente admisibles "en casos objetivos de urgente y extraordinaria necesidad, esto es, ante coyunturas en las que se haga presente la exigencia de una intervención normativa inmediata" (STC 111/2021, FJ 8), porque ni siquiera mediante el procedimiento de urgencia pueden atenderse a tiempo por el poder legislativo. Esta naturaleza supuestamente "temporal" de la medida sirve a la mayoría, según explica al final del fundamento jurídico 7, para descartar la aplicación a este caso de la doctrina de las SSTC 93/2015, FJ 13, y 16/2021, FJ 5 g). En esas sentencias el tribunal declaró, sin votos particulares, que es inconstitucional establecer por decreto-ley la obligación de los propietarios de destinar sus viviendas al uso habitacional. Una regulación así suponía "afectar" al derecho de propiedad por decreto-ley en contra de la prohibición impuesta para este tipo de normas por el art. 86.1 CE, en relación con el art. 33. La imposición de esa obligación quedaba reservada, en su caso, a una ley formal del parlamento. A nuestro juicio, la extensión temporal y ultraactividad de la potestad de suspensión introducida por este decreto-ley, antes explicada, junto con la desaparición del "contexto" excepcional del estado de alarma en que se aprobó el primer decreto-ley examinado en las SSTC 9/2023 y 15/2023, obligaban a aplicar la doctrina de las SSTC 93/2015 y 16/2021, antes citadas, pues ¿qué diferencia existe para un propietario entre el establecimiento de un deber de destinar su vivienda a uso habitacional con carácter permanente mediante un solo decreto-ley (inconstitucional según las SSTC 93/2015 y 16/2021) y esta sucesión indefinida de prórrogas por decreto-ley (constitucional según la decisión de la mayoría en este caso)? Absolutamente ninguna. El decreto-ley recurrido habilita la privación singular de bienes (viviendas) a sus propietarios (personas jurídicas y también físicas). Esta privación singular no solo no es indefinida (y no "temporal", como dice la mayoría). Es que, además, tampoco garantiza una compensación, como afirma la mayoría [fundamento jurídico 7 c)]. La privación singular de la vivienda solo será indemnizada "si durante los tres meses siguientes a la fecha en que se emita el informe de los servicios sociales señalando las medidas adecuadas para atender la situación de vulnerabilidad acreditada, tales medidas no se hubieran adoptado por la administración competente y siempre que los propietarios acrediten que la suspensión del lanzamiento les haya ocasionado perjuicio económico al encontrarse la vivienda ofertada en venta o arrendamiento con anterioridad a la entrada en el inmueble" (disposición adicional segunda, apartado 4 del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre). La indemnización, además, se fija por referencia a baremos oficiales (misma disposición adicional segunda, apartado 5).

Como conclusión final puede defenderse la idea de que, si se quiere solucionar este problema de forma definitiva habrá que tener en cuenta, obviamente, las medidas generales que ha previsto el legislador en la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[47]. En su exposición de motivos expresamente se reconoce que el contexto actual demanda «un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general. Sólo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión, reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental». Pero, hay que destacar que esta Ley advierte explícitamente en dicha exposición, que apuesta por un «cambio de modelo» consistente en potenciar el fomento del alquiler social frente al fomento de la propiedad[48].

Con todo, sin necesidad de recurrir a eslóganes del pasado políticamente incorrectos en los tiempos presentes, entiendo que no estaría de más tratar de conseguir que las personas que han invertido los ahorros

---

Ello contraviene no solo la prohibición de "afectar" al derecho constitucional de propiedad del art. 86.1, sino el "contenido esencial" de este derecho protegido por el art. 53.1 CE, en relación con el art. 33.3, que dice que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes". La insuficiencia de viviendas en alquiler es una razón constitucionalmente legítima para regular ese mercado (art. 47 CE), pero no permite al gobierno hacer recaer los costes de esa insuficiencia sobre los propietarios (STEDH de 19 de junio de 2006, asunto *Hutten-Czapska c. Polonia*)».

[47] 1. En el art. 12, sobre la acción del Estado en materia de vivienda, rehabilitación, regeneración y renovación urbana, se dispone que «la acción del Estado en esta materia, en el ámbito de sus competencias, deberá priorizar la atención y la aplicación de los programas de ayuda a aquellas personas, familias y unidades de convivencia que se encuentren en las situaciones de mayor vulnerabilidad social y económica identificadas por los servicios sociales, y en emergencia habitacional por estar afectados por procedimientos de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, debiéndose promover su adecuado realojo y el acceso a una vivienda digna y adecuada, atendiendo a sus condiciones de vulnerabilidad social y económica, así como a sus circunstancias personales y familiares, reforzando para ello los mecanismos de cooperación con las administraciones territoriales competentes». 2. En el art. 25.4, relativo a la colaboración público-privada y fondo de vivienda asequible, se prevé que «el fondo de vivienda asequible estará regulado a través de acuerdos específicos con las asociaciones de entidades privadas gestoras de vivienda en alquiler, entidades del tercer sector, o los principales operadores, que tendrán los siguientes objetivos específicos: a) Dar respuesta y acompañamiento, en coordinación con los servicios sociales y entidades del tercer sector, a las personas y familias con menos recursos, evitando desahucios en situaciones de vulnerabilidad, y estableciendo protocolos de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades privadas gestoras de vivienda…»; 3. En su disposición final quinta se introducen importantes mejoras en la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad, a través de una modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[48] Ver Vaquer Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España,* Iustel, 2011 y «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de derecho local,* núm. 59, 2022 pp. 96-119 y Vaquer Caballería, M., Ponce Solé, J. y Arnáiz Ramos, R.: *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016.

de toda una vida en una propiedad no se vean abocadas a acabar de arrendatarios que han terminado perdiendo ya no sólo su ahorro pasado, sino también su ahorro futuro al tener que pagar ahora un alquiler por muy social que sea. Lo que quiero decir es que no debemos olvidar que el art. 33.1 CE proclama el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Como recuerda el profesor Fernández Farreres[49], «la evolución del Estado moderno prueba el continuo crecimiento de los fines, tareas y cometidos de los que el poder público se responsabiliza ante los ciudadanos». Y, aunque el art. 47 no habla de un derecho a la propiedad de una vivienda digna y adecuada, no es menos cierto que si queremos hacer realidad ese mandato del art. 9.2 CE de que la igualdad de los españoles sea real y efectiva, una manera de conseguirlo es garantizar en la mayor medida posible el acceso a la propiedad de los ciudadanos. Sólo así se hará una realidad la idea contenida en el Preámbulo de nuestra Carta Magna de alcanzar una sociedad democrática avanzada. Expresión esta última, como nos explicó en su momento con detalle el profesor Lucas Verdú[50], que identifica el término «avanzar» con «progresar». Desde luego no sería un progreso reconvertir a los potenciales propietarios en inquilinos vitalicios porque debido a circunstancias excepcionales no han podido hacer frente a su hipoteca. Es evidente que una sociedad donde se ayuda al acceso a la propiedad a amplias capas de la población será una sociedad a la postre más igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Ballugera Gómez, C.; Mateo Villa, I.; Munar Bernat, P. A.; Delgado Ramos, J.; Núñez Iglesias, A. y García-Escárzaga González, F.: «El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-antecedentes-rdley-6-2012.htm*.

Bastús Ruiz, B.: *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda (El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda),* Atelier, Barcelona, 2023.

Fernández Farreres, G.: *Sistema de Derecho Administrativo I,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020.

Lucas Verdú, P.: *Curso de Derecho Político,* Tecnos, Madrid, 1984.

Ponce Solé, J. y Sibina Tomás, D. (coords.): *El derecho de la vivienda en el siglo xxi: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo (Con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional),* Marcial Pons, Madrid, 2008.

[49] Ver Fernández Farreres, G.: *Sistema de Derecho Administrativo I,* Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, p.49.

[50] Lucas Verdú, P.: *Curso de Derecho Político,* Tecnos, Madrid, 1984, p.441 y ss.

Tinao Llerandi, R.: «Las personas vulnerables. Análisis global de su definición y protección jurídica», C*EFLegal Revista práctica de derecho,* núm. 277, (febrero) 2024, pp. 5-32.

Vaquer Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España,* Iustel, 2011.

— «Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas» *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 48, (noviembre) 2014, pp. 34-39.

— «La exangüe competencia autonómica en materia de vivienda», *Informe comunidades autónomas*, núm. 2021, 2022, pp. 39-58.

— «El Proyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda y la intervención local en la materia», *Cuadernos de derecho local,* núm. 59, 2022, pp. 96-119.

Vaquer Caballería, M., Ponce Solé, J. y Arnáiz Ramos, R.: *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016.

LAS OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES PARA LA GARANTÍA DE SUMINISTROS DOMICILIARIOS ESENCIALES

Rafael Caballero Sánchez
Catedrático de Derecho Administrativo
Instituto Complutense de Ciencia de la Administración
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LA PROLIFERACIÓN DE BONIFICACIONES EN LAS TARIFAS DE SUMINISTROS ESENCIALES EN EL HOGAR COMO OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES. II. LAS DISTINTAS MEDIDAS SOCIALES DE PROTECCIÓN PARA CONSUMIDORES VULNERABLES EN SUS DOMICILIOS. 1. El bono social eléctrico. 2. El bono social térmico. 3. El abono social telefónico. 4. La tarifa social del agua. III. LOS RASGOS CONFIGURADORES DE LOS BONOS SOCIALES POR RAZÓN DE VULNERABILIDAD. 1. Son prestaciones sociales. 2. Son una intervención pública en el precio del suministro. 3. Constituyen una técnica de regulación contra la competencia. 4. Se imponen como obligaciones de servicio público. 5. Se proporcionan y se financian como prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria. 6. Se configuran como obligaciones tuitivas entre particulares. IV. LA VERTIENTE ECONÓMICA DE LAS OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES. LA FINANCIACIÓN DE LOS DESCUENTOS Y SUS DISTINTAS POSIBILIDADES. 1. Algunas consideraciones generales: los principios de proporcionalidad y de igualdad. 2. Financiación pública versus financiación privada. 3. Las diferentes soluciones ensayadas. V. HACIA UN MODELO SOSTENIBLE Y JUSTO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PROLIFERACIÓN DE BONIFICACIONES EN LAS TARIFAS DE SUMINISTROS ESENCIALES EN EL HOGAR COMO OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES

La preocupación del Estado social por asegurar un bienestar mínimo a todas las personas tiene una plasmación clara en la promoción del derecho a una vivienda digna y adecuada, de manera que todos puedan disfrutar de un hogar en el que desenvolver su vida personal y familiar. La dignidad y adecuación de ese domicilio pasan necesariamente por la dotación de ese espacio personal con unos servicios esenciales para los estándares de calidad de vida actuales en un país desarrollado, tales como el abastecimiento de agua, luz o teléfono. Junto al coste de acceso y mantenimiento de la vivienda propia, es evidente que el suministro de esos servicios tiene un coste periódico, que determinadas personas y familias con ingresos propios reducidos o muy reducidos no pueden permitirse, o lo hacen con sacrificio parcial de otros bienes esenciales, como la alimentación o el vestido. La cuestión es que, en los últimos años, algunos de esos suministros han dejado de proveerse como servicios públicos y que el Estado social ha proyectado parcialmente su acción protectora en este ámbito no a través de ayudas públicas sostenidas con los presupuestos públicos, ni mediante la imposición de tarifas oficiales reducidas a las compañías prestadoras de estos servicios que disfruten de un régimen de derechos exclusivos, sino imponiendo verdaderas obligaciones tuitivas de compañías privadas que actúan en régimen de mercado sobre sus clientes. Son medidas que han nacido por aluvión y de manera poco ordenada o coherente entre sí, pero que revelan la aparición de un nuevo estilo de actuación indirecta del Estado social.

Uno de los ejemplos más evidentes de obligación tuitiva entre particulares que ofrece en la actualidad nuestro sistema jurídico es el bono social eléctrico. Se trata de un descuento en el precio del suministro de electricidad que se introdujo en 2009 como una obligación legal que pesa sobre los operadores eléctricos respecto a los clientes vulnerables o con insuficiencia de recursos para asegurarse ese abastecimiento en las debidas condiciones y que se desdobla en dos vertientes. Por un lado, se obliga a determinados operadores (las llamadas *comercializadoras de referencia*) a ofrecer este suministro rebajado a quienes acrediten formalmente su condición de consumidores vulnerables y, por otro lado, se obliga al conjunto de los operadores que intervienen en el sistema eléctrico a financiar el coste efectivo final de los descuentos aplicados. Se introduce así, *ministerio legis*, una evidente medida de protección social en el seno de una relación jurídica entre particulares (entre el suministrador de electricidad y el cliente vulnerable). El modelo es novedoso, pues, aunque tradicionalmente el gobierno podía

establecer descuentos semejantes en ejercicio de su potestad tarifaria, esas medidas se adoptaban en el marco de la organización conjunta de todas las condiciones de prestación del servicio, que era en sí mismo de responsabilidad pública[1]. Mientras que ahora esa medida se impone como intervención externa en una relación comercial establecida entre una empresa y un consumidor, y desarrollada en un contexto de mercado[2].

---

[1] De hecho, todo el régimen tradicional de tarifas eléctricas, al que se puso fin en 2009 (determinando con ello la aparición del bono social como medida mitigadora de los rigores del mercado), tiene un inequívoco sentido social. Con él el precio de la electricidad era homogéneo en toda España, y no podía ser impuesto por cada compañía según su política comercial, en función del coste real del servicio a cada consumidor. Ese régimen arranca durante el último gobierno constitucional del reinado de Alfonso XIII, con la Real Orden del Ministerio de Fomento de 20 de agosto de 1920 (firmada por Ortuño como Director General de Comercio e Industria, y publicada en la Gaceta de Madrid del 25 de agosto). A raíz de las reclamaciones y quejas de consumidores frente a la denegación sistemática de suministro de electricidad, pasa a establecerse que las empresas de producción o distribución eléctrica no podían «negar el suministro de fluido a ningún particular o industria que lo solicite, ni suspenderlo a los abonados que estén al corriente en el pago de sus cuotas, en tanto tenga la Empresa medios técnicos para efectuar aquél» (art. 1), así como que requerirán de autorización del Gobierno, solicitada a través del Gobernador civil correspondiente, para la modificación de sus tarifas de suministro (art. 2). De manera que, en caso de negativa de la compañía a prestar el servicio, previa comprobación por parte de los Verificadores Oficiales de Contadores en cada provincia, se podía imponer la prestación del servicio a la tarifa vigente (a expensas de la compañía si era necesario), con multa de 100 a 250 pesetas. Con ese precedente, hace justo un siglo, el Real Decreto de 12 de abril de 1924 (publicado en la Gaceta de Madrid del día 15), pasó a declarar formalmente servicios públicos a los suministros de energía eléctrica, agua y gas (art. 1). De manera que todas las empresas de distribución de esos insumos quedaban obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicitase, siempre que tuviese «medios técnicos para ello» (art. 2), y a hacerlo según las tarifas aprobadas por la Administración pública (art. 3). Como explica la exposición de motivos del Real Decreto, «Las necesidades de la vida moderna y las exigencias de la industria no permiten que la Administración pública se desentienda de los suministros de energía eléctrica, agua y gas, indispensables para la existencia de los individuos y de las industrias, y cuyas deficiencias pueden originar conflictos de orden público y comprometer seriamente la vida de las Empresas industriales. La intervención se justifica, además, parque las Empresas de distribución necesitan ocupar terreno del dominio público, o del Estado, Provincias y Municipios, por lo que es lógico exigir, a cambio del derecho de ocupación que se les concede, condiciones que aseguren a los abonados un suministro regular».

[2] Este régimen de control tarifario directo se ha mantenido en España hasta que en 1997, a raíz de la Directiva europea 92/96/CE, se inició un proceso de liberalización de precios, en el que el Gobierno ha ido perdiendo su poder de intervención directa en la fijación de los umbrales aplicables. En la actualidad, bajo la regulación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que ya ha cumplido diez años, contamos con un régimen que en realidad es bifronte y con modulaciones. Por un lado, existe un auténtico mercado de la electricidad, de carácter mayorista, para productores y compradores de energía, y los grandes consumidores contratan libremente su suministro y condiciones con la comercializadora de su elección. Por otro lado, los consumidores domiciliarios (y las microempresas que tengan una potencia contratada de hasta 10 kilovatios), aunque tienen también libertad para elegir suministrador en el mercado libre, pueden refugiarse en el denominado *Previo Voluntario del Pequeño Consumidor*, cuyos componentes están regulados anualmente (peajes y cargos del sistema, en primer lugar, y coste de la energía en sí, que toma como referencia el precio que arroja el mercado mayorista). Sobre

Como apuntábamos, el bono social eléctrico no es una pieza aislada en el sistema de protección del bienestar de los hogares con dificultades económicas, sino que se suma a otras obligaciones tuitivas y medidas de índole social. La preocupación del Estado hacia la población en situación de vulnerabilidad se ha ido extendiendo a las distintas dotaciones domiciliarias esenciales que aseguran una calidad de vida mínima de las personas en la sociedad actual, a la par que la provisión de esos servicios se iba liberalizando. La calefacción, el suministro de agua potable, el agua caliente sanitaria o la disposición de una línea telefónica son consumos elementales básicos de un hogar, que han ido «provocando» la introducción de las correspondientes bonificaciones para quienes tienen más difícil disponer de estos medios. Su configuración jurídica no es homogénea, porque cada tipo de suministro se encuadra en un sistema de abastecimiento diferente y porque el legislador va introduciendo esas medidas de manera independiente en cada regulación sectorial (el bono social térmico, el abono social telefónico o las tarifas sociales del agua), pero todas ellas responden a un planteamiento de atención social que en el fondo las sustenta. Se puede decir por eso que los bonos sociales están de moda y que han proliferado en el siglo XXI al combinarse las reformas liberalizadoras de los sectores económicos de interés general, con el impacto de las sucesivas crisis económicas y la agudización de la pobreza en determinadas capas sociales.

Es más, ese mecanismo de los bonos se ha expandido entre nosotros, de manera que los poderes públicos van habilitando distintas medidas sociales concretas que consisten en descuentos o ayudas que se rotulan con esa calificación. En este sentido, han aparecido en los últimos años bonos para el alquiler de vivienda (el llamado «Bono Alquiler Joven»)[3], bonos culturales (inspirados en la medida francesa del «*Le pass Culture*»)[4],

---

este precio regulado, que ya tiene de por sí un sentido social, se aplican reducciones para los consumidores que tengan la condición de vulnerables, que se denominan «bono social eléctrico».

[3] Las ayudas públicas para vivienda han sido tradicionales, tanto en el marco de los planes estatales periódicos, como de las ayudas establecidas por las CCAA. Pero recientemente se ha creado un nuevo tipo de ayuda, al que se ha dado esa denominación de «Bono Alquiler Joven», mediante el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, que pone en marcha un programa adicional de ayudas directas a personas de hasta 35 años de edad, cuya unidad de convivencia tenga ingresos inferiores a 3 IPREM (1.737 euros mensuales), para pagar la renta de alquiler o el precio de la cesión de uso de la vivienda habitual y permanente. La ayuda es de 250 euros mensuales, a percibir hasta un máximo de 2 años. Se financia con los presupuestos generales del Estado y se gestiona por las CCAA (salvo en País Vasco y Navarra, a las que se ha transferido la competencia completa). A su vez, el nuevo plan estatal de vivienda 2022-2025, aprobado con el citado Real Decreto, contiene también un programa específico de ayudas directas a las personas jóvenes y para contribuir al reto demográfico (Programa 5), compatible parcialmente con el Bono Joven de Alquiler (arts. 10 y 55.1). Permite a personas de hasta 35 años obtener ayudas para el alquiler y la adquisición de vivienda en poblaciones menores de 10 000 habitantes.

[4] La disposición adicional 122 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, introdujo un «bono cultural joven», para facilitar el acceso a la cultura de quienes cumpliesen 18 años durante el año 2022, que se ha ido renovando

bonos digitales[5], bonos carestía[6] e incluso bonos turísticos[7] o bonos deportivos[8]. Son beneficios sociales que tienen menos interés para este trabajo, porque no están asociados a sectores económicos regulados, tienen carácter de ayudas públicas directas, están financiadas con cargo a los presupuestos públicos, y no recaen sobre los operadores privados del sector (que, por el contrario, se benefician de ese incremento de la capacidad de consumo de los beneficiarios de las ayudas, que pasan a ser potenciales clientes). Además, en ocasiones esos bonos no tienen siquiera como destinatarios a consumidores vulnerables, en sentido económico

---

anualmente. Se trata de unas ayudas públicas de hasta 400 euros por beneficiario, a consumir en las actividades y productos culturales, públicos o privados, que se recoge en los presupuestos públicos (disposición adicional 104 de la vigente y prorrogada Ley 31/2022, de 23 de diciembre). El régimen del bono cultural joven se ha desarrollado por el Real Decreto 191/2023, de 21 de marzo, que suscitó cierta polémica por la concreción de los productos y actividades a los que es de aplicación. En Francia esta ayuda es de 300 euros, se comenzó a implantar en 2019, y se está ampliando su ámbito de beneficiarios a menores de edad. También otras Administraciones españolas han puesto en marcha algún tipo de bono cultural. Como el Ayuntamiento de Madrid, con el denominado «JOBO», que tiene una regulación diferente. Se trata de poner a disposición de la población joven (entre 18 y 26 años) un porcentaje de entradas gratuitas para los eventos y espectáculos organizados por la empresa municipal Madrid Destino.

[5] En el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Gobierno aprobó el Real Decreto 989/2021, de 16 de noviembre (modificado por Real Decreto 1134/2023, de 19 de diciembre), para la concesión directa de ayudas a las comunidades y ciudades autónomas, cuyo objeto es financiar la contratación por parte de personas vulnerables de una conexión a Internet de banda ancha o de un incremento de la velocidad de conexión ya disponible.

[6] Mediante Orden de 3 de abril de 2024 la Junta de Andalucía lanza la convocatoria del Bono Carestía y aprueba las bases reguladoras para su concesión (*BOJA* de 10 de abril de 2024). Se trata de una convocatoria puntual de ayudas asistenciales directas a familias de bajos ingresos a causa del incremento generalizado de los precios de los productos y suministros básicos. El plazo de presentación de solicitudes se amplió mediante una Orden posterior de 9 de mayo (*BOJA* de 9 de mayo de 2024).

[7] Sin duda, uno de los sectores más golpeados por la crisis del Covid ha sido el turístico. La Comunidad de Castilla y León puso en marcha en 2021 un programa de subvenciones públicas directas para reactivación de los consumos turísticos en su territorio, al que calificó como «bono turístico» («*#DisfrutaCastillayLeón2021*»). Consistió en la entrega de una tarjeta prepago de carácter personal e intransferible, para su uso en los establecimientos y actividades turísticas inscritas en el Registro de Turismo de Castilla y León, siempre que se adhiriesen al programa y contasen con el sello de turismo de confianza. La cuantía de las subvenciones fue entre 125 y 420 euros, exigiendo el copago por el solicitante de una cantidad equivalente (del 50 o del 40 por 100 del servicio, según los casos). Con amparo en el Decreto-ley 1/2021, de 18 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para el sostenimiento y reactivación de los sectores turístico y deportivo en Castilla y León, se dictó después la Orden CYT/630/2021, de 17 de mayo, con las bases reguladoras para la concesión del citado bono turístico, donde se concretan las condiciones, así como la Orden CYT/810/2021, de 28 de junio, con el régimen de adhesión al programa de operadores turísticos (establecimientos de alojamiento y restauración, actividades de intermediación turística, de turismo activo, guías de turismo, y agencias turísticas).

[8] Es el caso del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, cuya Ordenanza reguladora de subvenciones del Instituto Municipal de Deportes para la práctica deportiva a través del Bono Social Deportivo de 9 de octubre de 2017 (BO de Las Palmas de 13 de octubre de 2017), provee subvenciones para personas y familias en situación de riesgo o fragilidad social de hasta 20 euros al mes durante seis meses.

estricto, pudiéndose calificar en algún caso como medidas de fomento, más que de asistencia social[9].

Por ese motivo, concentraremos nuestra exposición en torno a las medidas de protección social dispensadas por el Estado garante (concepto este vinculado en la doctrina alemana no a la garantía de bienes y servicios en general a la sociedad, sino al específico aseguramiento de los prestados a través de infraestructuras en red, cuando han sido objeto de liberalización), respecto a los suministros domiciliarios esenciales. Como se ha dicho, este es uno de los campos más fértiles en los que se han diseñado obligaciones tuitivas entre particulares en los últimos años, desde el momento en que los tradicionales servicios públicos se han ido transformando a instancias europeas en servicios de interés económico general, abiertos a la competencia. Para ese análisis, se partirá del examen de las distintas manifestaciones que cabe identificar hoy, para proceder después a sacar factor común y exponer sus rasgos configuradores esenciales. Finalmente, se acometerá el problema de la financiación de estas medidas, que es la cuestión que más polémica jurídica (y económica, obviamente) ha suscitado en estos años esta externalización del Estado social. El problema no es solo qué medidas sociales se necesitan, sino, sobre todo, quién y cómo las paga.

II. LAS DISTINTAS MEDIDAS SOCIALES DE PROTECCIÓN PARA CONSUMIDORES VULNERABLES EN SUS DOMICILIOS

Como se ha expuesto, junto con el acceso a una vivienda, y para que esta sea realmente digna y adecuada, es necesario asegurar a las personas una serie de dotaciones básicas, asociadas al bienestar mínimo que la sociedad actual y la dignidad humana demandan. Hasta el punto de que cabe defender que el acceso a esas dotaciones básicas forma parte del derecho proclamado por el art. 47 CE a favor de todos los españoles y compromete a la acción pública para garantizarlo[10]. Con

[9] Valga el ejemplo del reciente Real Decreto 321/2024, de 26 de marzo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a salas de exhibición cinematográfica para fomentar el acceso al cine de las personas de 65 años o más para el año 2024. Se trata de una medida de acción social, que permite a personas mayores acudir al cine un día de la semana a un precio de 2 euros, que se instrumenta como subvención pública a las salas, pero que perfectamente podría diseñarse como «bono cultural».

[10] En este sentido, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, define en su art. 3 el concepto de vivienda digna y adecuada como aquella que «por razón de su tamaño, ubicación, condiciones de habitabilidad, accesibilidad universal, eficiencia energética y utilización de energías renovables y demás características de la misma, y con acceso a las redes de suministros básicos, responde a las necesidades de residencia de la persona o unidad de convivencia en condiciones asequibles conforme al esfuerzo financiero», siendo suministros

el objetivo de facilitar esas condiciones básicas de habitabilidad, los hogares vulnerables desde el punto de vista económico y social tienen derecho en la actualidad a cuatro tipos de descuentos en el precio de sus suministros esenciales (luz, calefacción, línea telefónica y agua), tal como se puede mostrar en el siguiente cuadro-resumen:

Gráfico 1. *La protección de los consumidores vulnerables en el hogar*

DENOMINACIÓN	OBJETO	TIPO DE AYUDA	ÁMBITO	GESTIÓN Y PRESTACIÓN	FINANCIACIÓN	REGULACIÓN
BONO SOCIAL ELÉCTRICO	Consumo de electricidad	Descuento en el precio (sobre el PVPC)	Estatal	Compañías Comercializadoras de Referencia	Privada: Por todos los operadores del sector eléctrico. [Es una OTP]	Art. 45 LSE Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre
BONO SOCIAL TÉRMICO	Consumo de combustible para calefacción, agua caliente sanitaria, y cocina	Ayuda pública directa	Estatal	CCAA	Pública: Por el Estado (más posible incremento autonómico). [No es OTP]	Arts. 5 a 11 y Anexos del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre
TARIFA SOCIAL DEL AGUA	Consumo de agua	Descuento en la tarifa	Local	Concesionarios o prestadores del servicio	Pública o Privada: Según sea por entidad local o concesionarios [Posible OTP]	Sin regulación general
ABONO SOCIAL TELEFÓNICO	Servicio de línea telefónica fija	Descuento en la cuota	Estatal	Telefónica de España (como operador del servicio universal)	Privada: Por los grandes operadores a través del Fondo Universal [Es una OTP]	Art. 38.3 LGTel Art. 35.2.a) del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo

Fuente: Cuadro de elaboración propia (OTP: Obligación tuitiva entre particulares).

Cada uno de ellos cuenta con una regulación sectorial independiente, si bien, como veremos, el bono social térmico está *hermanado* con el eléctrico, a pesar de su distinta naturaleza jurídica. De hecho, lo ideal sería que todos estos beneficios respondieran a un planteamiento global y coherente de satisfacción de necesidades básicas de todo hogar, y atendiesen a una categoría homogénea de consumidores vulnerables, con los grados o niveles que sea necesario diferenciar. Pero la regulación sectorial e independiente de estos servicios no ha permitido de momento ese deseable diseño omnicomprensivo. Sin duda, el caso del bono social eléctrico es el que más interés ha suscitado, precisamente por su configuración como obligación tuitiva entre particulares, con

básicos «los suministros energéticos (de electricidad, gas, gasoil, entre otros), agua corriente, de los servicios de telecomunicación», en la vivienda habitual.

sus consecuencias económicas gravosas para los operadores del sector, como luego se expondrá, pero es conveniente hacer antes una descripción general de cada una de estas manifestaciones[11].

1. El bono social eléctrico

La liberalización del sector eléctrico ha ido empujando a los consumidores hacia el mercado libre de suministro de este producto, eliminando el sistema de tarifas integrales aprobadas por el Gobierno en que tradicionalmente se desenvolvía. Se incentiva así la búsqueda de opciones comerciales más allá del refugio en un precio regulado públicamente, pero referenciado al fin y al cabo al del mercado organizado de electricidad. En efecto, hoy el precio de la electricidad es libre con carácter general, sin perjuicio de la existencia de un llamado PVPC o *Precio Voluntario del Pequeño Consumidor* (art. 17 LSE)[12], que es un precio máximo parcialmente regulado para consumidores domésticos, y de la *Tarifa de Último Recurso*, que consiste en descontar de aquel el llamado *Bono Social* a los consumidores vulnerables que cumplan unos requisitos y así lo soliciten (art. 45 LSE)[13]. Desde que en 2009 se creó

[11] Por dar una idea general de su alcance o importancia, cabe decir que el bono social eléctrico y el bono social térmico son las ayudas más relevantes, ya que de ellos se benefician 1 683 063 consumidores, según datos a 31 de mayo de 2024 del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que están desglosados por provincias, CCAA y categorías de vulnerabilidad *(https://www.miteco.gob.es/es/energia/energia-electrica/bono-social/datos-beneficiarios-bono-social.html)*. En 2022, según el *Informe de supervisión de los mercados minoristas de gas y electricidad, Año 2022 y avance 2023*, IS/DE/027/23, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 25 de abril de 2024, el número de beneficiarios estaba en 1,3 millones de personas. Además, en este informe se da el dato relevante de la financiación total del bono social eléctrico y térmico, que en 2022 alcanzó los 568 y los 453 millones de euros, respectivamente. Por su parte, el abono social telefónico tuvo en 2022 (último ejercicio disponible) un coste reconocido para Telefónica de algo más de 5 millones de euros (concretamente, 4 330 808 euros), según la Resolución de la Sala de supervisión regulatoria de la CNMC por la que se aprueba la *Verificación de la declaración de coste neto del servicio universal realizada por Telefónica de España para el ejercicio 2021* (SU/DTSA/003/24), p. 36. La resolución anonimiza el número de hogares beneficiarios del abono social telefónico, que se estima en torno a 30 000. De la tarifa social del agua carecemos de datos agregados.

[12] El Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, regula la metodología del cálculo del PVPC, que se compone de forma aditiva de los distintos conceptos que abarcan el suministro eléctrico: el precio de la energía (referenciado al que resulta del mercado mayorista organizado), los peajes de transporte y de distribución (fijados y actualizados con los criterios y metodología que establece la CNMC), y los costes de comercialización (también fijados por el citado real decreto). A ello se suman los llamados cargos del sistema (conceptos adicionales cargados en el precio, como la recuperación del déficit de tarifa, el extracoste del abastecimiento extrapeninsular o la retribución de la CNMC, calculados según el Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo) y los impuestos aplicables.

[13] El régimen del bono social está desarrollado por el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, a su vez desarrollado por la Orden ETU/943/2017, también de 6 de octubre.

este tipo de descuento, su regulación ha sufrido numerosas reformas, provocadas por un incesante reguero de pronunciamientos del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia, que han dado lugar a una historia interminable, aunque parece algo apaciguada en los últimos años, como se relatará más tarde.

Tal como ya se avanzó, este bono social eléctrico se desdobla en dos elementos interconectados, que reciben un tratamiento diferenciado: la vertiente del descuento en la factura que se aplica a cada consumidor vulnerable y la vertiente de la financiación del conjunto de los descuentos aplicados.

Por un lado, el bono comprende la obligación de servicio público que tienen las llamadas comercializadoras de referencia (las ocho compañías de comercialización designadas para prestar en España el servicio de suministro eléctrico a los consumidores en régimen de PVPC) de aplicar sobre el mismo un descuento en la factura a las distintas categorías reconocidas de consumidores vulnerables. Se diferencian a estos efectos tres niveles de precariedad[14]: los consumidores vulnerables «a secas», los consumidores vulnerables «severos» y los consumidores vulnerables «severos en riesgo de exclusión social», los cuales son merecedores de unos descuentos crecientes, con porcentajes que han ido cambiando con el tiempo. Básicamente, entre 2016 y 2021 fueron del 25, del 40 y del 100 por 100 de la factura eléctrica, y tras unos incrementos excepcionales y temporales que se relatan a

---

El Real Decreto ostenta un curioso récord, y es que en sus años de vigencia ha sido modificado nada menos que doce veces, pero todas ellas, salvo una, por Decreto-ley, dada la urgencia, primero, de recomponer el régimen del bono social tras las sentencias que declaraban inaplicable la regulación de la LSE y anulaban a la vez su desarrollo reglamentario, y segundo, de reforzar la cobertura del bono con ocasión de la pandemia y de la crisis de los precios de la energía. Modificaciones que se han hecho manteniendo el rango reglamentario del Real Decreto. En la nota 28 de este trabajo se recoge toda una batería de resoluciones del Tribunal Supremo que, además de decretar la inaplicabilidad del art. 45.4 LSE en su redacción desde 2016, declararon inaplicables y nulos los arts. 12 a 17 del Real Decreto, es decir, el régimen de financiación del bono social eléctrico.

Por su parte, la Orden ETU/943/2017 también ha sufrido varias modificaciones (algunas por Decreto-ley) y ha sido impugnada. Los recursos tuvieron que ser conocidos por la Audiencia Nacional que, con apoyo en la doctrina del TS de 2022 vino a anular una serie de preceptos mediante al menos cinco sentencias de la Sección 4.ª de la Sala de lo Contencioso: SAN 5277/2022, de 8 de noviembre (Rec. 498/2017); SAN 1493/2023, de 15 de marzo (Rec. 506/2017); SAN 3840/2023, de 5 de julio (Rec. 494/2017); SAN 5631/2023, de 25 de octubre (Rec. 510/2017); y SAN 1240/2024, de 6 de marzo (Rec. 479/2017). Por cierto, que frente a estas sentencias se han admitido los correspondientes recursos de casación, por cuanto la AN podría haberse excedido en sus pronunciamientos anulatorios al valorar en los recursos de instancia el allanamiento de la abogacía del estado (AATS 15671/2023, de 22 de noviembre, 815/2024, de 31 de enero, 7754/2024, de 19 de junio, y 9267/2024, de 10 de julio).

[14] Cuando se creó la figura del bono social eléctrico en 2009 solo se estableció un único grupo de consumidores vulnerables, a los que se aplicaba un descuento del 25 por 100 en la factura eléctrica. Modelo que se mantuvo hasta 2016, en que se pasó al esquema de los tres escalones, que hoy se mantiene, por medio del Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre.

continuación, está previsto que queden en el 35, el 50 y el 100 por 100 a partir del 1 de enero de 2026 (si no vuelve a haber cambios antes de esa fecha, cuestión que no es en absoluto descartable) [15].

En efecto, las inusitadas circunstancias que han golpeado nuestra economía y sociedad en estos últimos años han requerido introducir adaptaciones del modelo de cobertura, tanto en los porcentajes de descuento como en la determinación de los sujetos beneficiarios. Desde 2021, a raíz de la crisis del Covid y de la posterior crisis de los precios de la energía, los porcentajes de los dos primeros escalones de vulnerabilidad se fueron incrementando con carácter provisional, primero al 60 y al 70 por 100, y un año más tarde hasta el 65 y el 80 por 100[16]. Por medio de sucesivas prórrogas esos niveles se han mantenido aplicables. Hasta que el Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, ha establecido un calendario descendente de recuperación de la «normalidad», modificado seis meses después por el Real Decreto-ley 9/2024[17]. También a causa de la pandemia, se introdujo por medio del Real Decreto-ley

---

[15] En la fecha de cierre de este trabajo (23 de julio de 2024) la prensa se hace eco de que, fruto de la negociación política para la convalidación parlamentaria del último decreto-ley anticrisis (Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio) se quiere obtener el compromiso del Gobierno para extender los porcentajes actuales de descuento del bono social eléctrico hasta fin del año 2024, y no hasta el 1 de octubre de 2024, como establece la norma a convalidar. Al final, ya en fase de corrección de pruebas, se comprueba que mediante el art. 100 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, se retoca el calendario de descuentos para 2025, que quedaría en 50, 65 y 100 por 100 para el primer semestre, y en 42,5, 57,5 y 100 por 100 para el segundo semestre.

[16] Transitoriamente, con ocasión de la crisis de precios de la electricidad del otoño de 2021 y mediante el art. 1 del Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, esos porcentajes se elevaron primero al 60 y al 70 por 100 de descuento para consumidores vulnerables y consumidores vulnerables severos (manteniéndose la opción máxima del 100 por 100 para los vulnerables severos en riesgo de exclusión social). La medida se prorrogó en esos mismos términos por tres veces; primero hasta el 30 de abril de 2022 (por el art. 4 del Real Decreto-ley 29/2021, de 21 de diciembre), después hasta el 30 de junio de 2022 (por la disposición adicional 5 del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo), y luego hasta el 31 de diciembre de 2022 (por el art. 1.15 del Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio). La cuarta prórroga, fruto del art. 1 del Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, no solo fue más extensa (todo un año, hasta el 31 de diciembre de 2023), sino que además vino a elevar esos porcentajes de descuento al 65 por 100 para los consumidores vulnerables y al 80 por 100 para los consumidores vulnerables severos (manteniéndose la posibilidad de llegar al 100 por 100 para los vulnerables severos en riesgo de exclusión social). La última prórroga llegó con el art. 35.1 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, que mantuvo el umbral de descuento en el 65 y 80 por 100, y se extendió hasta el 30 de junio de 2024.

[17] El art. 20 del Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo y se adoptan medidas urgentes en materia fiscal, energética y social, estableció cuatro tramos trimestrales de reducción progresiva hasta alcanzar los porcentajes para consumidores vulnerables y vulnerables severos que se consideran deben ser «definitivos» (35 por 100 y 50 por 100, respectivamente). Para ello, el art. 24 da su redacción «definitiva» al art. 6.3 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, que contiene el desarrollo reglamentario del bono social eléctrico. Calendario que ha sido corregido por el art. 100 del Real Decreto-ley 9/2024.

11/2020 un supuesto específico de consumidor vulnerable «por razón del Covid», ideado para trabajadores autónomos que hubiesen reducido sustancialmente sus ingresos[18], que fue complementado unos meses más tarde por otro más amplio en virtud del Real Decreto-ley 30/2020, objeto de varias prórrogas temporales[19]. Y, mediante el Real Decreto-ley 18/2022, se añadió un bono social «de justicia energética», que en realidad consistía en elevar el umbral de ingresos mínimos que daban derecho al mismo, creando así un segmento o escalón adicional de beneficiarios con carácter transitorio[20]. Esta última medida también se ha extendido mediante prórrogas sucesivas hasta el 30 de junio de 2024, en que finalmente ha decaído.

En todo caso, solo pueden ser beneficiarios de estos descuentos las personas físicas, respecto a su vivienda habitual, y con un límite máximo de consumo anual, a partir del cual se les vuelve a facturar el PVPC o precio regulado. Básicamente, se considera vulnerables a los consumidores —en realidad sus unidades familiares o de convivencia— de cuatro colectivos diferentes: los hogares de bajas rentas (con ingresos anuales inferiores a 1,5 IPREM, si bien ese umbral se modula en función de ciertas circunstancias)[21], las familias numerosas, los

---

[18] Así lo estableció el art. 28 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, que con carácter excepcional y temporal pasó a considerar consumidores vulnerables a los trabajadores por cuenta propia que hubiesen cesado en su actividad o disminuido su facturación en un 75 por 100 y estuviesen por debajo de unos niveles de renta.

[19] La disposición adicional 6.ª del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, introdujo un nuevo supuesto de consumidor vulnerable —y de suministro esencial no susceptible de interrupción— para atender una serie de circunstancias (desempleados, personas en situación de ERTE o Expediente Temporal de Regulación de Empleo, o con reducción de jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares), combinadas con unos umbrales máximos de ingresos de la unidad familiar, que se acreditaban mediante una declaración responsable. Por su parte, la disposición adicional 7.ª habilitaba a la Administración para perseguir los posibles fraudes producidos en relación con ese beneficio.

El supuesto, aprobado con vigencia temporal, fue renovado sucesivamente. Primero, mediante el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo (arts. 5 y 6, junto con el establecimiento de la prohibición de corte de suministro de agua, luz y gas a cualquier consumidor vulnerable), hasta el 9 de agosto de 2021. Segundo, mediante el Real Decreto-ley 16/2021, de 3 de agosto, hasta el 31 de octubre de ese año. Tercero, por el Real Decreto-ley 21/2021, de 26 de octubre, hasta el 28 de febrero de 2022. Cuarto, por el Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, hasta el 30 de junio de 2022.

[20] El art. 10 del Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural, regula ese supuesto, inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2023. La previsión fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2024, por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre. Se dispuso además que el reconocimiento de este bono eléctrico singular no comportaba el derecho adicional a recibir la ayuda del bono social térmico.

[21] El IPREM de 14 pagas se sitúa en la actualidad en 8 400 euros, por lo que estamos hablando de hogares o unidades de convivencia con ingresos anuales de hasta 12 600 euros. Ese umbral se incrementa en 0,5 IPREMs (4 200 euros más) por cada menor de edad que incluya

pensionistas que perciben pensiones mínimas y, desde la aprobación del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, los beneficiarios del Ingreso Mínimo Vital. Sobre esa base, se consideran a su vez vulnerables severos a los hogares con ingresos inferiores en un 50 por 100 a los umbrales antes apuntados, así como a las familias numerosas y a los pensionistas que no superen un nivel de renta (2 y 1 IPREM, respectivamente). Finalmente, son vulnerables en riesgo de exclusión social aquellos consumidores que, además de ser vulnerables severos, estén siendo atendidos de hecho por los servicios sociales autonómicos o locales, con la condición de que estos sufraguen al menos el 50 por 100 de su factura.

Por otro lado, el bono social comprende las aportaciones financieras que se exigen de manera individualizada a cada operador de este sector energético en función del respectivo peso en el mercado para cubrir el déficit de los descuentos practicados al conjunto de beneficiarios del bono. Aportaciones que tienen la naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria y que constituyen verdaderas obligaciones tuitivas entre particulares, aunque sean cargas que se colectivicen y se repartan entre los obligados. En realidad, con estas prestaciones económicas se atiende el montante de tres partidas diferentes de déficit del sistema eléctrico: el coste de los descuentos de los consumidores vulnerables y vulnerables severos, que pesa íntegramente sobre los operadores eléctricos[22]; el coste de la cofinanciación de la factura de los consumidores en riesgo de exclusión social (ya que en estos casos al menos el 50 por 100 será sufragado con fondos públicos autonómicos o locales)[23]; y el coste de la no suspensión del suministro por impago a los perceptores del bono social, cuando esta se produce a pesar de disfrutar de descuentos parciales, ya que el legislador prohíbe esa interrupción cuando en los beneficiarios del bono social concurren determinadas circunstancias añadidas (existencia en la unidad familiar de un menor de 16 años, de una persona dependiente en grado II o III, o de una persona discapacitada en un porcentaje igual

---

el hogar, y en 0,3 IPREMs (2 520 euros más) por cada mayor de edad adicional que conviva. Por otro lado, tales umbrales también se incrementan en 1 IPREM (8 400 euros más) si en la unidad familiar hay algún miembro que tenga reconocida una discapacidad superior al 33 por 100, una situación de dependencia de grado II o III —o sea, discapacidad severa o gran discapacidad—, la condición de víctima de género, la condición de víctima del terrorismo, se trate de una familia monoparental con al menos un menor de edad o cuente con algún miembro en situación de dependencia electrointensiva, debidamente acreditada (supuesto este último añadido por la Ley 3/2024, de 30 de octubre, para mejorar la calidad de vida de personas con ELA o enfermedades similares).

[22] Artículo 45.4 LSE, cuya redacción vigente proviene del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo.

[23] Artículo 52.4.j) LSE, modificado por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre.

o superior al 33 por 100)[24]. Estos hogares quedan cualificados como consumos esenciales.

El problema ha estado en que el régimen de reparto para la financiación privada del coste del bono social, verdadera obligación tuitiva que grava a las compañías eléctricas en favor de los consumidores vulnerables, ha ido siendo sucesivamente desmontado por el Tribunal Supremo, por considerar que los criterios de reparto eran incompatibles con las Directivas europeas sobre el mercado interior de la electricidad[25]. Primero, en 2013 (en cuanto que la financiación del bono social recaía solo sobre las compañías de producción de electricidad)[26], luego en 2016-2021 (en cuanto que la financiación recaía solo sobre los grupos integrados de producción, distribución y comercialización de electricidad)[27], y por última vez en 2022 (en cuanto que la financiación recaía solo sobre las compañías comercializadoras, ya fueran individuales o integradas en grupos verticales)[28]. Apoyándose en la jurispru-

---

[24] Artículo 52.4.k) LSE, introducido por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre. Además, a partir del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se ha establecido la imposibilidad temporal de suspensión no solo del suministro de luz, sino también de agua y de gas a los consumidores que disfruten del bono social o que cumplan las condiciones para disfrutarlo. Mediante sucesivos Decretos-ley (RD-ley 37/2020; RD-ley 8/2021; RD-ley 16/2021; RD-ley 21/2021; RD-ley 2/2022; RD-ley 11/2022; RD-ley 20/2022; RD-ley 8/2023; RD-ley 4/2024 y RD-ley 9/2024) se ha ido extendiendo sucesivamente el plazo de vigencia de esta medida hasta el 31 de diciembre de 2025.

[25] Esa historia de conflictos está relatada por Tarlea Jiménez (2021: 448 a 452) o por mí mismo (2020: 151 a 164), por lo que no se entra en demasiado detalle aquí.

[26] STS 1425/2012, de 7 de febrero (Sala 3.ª, Sección 3.ª, Rec. 419/2010, Espín Templado).

[27] STS 4526/2016, de 24 de octubre (Rec. 960/2014, Calvo Rojas); STS 4527/2016, de 24 de octubre (Rec. 961/2014, Calvo Rojas); STS 4678/2016, de 25 de octubre (Rec. 16/2015, Perelló Domenech); y STS 4745/2016, de 2 de noviembre (Rec. 11/2015, Córdoba Castroverde). Estas cuatro sentencias —junto a una saga de una docena más que en 2017 las sucedieron— fueron anuladas en vía de amparo por el Tribunal Constitucional (STC 37/2019, de 26 de marzo; STC 46/2019, de 8 de abril; STC 53/2019, de 6 de mayo; y STC 54/2019, de 6 de mayo), por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (en concreto por la defectuosa aplicación de la doctrina del acto aclarado al resolver los recursos sin antes acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una cuestión prejudicial). Las sentencias de amparo obligaron a la retroacción de actuaciones, que condujo al planteamiento de una cuestión prejudicial. Esta fue resuelta por STJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19, confirmando la apreciación del Tribunal Supremo sobre la inadecuación de la normativa española a las exigencias de no discriminación en materia de obligaciones de servicio público contenidas en la Directiva del mercado interior de la electricidad. En consecuencia, a finales de 2021 nuestro alto tribunal volvió a dictar cuatro sentencias con un fallo idéntico al formulado cinco años antes en 2016: STS 4768/2021, de 20 de diciembre (Rec. 960/2014, Calvo Rojas, caso Viesgo —EON, cuando comenzó el conflicto—); STS 4769/2021, de 21 de diciembre (Rec. 961/2014, Bandrés Sánchez-Cruzat, caso Endesa); STS 4849/2021, de 21 de diciembre (Rec. 16/2015, Arozamena Laso, caso Iberdrola); y STS 4867/2021, de 23 de diciembre (Rec. 11/2015, Espín Templado, caso Naturgy). Lamentablemente, los costes de transacción en este conflicto han sido muy elevados.

[28] Tras el cierre final en diciembre de 2021 del conflicto sobre el segundo modelo de financiación del bono social, y a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre el caso Viesgo en octubre de 2021, con sus contundentes afirmaciones sobre la necesidad de que en principio todas las compañías eléctricas contribuyan a la financiación del bono social, parecía

dencia europea sobre las obligaciones de servicio público en el ámbito del gas y de la electricidad, y específicamente en la cuestión prejudicial planteada por la propia Sala 3.ª del Tribunal Supremo, y resuelta por la STJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19, Viesgo, nuestro alto tribunal ha dejado claro que en el reparto de la carga económica de los descuentos no se pueden excluir operadores de algún o algunos segmentos del sector, al menos sin una justificación objetiva y convincente. Ante esa doctrina consolidada, solo parecían quedarle al Gobierno dos opciones: o mantener un régimen de financiación privada, pero cediendo en sus criterios previos de reparto para incluir sin excepción a todos los operadores de producción, transporte, distribución y comercialización de electricidad, según su peso en el sector, o establecer un régimen de financiación pública del bono eléctrico, pero configurándolo ya como ayuda directa a la población vulnerable, y no como descuento en su factura mensual[29].

Finalmente, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, apostó por la primera opción. A través de sus disposiciones adicionales 17.ª, 23.ª y 24.ª se modificó la regulación del bono social eléctrico en la LSE, en el Real Decreto 897/2017 y en la Orden ETU/943/2017, respec-

---

claro que el Tribunal Supremo no tardaría en resolver en sentido análogo sobre la regulación del tercer modelo de financiación. Así ha ocurrido en enero de 2022, mediante tres primeras sentencias paralelas: STS 130/2022, de 31 de enero (Rec. 673/2017, Córdoba Castroverde, caso Viesgo); STS 301/2022, de 31 de enero (Rec. 633/2017, Calvo Rojas, caso Iberdrola); STS 377/2022, de 31 de enero (Rec. 622/2017, Bandrés Sánchez-Cruzat, caso Naturgy —que era Gas Natural cuando empezó el conflicto—). A ellas siguieron una docena más entre febrero y marzo de 2022: STS 705/2022, de 21 de febrero (Rec. 687/2017, Calvo Rojas, caso Endesa); STS 706/2022, de 21 de febrero (Rec. 699/2017, Calvo Rojas, caso UNESA); STS 840/2022, de 22 de febrero (Rec. 680/2017, Bandrés Sánchez-Cruzat, caso Clidom Energy); STS 916/2022, de 22 de febrero (Rec. 698/2017, Bandrés Sánchez-Cruzat, caso ACIE); STS 799/2022, de 28 de febrero (Rec. 701/2017, Del Riego Valledor, caso Disa); STS 800/2022, de 28 de febrero (Rec. 696/2017, Del Riego Valledor, caso Nexus y The Yellow Energy); STS 913/2022, de 1 de marzo (Rec. 690/2017, Córdoba Castroverde, caso EDP y Baser); STS 915/2022, de 2 de marzo (Rec. 697/2017, Arozamena Laso, caso de más de una veintena de comercializadoras); STS 912/2022, de 7 de marzo (Rec. 679/2017, Espín Templado, caso Excelsior Time); STS 914/2022, de 7 de marzo (Rec. 693/2017, Espín Templado, caso Som Energia); STS 1016/2022, de 16 de marzo (Rec. 703/2017, Arozamena Laso, caso Integración Europea de Energías); y STS 1324/2022, de 28 de marzo (Rec. 702/2017, Espín Templado, caso CIDE y CHC).

[29] Aunque, en este último caso, también cabe la posibilidad de que los operadores del sector *arrimen el hombro* contribuyendo a las arcas públicas mediante impuestos específicos para su actividad económica o mediante contribuciones a fondos públicos de financiación del sistema eléctrico. El hecho de que el Estado pueda optar por un modelo de financiación pública del bono no impide, por tanto, que por otras vías recabe lo necesario para desarrollar su acción social contra la pobreza energética. Con ese planteamiento se puso en marcha un proyecto de ley de sostenibilidad del sector eléctrico, aprobado por el Consejo de Ministros el 1 de junio de 2021, en el que se quería involucrar también a las empresas gasistas y de productos petrolíferos en la financiación del sistema eléctrico en general, pero que no ha llegado a tramitarse por la Cortes Generales.

tivamente[30]. El art. 45.4 LSE pasa a establecer así —tal como se mantiene en la actualidad— que la financiación del bono social constituye una obligación de servicio público, que asumen «los sujetos del sector eléctrico que participan en las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, incluyendo la producción, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como por los consumidores directos en mercado» [31]. Todo ello con remisión al desarrollo reglamentario fijado ya por las otras disposiciones adicionales del Decreto-ley, si bien la regulación de la LSE ya establece de por sí unas pautas procedimentales y atribuye importantes responsabilidades de gestión a la CNMC y al Ministerio con competencias en materia de energía.

Desde esa reforma de 2022 se ha mantenido el modelo y lo más reseñable ha sido, más allá de algunos incidentes de ejecución de las sentencias dictadas ese año[32], la introducción de algunas modificaciones del desarrollo reglamentario, realizadas de manera anómala mediante Decreto-ley[33] y algún intento de impugnación del nuevo reparto de la carga financiera del bono social que, de momento, no ha fructificado[34].

---

[30] Además, se tomaron medidas complementarias sobre el bono social (prórroga de descuentos ampliados, obligaciones de información de comercializadoras de referencia y de la CNMC) en las disposiciones adicionales 5.ª, 8.ª, 9.ª y 10.ª, además de en las disposiciones transitorias 4.ª, 5.ª y 6.ª. Y se amplió la partida para el bono social térmico de 2022 en 75 millones de euros (disposición adicional 5.ª).

[31] El Gobierno terminó así agachando la cabeza ante la contundente doctrina jurisprudencial sostenida durante 10 años. Pero en ese acomodamiento, sorprende la inclusión también del grupo de los consumidores directos en mercado que, precisamente, son eso: consumidores y no propiamente operadores del sistema, que presten servicios de producción, conducción o venta de electricidad. La explicación podría estar en el art. 46.3 LSE, en la medida en que establece que estos consumidores directos en mercado tienen las mismas obligaciones y derechos de los comercializadores que les sean de aplicación (enumerados en los dos anteriores apartados).

[32] Cabe citar varios Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, estimatorios de incidentes de ejecución, relevantes por su cuantía, planteados por los recurrentes que ganaron aquellas sentencias. Como el ATS 7805/2023, de 8 de junio (Naturgy, con orden de abono de 64 millones de euros en relación con la sentencia de 31 de enero de 2022), el ATS 5690/2024, de 17 de abril (Iberdrola, con orden de abono de 163 millones de euros en relación con la sentencia de 31 de enero de 2022), el ATS 4413/2023, de 19 de abril (Curenergía, con orden de abono de 102 millones de euros en relación con la sentencia de 31 de enero de 2022), o el ATS de 20 de mayo de 2024 (EDP, con orden de abono de 19 millones de euros en relación con la sentencia de 1 de marzo de 2022). También hay varios Autos de inadmisión de incidentes en los que se pretendía la extensión de efectos de esas sentencias de 2022 a quienes no habían sido recurrentes entonces, como es el caso del ATS 15706/2023, de 16 de noviembre, o del ATS 16440/2023, de 29 de noviembre.

[33] Abundando en lo ya comentado en la nota 13 de este trabajo, cabe resaltar que el Real Decreto 897/2017 ha sido modificado en seis ocasiones desde la relevante reforma obrada por el Real Decreto-ley 6/2022. Casi todas ellas, por medio de legislación de urgencia, a pesar de ser una norma reglamentaria: Reales Decretos-ley 10/2022, de 13 de mayo, 11/2022, de 25 de junio, 18/2022, de 18 de octubre, 4/2024, de 26 de junio y 9/2024, de 23 de diciembre, además de la Ley 3/2024, de 30 de octubre. Ninguno de ellos altera el modelo fijado en 2022, si bien afectan al procedimiento a seguir, a los porcentajes de descuento, y a las prórrogas a aplicar.

[34] Mediante la STS 2239/2023, de 22 de mayo (Rec. 528/2022, Córdoba Castroverde), se inadmitió a trámite un recurso directo interpuesto por la Asociación de Comercializadores

Gráfico 2. *Evolución del Bono Social de electricidad 2009-2025*

	Modelo 1	*Modelo 2*	*Modelo 3A*	*Modelo 3B*	*Modelo 4*
MODELOS SUCESIVOS Y NORMATIVA REGULADORA	RD-ley 6/2009, de 30 de abril + Orden ITC/1723/2009	RD-ley 9/2013, de 12 de julio Art. 45 LSE + RD 968/2014	RD-ley 7/2016, de 23 de diciembre + RD 897/2017 y Orden ETU/943/2017	RD-ley 15/2018, de 5 de octubre + Bono social térmico	RD-ley 6/2022, de 29 de marzo + RD-ley 10/2022 RD-ley 4 y 9/24
SUJETOS OBLIGADOS A FINANCIARLO	Productores de electricidad	Grupos de productores, distribuidores y comercializadores de electricidad	Comercializadores de electricidad	Presupuestos Generales del Estado, más complementos autonómicos	Productores, transportistas, distribuidores, comercializadores y consumidores directos
DESCUENTOS APLICADOS AL CONSUMIDOR	25% de la factura eléctrica	25% de la factura eléctrica	25, 40 y 100% de la factura eléctrica	Ayuda directa (40 € mínimo)	25, 40 y 100% y, tras modificaciones temporales, 35, 50 y 100% desde el 1 de enero de 2026
PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES DE REFERENCIA	STS de 7 de febrero de 2012	STS 24-X-2016 + STC 37/2019 + STJUE 14-X-2021 + STS 20-XII-21	SSTS de 4 de junio de 2020 y de 31 de enero de 2022	STC 134/2020	

Fuente: Cuadro de elaboración propia. Actualizado a 31 de diciembre de 2024.

Independientes de Energía (ACIE), contra la redacción de Real Decreto 897/2017 fijada por los Reales Decretos-ley 6 y 10/2022 (la asociación cuestionaba que, en el nuevo modelo de financiación del bono social, el peso que se asigna a los comercializadores no es equilibrado respecto al de los otros grupos de operadores del sistema eléctrico). El argumento para inadmitir el recurso es que esa reforma se hizo por normas con rango de ley, que no son asequibles a la jurisdicción contenciosa, dado que esos Decretos-ley no degradaron el rango de la norma reglamentaria, sino que simplemente habilitaron mediante una cláusula específica la posterior modificación de los preceptos afectados por disposiciones reglamentarias. El razonamiento es del todo formalista y contrasta con toda la funesta historia del bono social, que ha sido una continuada cadena de impugnaciones indirectas en vía contenciosa de los sucesivos Decretos-ley que lo han regulado, a través de su desarrollo reglamentario, y en las cuales el Tribunal Supremo ha controlado no ya ese desarrollo reglamentario, sino en realidad la regulación legal de cobertura, que declaraba inaplicable por su falta de acomodación al Derecho de la Unión Europea. El Supremo viene a decir que los preceptos modificados del Real Decreto 897/2017 tendrían rango de ley por haber sido modificados por un Real Decreto-ley y solo podrían impugnarse mediante recurso o cuestión de inconstitucionalidad, pero que serían modificables pro futuro por un simple reglamento por habilitarlo así la ley. Y se apoya como argumento en que el TC ha admitido en casos semejantes acciones de inconstitucionalidad contra este tipo de reformas. Está claro que si una medida de reforma de un reglamento se opera mediante ley cabrá cuestionar la constitucionalidad de la ley, pero el objeto reformado es un reglamento, que además podrá ser en adelante alterado por reformas reglamentarias. Ergo esa disposición modificada de manera pasiva debe ser susceptible del control propio de los reglamentos. Personalmente, me parece todo un despropósito desde el punto de vista del sistema de fuentes del derecho que merece un comentario monográfico que aquí no cabe hacer.

Gráfico 3. *Medidas transitorias 2020-2025 por el Covid, la escalada de precios y la guerra de Ucrania*

<table>
<tr><td rowspan="2">MEDIDAS DE URGENCIA Y SUCESIVAS PRÓRROGAS</td><td colspan="2">Mayor % de descuento</td><td>Nuevos supuestos incluidos</td><td>No corte de suministros</td><td rowspan="2">Otras medidas de protección de consumidores vulnerables</td></tr>
<tr><td colspan="2">RD-ley 23/2021, de 26 de octubre
+ prórrogas:
RD-ley 29/2021,
RD-ley 6/2022
RD-ley 11/2022
RD-ley 18/2022
RD-ley 8/2023</td><td>RD-ley 11/2020
+ prórrogas:
RD-ley 30/2020
RD-ley 8/2021
RD-ley 16/2021
RD-ley 21/2021
RD-ley 2/2022
Ley 3/2024</td><td>RD-ley 8/2020
+ prórrogas:
RD-ley 37/2020
RRDD-ley 8, 16 y 21/2021
RD-ley 2, 11 y 20/2022
RD-ley 8/2023
RD-ley 4 y 9/2024</td></tr>
<tr><td rowspan="2">OBJETO DE LAS MEDIDAS</td><td>BS Eléctrico</td><td>BS Térmico</td><td rowspan="2">Crean supuestos adicionales y temporales de consumidor vulnerable (Covid y ELA)</td><td rowspan="2">Se prohíbe la suspensión del suministro de luz, agua y gas a consumidores vulnerables con BS o que cumplan sus condiciones</td><td rowspan="2">Garantía de un Suministro Mínimo Vital:
RD-ley 17/2021</td></tr>
<tr><td>Elevación transitoria de los descuentos a CV y CVS.
- Del 28-X-21 al 20-X-22: al 60 y 70%.
- Del 20-X-22 al 30-VI-24: al 65 y 80%.</td><td>Partidas presupuestarias adicionales a la anual (75, 100, 225 M…) para bono de calefacción y agua caliente.</td></tr>
<tr><td>HORIZONTE TEMPORAL</td><td colspan="2">Desde el 30 de junio de 2024 reducción progresiva hasta 35 y 50% (1 de enero de 2026).</td><td>RDL 18/2022 y 8/2023 crean supuesto de hogar vulnerable por justicia energética (40%) hasta 30 de junio de 2024</td><td>Sucesivas prórrogas hasta 31 de diciembre de 2025</td><td>Reducción de impuestos:
RD-ley 12/2021, RD-ley 17/2021, RD-ley 11/2022, RD-ley 20/2022 y RD-ley 8/2023:
- IVPEE (susp.)
- IVA (reduc.)
- IEE (reduc.)</td></tr>
</table>

Fuente: Cuadro de elaboración propia. Actualizado a 31 de diciembre de 2024.

2. El bono social térmico

El bono social térmico nació en 2018 como un complemento automático del bono eléctrico en la lucha contra la pobreza energética de los hogares en un periodo climático y económico exigente. Sin duda, se ha consolidado en estos años, a pesar de sus aparentes rasgos de provisionalidad, ya que sigue estando regulado por la legislación de urgencia que lo introdujo en el sistema[35], sin haber dado el salto a la

[35] El bono social térmico se introdujo mediante los arts. 5 y ss del Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, que también modificó la configuración del bono social eléctrico. Precisamente, la urgencia derivada de la llegada del invierno y de la necesaria puesta en marcha inmediata de la gestión del bono térmico llevó a la modificación directa de disposiciones reglamentarias por medio de ese Decreto-ley (en especial, del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre). Lo cual generaba efectos disfuncionales en cuanto al rango jerárquico de los reglamentos modificados, que se trataron de paliar con una cláusula de habilitación en la disposición final 5.ª del propio

regulación sectorial de cabecera, tal como parece razonable hacer[36]. Su configuración jurídica está subordinada a la del bono eléctrico, pero con una naturaleza diferente. Por un lado, ambos bonos tienen una raíz común (como ayudas de índole social), unos mismos beneficiarios (los consumidores vulnerables)[37], y un objeto paralelo (suministros domésticos esenciales, como son la electricidad, por un lado, y la calefacción y el agua caliente, por otro). Pero el bono social térmico se instrumenta como una ayuda social directa, consistente en una prestación dineraria en positivo para combatir la pobreza energética, financiada por los presupuestos generales del Estado, y no como un descuento a aplicar por las empresas suministradoras de esos servicios, es decir, como una obligación tuitiva entre particulares. Tiene lógica que sea así, dado que la alimentación térmica de los hogares puede satisfacerse por distintas fuentes, incluso dentro del mismo domicilio (utilizando gas natural, electricidad, o gasóleo, aunque en hogares con pocos recursos se tratará con frecuencia de gas butano). En esa medida, aunque se le dé la calificación de «bono térmico», no queda asegurado que la ayuda económica recibida sea utilizada específicamente para atender las necesidades térmicas del hogar o para mejorar su eficiencia energética. Son ayudas a hogares de unidades de convivencia en situación de pobreza, justificadas en las necesidades térmicas de todo domicilio.

Este cambio de configuración tiene sus consecuencias directas desde el punto de vista competencial, porque sitúa la medida en el ámbito de la asistencia social. De manera que el Estado no puede darle cobertura directa en sus competencias exclusivas sobre las bases del sistema energético y de la ordenación de la economía (art. 149.1.25 y 13 CE), sino en su soberanía financiera para ejercer su potestad de

---

Decreto-ley para que pudieran realizarse posteriores reformas mediante disposiciones reglamentarias. Se produce así una especie de legalización y deslegalización de esa regulación, en unidad de acto. Esa urgencia también llevó a puentear, en la ejecución de las ayudas para 2019, la debida gestión autonómica de las mismas (disposición adicional 9.ª), lo cual fue declarado inconstitucional por la STC 134/2020, de 23 de septiembre [FFJJ 6.d) y 7], si bien con meros efectos declarativos de la competencia autonómica, por estar los hechos ya consumados y resultar desproporcionado echar entonces marcha atrás.

[36] Ni la Ley del sector de los hidrocarburos (que apenas hace dos referencias puntuales a los consumidores vulnerables) ni la Ley del sector eléctrico (que sí regula el bono social eléctrico) contemplan, aunque sea en trazos generales, la figura del bono social térmico. Es cierto que la segunda de ellas, al desarrollar su régimen sancionador, aprovecha para tipificar como infracción muy grave (art. 64, apartado 51) el incumplimiento por los operadores tanto de la obligación de remitir en plazo y de manera completa la información necesaria para determinar el importe de la ayuda del Bono Social Térmico como de la obligación de informar a los consumidores sobre esta prestación. Lo cual resulta hasta cierto punto incoherente.

[37] Hasta el punto de que no hace falta una solicitud específica para la percepción del bono social térmico, sino que automáticamente se percibe por los beneficiarios del bono social eléctrico (los cuáles sí que tienen que solicitarlo, y por cierto, no a la Administración, sino a su compañía comercializadora de referencia, que termina resolviendo mediante un «cuasi-acto administrativo», que a pesar de ello no será recurrible en vía administrativa, sino que solo será reclamable ante los servicios de consumo autonómicos).

gasto público en subvencionar cualesquiera actividades lícitas y de interés general. Poder de gasto que solo podrá ejercerse con respeto a las competencias propias de las Comunidades Autónomas. En concreto, dado que la asistencia social es una competencia autonómica exclusiva (según el art. 148.1.20 CE y todos los EEAA sin excepción), las ayudas que se dispensen deberán «territorializarse». De manera que el Estado tendrá que limitarse a fijar su objeto y finalidad, modalidades, beneficiarios y requisitos o condiciones de su disfrute, quedando en manos de las Comunidades Autónomas toda la gestión (tramitación, resolución y pago) y la regulación del procedimiento para su otorgamiento[38]. Lo cual plantea un problema práctico relevante, como es la carencia por parte de las Comunidades Autónomas de la información detallada sobre quiénes en concreto tienen derecho a recibir estas ayudas (los beneficiarios del bono social eléctrico —que es de competencia estatal— en su territorio)[39]. Además, como estas tareas de gestión de las ayudas tienen

[38] Así lo exige la doctrina constitucional, que arranca de la célebre STC 13/1992, de 6 de febrero, FFJJ 7 y 8, y llega hasta la actualidad como una referencia constante (por ejemplo, SSTC 87/2016, de 26 de abril, FJ 3, y 88/2018, de 19 de julio, FJ 4), diferenciando hasta cuatro supuestos distintos (subvenciones estatales en materias de competencia exclusiva de las CCAA, como sería el presente caso; subvenciones estatales en las que el Estado ostente algún título transversal o genérico de intervención; subvenciones estatales en materias de competencia ejecutiva autonómica; y subvenciones estatales en materias exclusivas de las CCAA, pero con circunstancias especiales que requieran la intervención estatal para asegurar su efectividad homogénea). En aplicación de esta jurisprudencia, la STC 178/2011, de 8 de noviembre, resolvió un conflicto de competencias sobre unas subvenciones del Estado en el área de servicios sociales, familias y discapacidad, y concretó en su FJ 7 un régimen de reparto entre las dos instancias que, en teoría, pretende ser semejante al del clásico esquema bases-desarrollo, pero que en la práctica supone reservar al Estado todo lo «normativo» o «regulador» de esas subvenciones y a las CCAA todo lo «ejecutivo» y «procedimental». Con ese prisma, la STC 134/2020, de 23 de septiembre, analiza, a instancias del Gobierno vasco, la constitucionalidad de la implantación del bono social eléctrico por el Real Decreto-ley 15/2018, anulando ciertos incisos y un par de disposiciones que contenían detalles reguladores de la gestión de las ayudas (por ejemplo, que la subvención se deba abonar en un único pago, y que tenga que ser en el primer trimestre del año).

[39] En mi opinión es un error de la STC 134/2020 que el FJ 6.b) (ii) declare también inconstitucional que la Administración del Estado traslade a las CCAA «la información de los beneficiarios» del bono térmico, puesto que es ella quien conoce a los mismos (son los perceptores del bono eléctrico, el cual no es gestionado por las CCAA, sino por las ocho comercializadoras de referencia que hay en España). Otra cosa es que, además, el Estado determine los importes que les correspondan a cada beneficiario, aunque esa cantidad esté en función de la cuantía del presupuesto estatal y del número de perceptores en todo el Estado. El problema está en que es difícil «territorializar» adecuadamente estas subvenciones sin una intervención ejecutiva estatal de cálculo, que requiere conocer a los beneficiarios del bono y a sus circunstancias de vulnerabilidad y de ubicación geográfica y climática. El hecho es que en la actualidad el sistema funciona en dos fases. Primero, el Ministerio para la Transición Ecológica calcula la distribución territorial del presupuesto disponible y transfiere los importes correspondientes a las CCAA, que a continuación gestionan los abonos. Pero como la STC 134/2020 declaró inconstitucional el apartado mencionado, las Administraciones autonómicas están ciegas en cuanto a los datos de los beneficiarios. Razón por la cual ha sido necesario aprobar medidas con rango de ley para imponer a las compañías eléctricas el deber de transmitir la información necesaria. Es el caso de la Ley madrileña 4/2022, de 13 de mayo, que regula la comunicación de información por los comercializadores de referencia para la gestión y pago del bono social térmico en su ámbito

a su vez un coste, el Estado compensa a las Comunidades mediante subvenciones directas[40].

El montante de las ayudas es variable, pues depende de las coordinadas subjetivas y espaciales de los beneficiarios. Por un lado, las circunstancias personales de los destinatarios (su grado de necesidad, según sean consumidores vulnerables, vulnerables severos o vulnerables severos con riesgo de exclusión social, y de algunas otras condiciones concurrentes), y, por otro lado, la zona geográfica en la que se encuentre su domicilio (pues se trata de paliar los efectos del rigor del invierno, que se mide en seis intervalos de severidad climática invernal). Esos criterios de reparto se aplican sobre la cuantía de la dotación presupuestaria que anualmente habilite el Estado para este fin —y que las Comunidades Autónomas podrán complementar—, a partir de un umbral mínimo a percibir por todos los beneficiarios[41].

3. El abono social telefónico

De todos los descuentos sociales en los suministros y servicios esenciales liberalizados, el telefónico fue el primero en nacer, ya en 2005. Sin embargo, ha ido quedando anquilosado con el paso del tiempo, al igual que el contenido del resto de obligaciones incluidas en el servicio universal dentro de las cuales se enmarca. Resulta evidente aquí la falta de acomodación del bono a la evolución de este sector, que además tecnológicamente se ha renovado por completo. De hecho, el denominado «abono social telefónico»[42] no se quiso siquiera refrendar

territorial (nombre, domicilio, grado de condición vulnerable y número de cuenta corriente). Medidas análogas han adoptado Andalucía (art. 2 del Decreto-ley 14/2022, de 20 de diciembre) o el País Vasco (Ley 6/2023, de 8 de junio).

[40] Al menos en relación con la tramitación de las ayudas del bono social térmico en 2020, el Real Decreto 391/2021, de 1 de junio, aprobó la concesión directa de subvenciones con cargo al presupuesto de 2021 por un total de 2,5 millones de euros.

[41] La cuantía individual mínima a percibir como bono social térmico fue inicialmente de 25 euros, si bien, para el ejercicio 2021, se elevó ese umbral a 35 euros y se dobló la partida presupuestaria destinada a este fin, que pasó de 102,5 a 202,5 millones de euros de dotación. Todo ello en virtud de los arts. 2 y 3 del Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural. Por su parte, la disposición adicional 15.ª del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, aumentó la partida de aquel año para el bono social térmico con un suplemento de crédito de 75 millones de euros. Finalmente, el Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural, elevó la ayuda mínima por beneficiario a 40 euros anuales (art. 3) y duplicó la partida pública de 225 millones de euros para atender estas ayudas en 2022 (art. 4).

[42] La denominación de «abono» y no de «bono», como ocurre con la electricidad o el gas, proviene probablemente de que se trata de un descuento en la «cuota de abono» de la línea

positivamente en la Ley general de telecomunicaciones hasta su última edición de 2022, la cual, además abre por fin la puerta a la inclusión dentro de esa prestación del acceso a internet desde el domicilio (si bien todavía sigue sin extenderse al servicio de telefonía móvil). Desde la liberalización del sector en 1998, las sucesivas leyes de cabecera de 2003 y de 2014 se habían limitado a proclamar como objetivos de su regulación la cohesión social y la protección de colectivos con necesidades sociales especiales (incluso estando ya en funcionamiento el abono social telefónico), para luego establecer el régimen de las obligaciones de servicio público en este ámbito y, dentro de ellas, las de servicio universal[43]. En la actualidad, el art. 38.3 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones, obliga, primero, a todos los operadores que presten servicios de voz y de internet sobre conexiones en ubicaciones fijas, a «ofrecer a los consumidores con rentas bajas o con necesidades sociales especiales opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial en condiciones transparentes, públicas y no discriminatorias». Y segundo, la ley obliga a que dentro de esas opciones o paquetes de tarifas figure «un abono social», que tendrá tres versiones según su cobertura (servicios de comunicaciones vocales; servicios de acceso a internet de banda ancha; o ambos servicios empaquetados). Y es que una nota esencial del servicio universal es la asequibilidad del precio de las prestaciones que comprende, pues solo así se alcanzará realmente el carácter global de las mismas.

La cuestión es que, con anclaje en este tipo de previsiones, que en términos más sencillos se recogían ya en las leyes de cabecera anteriores a la vigente[44], se introdujo en 2005 por vía reglamentaria la figura del abono social telefónico. El art. 35 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, y que hoy continúa en vigor, atribuye, por un lado, a la Comisión Delegada del Gobierno

---

telefónica. Como ya se ha destacado, resulta llamativa la aprobación de estos bonos sociales de manera suelta y desconectada entre ellos.

[43] Este esquema regulatorio (apelar a objetivos de cohesión social y de protección de los colectivos con necesidades sociales especiales, y diseño de un régimen de obligaciones de servicio público y de servicio universal) se ha mantenido en toda la serie de leyes generales de telecomunicaciones dictadas desde la liberalización del sector: Ley 11/1998, de 24 de abril [art. 3.c) y d), y arts. 35 y ss]; Ley 32/2003, de 3 de noviembre [art. 3.d) y f), y arts. 20 y ss], y la Ley 9/2014, de 9 de mayo [art. 3.b) y k), y arts. 23 y ss]. Además, esas necesidades sociales a atender se refieren, más que a la vulnerabilidad económica que aquí analizamos, a la social (personas con discapacidad, personas mayores, personas en situación de dependencia, usuarios con necesidades sociales especiales…) con el objetivo de asegurar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación.

[44] Tanto el art. 22.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, como el art. 25.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, habilitan al Gobierno para establecer «sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales».

para Asuntos Económicos (CDGAE) la competencia de garantizar el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos en el servicio universal, a propuesta del ministro del ramo y previo informe de la autoridad reguladora (entonces la CMT, hoy la CNMC), y, por otro lado, establece una serie de obligaciones que el operador designado deberá ofrecer a sus abonados, entre las cuales está el «abono social».

Concretamente, según el art. 35.2.a).1.º del mencionado reglamento, el abono social es un plan de precios que «estará destinado a jubilados y pensionistas cuya renta familiar no exceda del indicador que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y consistirá en la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico de la conexión a la red» [45]. En aplicación de esta previsión, la CDGAE aprobó un Acuerdo de 25 de enero de 2007, con las condiciones para garantizar la asequibilidad de las ofertas aplicables a los servicios incluidos en el servicio universal, publicado en el *BOE* mediante Orden PRE/531/2007, de 5 de marzo, en el que, entre otras cosas, concretaba el alcance del descuento social del servicio telefónico. El Acuerdo especifica el umbral económico de renta para acceder al abono social (jubilados y pensionistas, incluso de pensiones privadas reconocidas por sentencia judicial, cuya renta familiar sea inferior al IPREM), y el contenido del descuento en el que consiste (que se desdobla en dos componentes: una reducción del 70 por 100 en el importe de la cuota de alta del servicio telefónico fijo disponible al público o cuota de conexión de líneas individuales, y una reducción del 95 por 100 en el importe de la cuota de abono de la línea individual), que ha de ser solicitado por los interesados a Telefónica de España, en cuanto operador encargado de esta prestación del servicio universal. Términos que hoy continúan vigentes, sin apenas variación [46].

Como es evidente, y ha sido reiteradamente criticado [47], el problema reside en que estas bonificaciones no han sido extendidas (con las limi-

---

[45] En términos casi idénticos recogerá unos años más tarde el concepto de abono social el art. 29.a) de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo. Si bien aquí se identifican como posibles beneficiarios, de manera más genérica o amplia, a las «personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales».

[46] Mediante sucesivos acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno se amplió mínimamente el umbral de renta familiar máxima para el acceso al abono social, que quedó en el 110 por 100 del IPREM en 2009 (Acuerdo de la CDGAE de 16 de abril de 2009, publicado por Orden PRE/1231/2009, de 18 de mayo) y en el 120 por 100 del IPREM en 2010 (Acuerdo de la CDGAE de 13 de mayo de 2010, publicado por Orden PRE/1619/2010, de 14 de junio). Sin que haya habido ampliaciones posteriores. La Ley de presupuestos generales del Estado para 2023 (DA 90.ª) sitúa el IPREM anual en 7 200 euros (8 400, si se mide en 14 pagas).

[47] Destaca a este respecto el Informe de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 16 de febrero de 2017, INF/DTSA/015/17/Cuota Abono Telefónica, pp. 14 a 20, que critica que algunas de las limitaciones que se imponen por el operador responsable de esta prestación

taciones que se consideren necesarias) al ámbito de las comunicaciones móviles, manteniéndose restringidas al servicio de la telefonía fija y del acceso a internet desde ubicaciones fijas. De manera que el uso cada vez más restringido de contratos circunscritos en exclusiva a la telefonía fija ha ido reduciendo progresivamente el recurso al abono social telefónico y su número de beneficiarios (al igual que ocurre con el conjunto de los componentes del servicio universal), hasta convertirlo en una pieza casi testimonial del sistema. Hoy disfrutan de este beneficio unos 30 000 abonados, siendo el importe conjunto de los descuentos aplicados de unos cinco millones de euros anuales[48].

4. La tarifa social del agua

El suministro de agua potable es uno de los servicios públicos tradicionales que hoy perduran con su configuración de actividad prestacional reservada a la Administración pública por su condición

---

«carecen de una fundamentación económica y social (en especial la prohibición de disfrutar del abono social si el usuario elije un servicio tan básico como una tarifa plana de voz), no encontrándose amparadas por la normativa aplicable a la prestación de este servicio». Esto hace que «el descuento del abono social no se ofrezca sobre el producto más económico al que puede optar un cliente [de Telefónica] en condiciones normales», de manera que «muchos potenciales beneficiarios del abono social opten por no solicitarlo, pues no les resulta ventajoso desde el punto de vista económico». En definitiva, «las condiciones que impone Telefónica para la percepción del abono social no se ajustan a la realidad comercial del mercado, donde prima la contratación empaquetada del servicio de acceso». Por todo ello, la CNMC propone la revisión de la regulación vigente, ampliando los colectivos con derecho a pedir el beneficio y el umbral máximo de renta, y, sobre todo, eliminando la incompatibilidad del descuento con los servicios empaquetados de telefonía. Pero ningún paso efectivo se ha dado todavía en esa dirección.

[48] Según la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 25 de noviembre de 2021, por la que se aprueba la verificación de la declaración de coste neto del servicio universal realizada por Telefónica de España, para el ejercicio 2019 (SU/DTSA/008/21/Verificación CNSU 2019), p. 13, desde 2012 ha ido bajando constantemente el número de beneficiarios del abono social telefónico, igual que el importe global de los descuentos (salvo en el último ejercicio considerado, debido a que se elevó el importe de la cuota mensual de acceso). La resolución publicada en la web de la CNMC elimina los datos referidos al número de abonados por considerarlos datos confidenciales, pero en cuanto al importe conjunto de estos descuentos, informa que fue de 10,5 millones de euros en 2012; 9,5 en 2013; 7,8 en 2014; 6,9 en 2015; 5,8 en 2016; 4,5 en 2017; 4,4 en 2018 y 4,7 en 2019. En total, el coste corregido y verificado del conjunto del servicio universal en 2019 (que comprende otros conceptos, como la prestación del servicio en zonas despobladas, el acceso a internet a una velocidad mínima, o el mantenimiento de la red de cabinas telefónicas) fue de 14 059 817 euros, según la mencionada resolución, cuando cinco años antes fue diez millones superior (24 125 860 euros en 2014). La última Resolución de la CNMC de verificación del coste del servicio universal es la correspondiente a 2022, aprobada el 7 de noviembre de 2024 (SU/DTSA/003/24), la cual añade los importes del abono social en 2020 (4,2 millones de euros), en 2021 (4,3) y en 2022 (5,2), aunque esta última cifra queda supeditada a ciertos cálculos que Telefónica debe realizar y volver a entregar (pp. 17 y 18). Lo sorprendente es el gran crecimiento del coste verificado del servicio universal en su conjunto, que se dispara hasta 114 millones de euros en 2022.

de monopolio natural[49]. El carácter demanial del producto objeto de abastecimiento y la unidad de la red de canalizaciones instaladas para prestar el servicio así lo aconsejan, sin perjuicio de que, conforme al art. 85 LBRL, se pueda optar por un régimen de gestión directa (por cada municipio, o por una entidad instrumental suya, de derecho público o de derecho privado) o indirecta (por medio de un concesionario o de una empresa mixta)[50], con exclusión incluso del principio de competencia en su adjudicación[51].

En todo caso, el carácter público del servicio determina la competencia administrativa para la determinación íntegra de las contraprestaciones abonadas por los usuarios por su prestación (tasas, si se trata de gestión directa por la corporación local, o tarifas, si está encomendado a una empresa pública, a un concesionario o a una empresa mixta) y, por tanto, también de las posibles modulaciones aplicables a los hogares con recursos insuficientes[52]. Con carácter general, el art. 107.2 TRRL exige que esas tarifas de los servicios públicos locales sean al menos «suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate» [53]. Sin embargo, a la vez se permite que, en atención a las cir-

[49] Se trata de un servicio público local, tal como prescribe el art. 86.2 LBRL desde su redacción original y en continuidad con su regulación histórica, al declarar la reserva en favor de las entidades locales, entre otros, del servicio esencial de abastecimiento domiciliario y del de depuración de aguas. Más en concreto, el art. 25.1.c) LBRL atribuye a los municipios esta competencia propia, siendo un servicio de prestación obligatoria en todos ellos [art. 26.1.a) LBRL], sin perjuicio de las facultades de coordinación que se atribuyen a las diputaciones provinciales respecto a los municipios de población inferior de 20 000 habitantes [art. 26.2.b) LBRL]. Por su parte, el texto refundido de la Ley de aguas (art. 89.1) prevé la posibilidad de adjudicar la concesión del servicio para el abastecimiento a varias poblaciones, siempre que los municipios afectados estén organizados en mancomunidad o consorcio. Sobre el reparto de competencias estatales, autonómicas y locales en esta materia cabe consultar la monografía de Álvarez Fernández (2004), que incluso aborda los supuestos de suministro privado en urbanizaciones y viviendas aisladas.

[50] Las modalidades están bastante repartidas en la práctica. Iván Rodríguez Florido, (2023: 159), cita un interesante estudio de 2022, conforme al cual en España la gestión directa del servicio abastece a un 45 por 100 de la población (un 10 por 100 de los casos mediante gestión municipal y un 35 por 100 mediante una empresa pública), y la gestión indirecta a un 55 por 100 de la población (un 33 por 100 de los casos mediante concesiones de servicio, y un 22 por 100 mediante empresas mixtas).

[51] El art. 79.2 del texto refundido de la Ley de Aguas permite excluir el régimen de competencia para el otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones, haciendo prevalecer la óptica de servicio público para este suministro esencial.

[52] Los arts. 148 a 155 del veterano RSCL regulan el régimen de las tarifas de los servicios municipales de gestión indirecta. Concretamente, el art. 150 RSCL, aunque exige que con carácter general las tarifas de los servicios públicos locales sean iguales para todos, admite que «podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles», que son los que hoy denominamos consumidores vulnerables.

[53] La realidad es que el precio del abastecimiento de agua está bastante subvencionado en España, si bien es difícil de calcular con precisión su cuantía. Por un lado, porque este recurso natural no tiene un precio de referencia en un mercado unificado, y por otro, porque hay que añadir el coste de las infraestructuras y los costes ambientales del ciclo integral del agua, que

cunstancias concurrentes (como podría ser la pobreza «hídrica»), los módulos de las tarifas sean «inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación» (lo cual ha sido tradicionalmente frecuente en la práctica). En ese caso deberán establecerse las compensaciones económicas pertinentes, que tendrán el carácter de subvenciones públicas cuando el servicio sea prestado por concesionarios (art. 149.2 RSCL). Sin olvidar que la potestad tarifaria de los municipios viene condicionada por el control de precios y tarifas que realiza la correspondiente Administración autonómica[54].

La cuestión está en que, a diferencia de las otras bonificaciones que estamos analizando, no existe para el abastecimiento domiciliario de agua una legislación general que establezca previsiones relativas a tarifas o bonos sociales, u otras medidas de esa índole[55]. En la línea expuesta sobre la lucha contra la pobreza energética, el Estado o las Comunidades Autónomas podrían establecer por ley un régimen para el corte del suministro de agua, asegurando en todo caso un consumo mínimo vital, y habilitando ayudas públicas o bonos sociales para hogares vulnerables. Hasta ahora no se ha considerado necesario, aunque a raíz de la crisis del Covid-19 y de la crisis energética se ha abierto un paréntesis temporal para impedir el corte de suministros (agua, luz

---

tampoco son homogéneos en el territorio. Resulta de interés el análisis de Rodríguez Florido, (2023: 169 y ss), según el cual, el abastecimiento de agua es más barato en España que en Europa, a pesar de nuestras carestías, y solo cubriría —de media— un 79 por 100 del coste del ciclo integral.

[54] Ya el art. 16 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, al suprimir la Junta General de Precios, establecía una serie de excepciones, entre las que se encontraban los precios autorizados de ámbito autonómico, como el abastecimiento de agua a poblaciones. A estos controles se ha referido Juan Francisco Mestre Delgado (2009: 374-379), centrándose especialmente en el caso de la Comunidad de Madrid, regulados por la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, del abastecimiento y saneamiento de agua. El art. 3.2.c), reconociendo la competencia municipal de aprobación de las tarifas de distribución de agua, sujeta su ejercicio a una serie de límites (ya que según el art. 13.1 el Gobierno autonómico puede establecer límites máximos e índices de progresividad para las tarifas), así como a la autorización previa de la Comisión de Precios de la Comunidad de Madrid. En la actualidad, es el Decreto 29/2018, de 17 de abril, de tarifas máximas de los servicios de aducción, distribución, alcantarillado, depuración y reutilización del agua, el que estipula esos umbrales máximos, sin contemplar el caso específico de los suministros de consumidores vulnerables.

[55] No lo hace la legislación básica estatal sobre el régimen local, y el texto refundido de la Ley de aguas lo que realmente regula es el régimen «mayorista» o «aguas arriba» del dominio público hidráulico. Al menos en ese ámbito el art. 111.bis.1 TRLA establece el principio de recuperación de costes como criterio rector, de manera que se han de repercutir sobre los «usuarios finales» (no los consumidores finales) los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso. En el apartado segundo sí se añade que la estructura tarifaria que se establezca para el suministro de agua deberá orientarse hacia la cobertura de las necesidades básicas a un precio asequible y a desincentivar los consumos excesivos. Pero no se incluye referencia alguna a descuentos o bonificaciones para la población vulnerable.

y gas) a los hogares vulnerables, que en principio vence el 31 de diciembre de 2025[56]. Quizás falta ese régimen general porque los precios del agua no están tan expuestos como los de la electricidad o el gas a los fuertes vaivenes del mercado, y son asequibles en sus costes con relación a otros consumos domésticos.

De manera que la implantación de este tipo de beneficios está al final en manos de cada entidad local. No es posible ofrecer aquí un estudio exhaustivo al respecto, pero baste hacer constar que muchos municipios cuentan con tarifas o bonos sociales para el suministro de agua, que se imponen a las entidades prestadoras del servicio en ejercicio de la potestad tarifaria[57]. Es el caso de grandes ciudades como Madrid, Barcelona, Sevilla o Valencia[58], donde se contemplan una serie de bonificaciones para distintos grupos de consumidores vulnerables, a aplicar previa solicitud formal, con la consiguiente acreditación de determinados requisitos. El coste de estas medidas es soportado normalmente por el prestador del servicio, bien de manera directa al tener que aplicar tarifas reducidas, bien de manera indirecta, a través de aportaciones a un fondo de solidaridad que se constituye para atender este tipo de situaciones[59].

Por ejemplo, en el caso de la Comunidad de Madrid el organismo de gestión del agua es, en prácticamente la totalidad del territorio (173 de los 179 municipios de la región), el Canal de Isabel II. Pues bien, mediante Órdenes de la Consejería competente se aprueban y se revisan de modo periódico las tarifas aplicables por esta empresa pública, las

---

[56] Resulta interesante el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, no solo porque su art. 4 impone ese escudo temporal que es la garantía de no suspensión del suministro de agua y energía, sino porque utiliza como referencia (al fijar el ámbito subjetivo de aplicación) a los consumidores vulnerables (ordinarios, severos y en riesgo de exclusión social). Es decir, a los beneficiarios del bono social eléctrico (tanto los que tienen reconocida esa condición como los que reúnen los requisitos para ese reconocimiento). La medida ha conocido ya múltiples prórrogas, la última de las cuales está en el art. 101 del Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre.

[57] Rodríguez Florido (2023: 185), se remite a un estudio de 2020 de dos asociaciones de entidades del sector del abastecimiento de agua, para asegurar que «la práctica totalidad de los operadores de servicios de agua urbana cuenta con mecanismos de acción social para tratar de evitar situaciones de vulnerabilidad en los consumidores». Sobre todo en las zonas más pobladas: el 100 por 100 de las áreas metropolitanas, y el 97 por 100 de los municipios de más de 100 000 habitantes, que desciende al 93 por 100 en el total de los municipios españoles. Eso sí, las medidas son muy diferentes (p. 186, nota 449). Se calcula que un 4,7 por 100 de la población se beneficia de alguna de esas medidas.

[58] Así lo informa Selectra en su página web [*https://tarifasdeagua.es/info/bono-social#ciudades-bono-social-agua* (consulta del 16 de febrero de 2024)], que es una empresa especializada en ofrecer análisis comparativos de tarifas y precios de servicios energéticos y de telecomunicaciones. Se recoge información de cada una de las ciudades mencionadas, actualizada a 2024 por el analista Manuel Ferro.

[59] Rodríguez Florido (2023: 187), quien destaca que en algunos casos son las entidades locales las que nutren con fondos públicos esos fondos (p. 189).

cuales vienen ofreciendo tradicionalmente para el suministro de agua una llamada «exención social», para consumidores que no pueden hacer frente a la factura, y una «bonificación especial» para familias o viviendas numerosas y para pensionistas de viudedad (junto a otras bonificaciones por bajo consumo o por usos comerciales)[60]. Descuentos que son soportados directamente por la compañía, sin que en los presupuestos de la Comunidad de Madrid consten compensaciones a la entidad por ese concepto.

III. LOS RASGOS CONFIGURADORES DE LOS BONOS SOCIALES POR RAZÓN DE VULNERABILIDAD

El análisis transversal de estas diferentes manifestaciones de atención a la cobertura de las necesidades básicas de todo hogar permite apreciar que se han formado como un mero sumatorio de medidas diseñadas *ad hoc*, de manera no muy reflexiva y algo dispersas (incluso en el caso del bono eléctrico y del bono térmico, que tienen a los mismos beneficiarios), sin responder a un planteamiento o modelo general de atención eficaz a las situaciones de vulnerabilidad, como requiere la construcción del Estado social del siglo XXI[61]. El poder público, muy condicionado por su marco presupuestario y urgido por las circunstancias sociales, va alumbrando medidas bienintencionadas de apoyo social directo e indirecto, pero sin un diseño o programa realmente global y sin tener plena consciencia de que algunas innovaciones están afectando al modelo mismo de nuestro Estado social, como es el caso de estas coberturas cuando se diseñan como obligaciones tuitivas entre particulares.

Por eso resulta relevante el estudio doctrinal de estas manifestaciones y el descubrimiento, por inducción, de los fundamentos teóricos en los que se pueda sustentar este nuevo instrumental del Estado social, que emerge a través de este potente título de intervención pública que es la vulnerabilidad. Y en este sentido el establecimiento de descuentos

---

[60] Las tarifas vigentes de los servicios de aducción, distribución, alcantarillado, depuración y reutilización, prestados por la empresa pública Canal de Isabel II, están aprobadas por la Orden 1330/2018, de 18 de abril, que ha sido modificada posteriormente por las Órdenes 2586/2018, de 18 de diciembre, y 5508/2020, de 23 de diciembre. La exención social comporta la bonificación total de la parte variable de la tarifa y de un 50 por 100 de la parte fija, y exige acreditación de la insuficiencia de recursos, bien por los servicios sociales de la Comunidad de Madrid, bien por el hecho de percibir la renta mínima o la renta activa de inserción o pensiones no contributivas, con un límite de consumo de 25 metros cúbicos por bimestre. En 2020 había en torno a 260 000 beneficiarios en toda la región de Madrid, según la propia compañía. La bonificación por familia o vivienda numerosa supone una reducción de la parte variable de la factura, aplicable hasta un umbral de consumo, y también tiene que acreditarse.

[61] Y así lo son en general las obligaciones tuitivas entre particulares analizadas en general en esta obra. De hecho, el propósito general que anima este estudio es el de aflorar que esas manifestaciones dispersas revelan un nuevo modo de acción pública social.

obligatorios en los precios aplicables por los operadores privados a los servicios domiciliarios que prestan a los consumidores vulnerables ofrece un campo de análisis propicio. Ya no estamos, salvo excepciones, en el contexto del ejercicio por la Administración de su potestad tarifaria para regular el régimen de prestación de servicios públicos, ni de su potestad tributaria para recabar las tasas que se establezcan por la recepción de esos servicios. Estamos ante una intervención legal en la configuración de relaciones jurídicas entre particulares, que por razones de protección social impone concretas obligaciones gravosas a los prestadores de servicios[62].

En mi opinión, estas nuevas bonificaciones públicas para suministros domiciliarios esenciales pueden categorizarse jurídicamente mediante seis rasgos descriptores fundamentales, si bien no todos ellos concurren en todos los supuestos. Para empezar, en atención al fin que persiguen y a su contenido, las mismas deben considerarse como un «subsidio, ayuda o prestación social», en cuanto tienen valor económico y son introducidos por el poder público para atender situaciones sociales de precariedad. Además, desde el punto de vista de su instrumentación material, esas bonificaciones constituyen ordinariamente una «intervención pública en el precio de un suministro», por cuanto —salvo en el caso del bono social térmico— imponen al prestador del servicio una reducción de las tarifas que aplican. En correspondencia con ese carácter, son encuadrables también como «técnicas de regulación *contra* la competencia», de acuerdo con el esquema conceptual que vengo defendiendo desde hace tiempo, en cuanto que imponen una rectificación externa o regulatoria a la libre conformación del mercado, y en particular al cruce de la oferta y la demanda. Por otro lado, este tipo de prestaciones comportan una carga en cuanto a su aplicación (precio reducido o descuento) y en cuanto a su gestión (porque hay que solicitarlas y comprobar el cumplimiento de los requisitos por el solicitante), y en consecuencia tienen un coste de financiación o soporte financiero, que es necesario asignar. El Derecho de la Unión Europea permite, cumpliendo determinados requisitos, que el peso de esa carga y de esos costes se haga recaer como «obligaciones de servicio público» sobre los prestadores de los correspondientes servicios (aunque se ofrece también la opción de sostener esos beneficios a través de los presupuestos públicos, como ocurre con el bono social térmico, o incluso de establecer sistemas mixtos de cobertura pública y privada).

---

[62] Este tipo de obligaciones no son nuevas en nuestro Derecho, pero sí se aprecia una expansión de las mismas. Cabe traer a colación el ejemplo de la cobertura de las bajas de los trabajadores por incapacidad temporal, que son costeadas por el propio empresario durante doce días. El art. 173.1 TRLGSS garantiza un subsidio en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que se percibe a partir del cuarto día de baja. Hasta el decimoquinto día este subsidio será a cargo del empresario y, solo a partir de entonces, lo asume directamente la Seguridad Social como prestación suya.

En estos casos de financiación por los propios operadores, el déficit de ingresos o, en positivo, las aportaciones que se les obliga a realizar, constituyen «prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza no tributaria», previstas por nuestra Constitución. Se establecen de este modo, a través de la ley, verdaderas «obligaciones tuitivas entre particulares», es decir, concretos deberes de guarda y cuidado entre proveedores privados de servicios y sujetos necesitados de protección. Conviene desarrollar mínimamente estas calificaciones.

1. Son prestaciones sociales

Las ayudas públicas son un instrumento típico del Estado social y un pilar del Estado del bienestar. Pueden ser de distinto tipo, bien de carácter general (como tiende a implantarse en los últimos años con el ingreso mínimo vital o la renta mínima de inserción)[63] o bien de carácter específico (como las ayudas a la vivienda, a la pobreza energética o a situaciones concretas de emergencia social). Algunas están incorporadas al sistema de protección de la Seguridad Social, ya que esta también arbitra prestaciones no contributivas, y otras tienen un carácter complementario o adicional, más propio de la asistencia social. No siempre son de contenido económico o dinerario directo, ya que también hay prestaciones consistentes en servicios y prestaciones materiales o en especie, como la provisión de alojamiento social o de alimentación en comedores sociales. Todos estos componentes de la asistencia y servicios sociales merecerían un análisis que no es posible ofrecer aquí sobre su conveniencia, su suficiencia, su eficacia y su idónea conjunción, ya que proceden de las distintas Administraciones públicas territoriales y de las entidades del tercer sector.

Pues bien, los descuentos en los suministros domiciliarios esenciales son también, en el fondo, ayudas de contenido económico (el que sean descuentos en negativo, en vez de subsidios en positivo, no parece relevante a estos efectos), que forman parte de esos mecanismos de protección social introducidos para paliar las desigualdades que padecen personas y familias necesitadas en sus consumos básicos. Así lo ha apreciado el Tribunal Supremo desde que ha tenido oportunidad

[63] Téngase en cuenta que siendo ambas ayudas económicas de carácter social, su naturaleza jurídica no es idéntica. El ingreso mínimo vital es una prestación estatal otorgada a través del sistema de protección de la Seguridad Social, que no solo da cauce a prestaciones contributivas, sino también a otras de carácter no contributivo, y que queda por tanto encuadrada desde el punto de vista competencial en el art. 149.1.17 CE (STC 158/2021, de 16 de septiembre). Mientras que la renta mínima de inserción (que recibe diferentes denominaciones por territorios, como la de renta básica de ciudadanía en Cataluña) es una prestación autonómica perteneciente al ámbito de la asistencia social (art. 148.1.20 CE).

de pronunciarse sobre la instauración del bono social eléctrico[64]. Lo novedoso es que, teniendo esa naturaleza genérica de ayuda social, son aplicados directamente y por imperativo legal por operadores privados a sus clientes, e incluso pueden ser financiados por los propios operadores, siempre que esa carga no distorsione la libre competencia entre ellos, como se analizará más tarde. Son beneficios sociales que no están integrados en el sistema de prestaciones de responsabilidad pública. Por lo que vienen a ser, como antes se ha apuntado, una externalización del Estado social, que cada vez tiene que sostenerse de manera más directa sobre las propias estructuras sociales y económicas, y no solo sobre los impuestos que recauda. De manera que este tipo de ayudas ya no suponen una transferencia directa del Estado a los individuos, sino de los propios agentes del mercado a los individuos, ordenada por el Estado[65].

Todo dependerá de la configuración jurídica concreta de estas ayudas, bien como subsidio público directo (caso del bono social térmico) o bien como descuento en la tarifa de un servicio (caso del bono social eléctrico), con sus efectos competenciales directos para la regulación de estos mecanismos. Porque en el primer caso resulta que la asistencia social es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20 CE y EEAA), aunque puede entrar en conjunción con

---

[64] El Tribunal Supremo ha calificado expresamente al bono social eléctrico como ayuda social en su STS 1425/2012, de 7 de febrero, FD 3.º, que es la primera que se enfrentó con el análisis de esta figura. En ella se declaró la no conformidad al Derecho de la UE de la primera regulación del sistema de financiación de estas ayudas sociales. Esta sentencia, y su calificación del bono eléctrico como ayuda social, ha sido arrastrada y reproducida posteriormente en numerosas ocasiones. Primero en las sentencias que examinaron la reforma del régimen de financiación del bono social fijada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio y el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre: FD 6.º de las SSTS 4526/2016, de 24 de octubre; 4527/2016, de 24 de octubre; 4678/2016, de 25 de octubre; y 4745/2016, de 2 de noviembre. Luego con ocasión de impugnaciones contra asignaciones concretas de obligaciones de financiación, como en la STS 4281/2017, de 30 de noviembre, FD 1.º. Y, muy recientemente, en el FD 5.º de la STS 4867/2021, de 23 de diciembre, que vuelve a pronunciarse sobre la regulación del bono social de 2013-2014, tras la cuestión prejudicial europea resuelta por la STJUE de 14 de octubre de 2021. Por su parte, la STS 4768/2021, de 20 de diciembre, coetánea de la última citada, afirma en su FD 4.º que «el bono social se configura desde su origen como *una prestación con un marcado carácter social*» (la cursiva es nuestra).

[65] Esa es la razón por la que autores como del Guayo Castiella (2017: 380 y, sobre todo, en 2020: 145) aprecian que estas medidas vienen a ser en realidad «gasto público», ajeno al funcionamiento en sí de un mercado como el de la electricidad, y han defendido que deba ser el Estado el que se haga cargo de financiarlas. Lo contrario sería establecer una especie de *impuesto*, que recae en los operadores y del que se benefician determinados consumidores vulnerables. Sin embargo, personalmente no termino de compartir este enfoque, desde el momento en que estos sectores no son puros mercados, sino mercados «de interés económico general», al tener por objeto suministros básicos irrenunciables, sobre los cuales pesa una responsabilidad pública de garantía (el Estado garante), que es la que justifica la imposición de limitaciones conectadas con su cobertura mínima, universal y asequible. Entre esas limitaciones pueden estar estas rebajas tarifarias por razón de pobreza o vulnerabilidad que, mientras no sean de tal intensidad que supongan la supresión de la libre competencia o un desequilibrio injusto entre operadores, pueden ser consideradas condiciones generales de desempeño de esa actividad económica.

otros títulos transversales en manos del Estado (art. 149.1.1, 14 y 17 CE, entre otros), así como con el poder de gasto público estatal en materias que se consideren de interés general. Mientras que en los descuentos en servicios económicos en red habrá que estar en cambio al reparto competencial que corresponda a cada uno de ellos en concreto (abastecimiento de agua, energía, telecomunicaciones) [66].

2. Son una intervención pública en el precio del suministro

Además, los descuentos en suministros básicos son materialmente «intervenciones públicas en el precio» de los correspondientes servicios de interés económico general. El poder público irrumpe externamente en esos sectores para fijar o al menos condicionar la formación de precios para los colectivos que considera acreedores de esa protección[67]. Como antes se ha apuntado, el margen de decisión del regulador no es completo, porque no se rige exclusivamente por meros criterios de

[66] En este sentido son de interés las SSTS por las que se desestiman impugnaciones de la Generalitat de Cataluña, del Ayuntamiento de Barcelona y de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en cuanto a la invasión de sus competencias en materia de asistencia social al regular el Estado el descuento del bono social eléctrico (SSTS 1382/2020, de 4 de junio, Rec. 78/2018, Córdoba Castroverde, 814/2022, de 28 de febrero, Rec. 686/2017, Arozamena Laso, y 917/2022, de 10 de marzo, Rec. 700/2017, Arozamena Laso, respectivamente). Con invocación de la doctrina constitucional (SSTC 62/2016, de 17 de marzo, y 54/2018, de 24 de mayo), se declara que la regulación estatal está amparada por su competencia básica en materia del régimen minero y energético, y no invade competencias autonómicas. Incluso cuando se establece que, para ser consumidor vulnerable severo en riesgo de exclusión social, hace falta que la factura eléctrica de la persona esté siendo atendida por los servicios sociales municipales y autonómicos en más de un 50 por 100, ya que con ello se hace referencia a un dato objetivo, que no obliga a esas administraciones a intervenir.

[67] En una economía social de mercado de índole liberal el control de precios por parte de las autoridades públicas es excepcional, pero posible. De hecho, en algunos sectores esenciales, como el suministro de medicamentos, se aplica con carácter general. Según el art. 94 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, corresponde al Gobierno establecer los criterios y procedimiento para la fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios financiables por el Sistema Nacional de Salud, para lo cual existe una Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, que incluso puede ejercer sus funciones respecto a productos no sujetos a prescripción médica, como hemos visto que ha ocurrido durante la crisis del Covid-19 en relación a las mascarillas o a los test de antígenos (Resoluciones de 18 de noviembre de 2020 y de 13 de enero de 2022, respectivamente, publicadas en ambos casos en el *BOE* del día siguiente). También son posibles intervenciones específicas para coyunturas excepcionales, como ocurrió con el establecimiento de precios mínimos garantizados por parte del Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, de medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, que introdujo un art. 12 *ter* en la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, con el objeto de evitar que los productores agrícolas se vieran obligados a vender sus productos a pérdidas o sin margen de ganancia. Una vez convalidado, el Decreto-ley fue tramitado como proyecto de ley, dando lugar a la Ley 8/2020, de 16 de diciembre, por la que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, que sustituyó a aquel.

conveniencia y oportunidad. Primero, porque en un sistema de mercado el control de precios debe tener carácter excepcional y subsidiario respecto de otras medidas sociales de protección que se puedan tomar, y segundo, porque en caso de acudir el regulador a esta técnica debe hacerlo de manera ponderada y equilibrada, generando la mínima distorsión posible en la libre concurrencia.

Esos parámetros de contención son muy claros en materia de suministro eléctrico. Como ha destacado Tarlea Jiménez[68], la Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, se cuida mucho de subrayar que el objetivo prioritario de la norma es crear en este sector un mercado competitivo que, eso sí, esté centrado en el consumidor, y sea flexible y no discriminatorio (art. 3)[69]. En consecuencia, se garantizará la libre elección de suministrador por parte de los consumidores (art. 4) y los precios de suministro serán determinados de manera competitiva por el mercado (art. 5.1)[70]. Razones por las cuales se aconseja que la protección de la población más desfavorecida se haga al margen del sistema de abastecimiento en sí, «mediante las

[68] Tarlea Jiménez destaca con insistencia (Tarlea Jiménez, 2021: 410-412, 442, 454) que la vigente Directiva en materia de mercado interior de electricidad ha avanzado en esa dirección del mercado y del rechazo a la intervención pública en la formación de precios, que no obstante ha sido la senda seguida por los Estados miembros de la UE (2021: 413). Al igual que en las anteriores Directivas de 1996, 2003 y 2009, se sigue previendo la posibilidad de establecer obligaciones de servicio público (ahora en el art. 9, y no en el art. 3 como tradicionalmente). Y esas obligaciones pueden estar relacionadas con el precio de la electricidad. Pero, para esos casos, se establece ahora un desarrollo específico en el art. 5 de la Directiva 2019/944, que prevé un seguimiento por parte de la Comisión Europea, que elaborará un informe para el Parlamento Europeo y el Consejo para finales de 2025, acompañada si procede de una propuesta legislativa, que «podrá incluir una fecha límite para los precios regulados». Lo mismo ocurre en la actualidad con la reforma europea del mercado eléctrico. Ante la escalada escandalosa de precios, potenciada aún más con el inicio de la guerra en Ucrania de 2022, se ha adoptado, después de muchas negociaciones, la Directiva (UE) 2024/1711 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifican las Directivas (UE) 2018/2001 y (UE) 2019/944 en relación con la mejora de la configuración del mercado de la electricidad de la Unión. Su objeto es asegurar una mayor estabilidad de precios, pero a través de un mejor funcionamiento del mercado, potenciando la contratación a plazo y los contratos bidireccionales de liquidación por diferencias, que permiten corregir los picos excesivos por precios muy altos o muy bajos. Por cierto, que entre las medidas de reforma está la posibilidad de permitir, en periodos de crisis declarados por el Consejo a propuesta de la Comisión, medidas especiales de reducción de precios (nuevo art. 66 bis de la Directiva UE 2019/944, introducido por el art. 2.14 de la Directiva de reforma).

[69] En ese sentido, el art. 3 de la Directiva establece que los precios de la electricidad deben reflejar la oferta y la demanda reales, no debe haber barreras de entrada o salida al mercado para los operadores y las condiciones de competencia entre estos deben ser equitativas.

[70] De manera inequívoca, el primer apartado del art. 5 de la Directiva realiza una doble afirmación: «Los suministradores podrán determinar libremente el precio al que suministran electricidad a los clientes. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar una competencia efectiva entre suministradores».

políticas sociales o por medios distintos de las intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad» (art. 5.2).

Solo a partir de estos presupuestos, el propio art. 5 permite introducir excepciones y, por tanto, intervenciones públicas en el precio, que se establecerán, bien de manera estable en relación con los consumidores vulnerables o en situación de pobreza energética (apartado 3)[71], bien de manera transitoria en relación con los clientes domésticos y microempresas (apartado 6)[72]. En ambos casos, tales intervenciones públicas en la fijación de precios para el suministro de electricidad no son libres, sino sujetas a unos criterios restrictivos de valoración, que especifica la Directiva[73]. En concreto, respecto a las medidas que se adopten para combatir la pobreza energética, se asevera que «no impedirán la apertura efectiva del mercado» (art. 28.2). Por cierto, adviértase que

[71] La protección del consumidor en general, y del consumidor vulnerable en particular, es una prioridad para el Derecho de la Unión Europea (art. 169 TFUE), en el marco del mercado interior (art. 114 TFUE). En esa línea, la Directiva de la electricidad permite la atención estable por el regulador nacional a los consumidores vulnerables (art. 28), cuyos parámetros de definición corresponde establecer a los Estados miembros. Por ejemplo, estableciendo prohibiciones de interrupción del suministro en determinadas circunstancias, como hace el legislador español al identificar los llamados suministros esenciales (art. 52.4 LSE). El concepto de consumidor vulnerable está conectado con el de pobreza energética, al que se refiere el art. 29 de la Directiva de la electricidad. Esa pobreza debe ser medida por los Estados miembros, determinando el número de hogares que se encuentran en esa situación en sus territorios. En este sentido, el Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre de 2018, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, establece que esa evaluación se haga en el marco de los planes nacionales de energía y clima que los Estados de la Unión deben aprobar, obligando a incluir objetivos nacionales de reducción cuando el número de hogares afectados sea significativo o importante (arts. 3.3.d) y 24). En el caso de España, el gobierno remitió a la Comisión europea el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030. Este plan integra a su vez la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética, que el gobierno había aprobado en 2019 para el periodo 2019-2024, e incluye la lucha contra esa lacra como Medida 4.11, dentro de la Dimensión «Mercado interior de la energía», estableciendo objetivos mínimos para 2025 respecto a los datos constatados de 2017.

[72] La Directiva permite también amortiguar la transición de un régimen de servicio público estricto hacia un régimen de mercado, mediante la intervención pública en el precio del suministro que recaiga sobre consumidores domésticos en general (más allá de los considerados vulnerables) y sobre pequeñas empresas. No se especifica el horizonte temporal máximo de esas medidas, sino que los Estados miembros deberán informar a la Comisión de su duración al imponerlas, así como de los resultados obtenidos (a fecha 1 de enero de 2022 —que ya ha pasado— y de 2025), pudiendo entonces la Comisión, a finales de ese último año, hacer una propuesta legislativa al Parlamento y al Consejo que contenga una fecha límite final para medidas de intervención de precios. Por tanto, el objetivo final es que también los precios del mercado minorista de electricidad sean fijados en régimen de mercado.

[73] Para los casos de intervención pública por razón de protección de consumidores vulnerables, se han de cumplir las cinco exigencias que enumera el apartado 4 del art. 5 de la Directiva, vinculadas sobre todo al respeto a los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad. Y en el caso de intervenciones transitorias para consumidores domésticos y minoristas, además de las anteriores se han de cumplir las siete exigencias adicionales del apartado 7 del mismo precepto, entre las cuales está la necesidad de que los precios intervenidos estén en todo caso por encima de costes, y que la intervención no produzca subvenciones cruzadas entre el sector libre y el sector regulado de precios.

esos dos supuestos de excepción (el suministro a clientes vulnerables y el suministro a clientes domésticos) se corresponden, respectivamente, con las concretas técnicas regulatorias que el Derecho español denomina «bono social» (que es el descuento en el precio para consumidores vulnerables) y «precio voluntario del pequeño consumidor» (que es el precio parcialmente regulado, en cuanto a los componentes del transporte y la distribución de la energía, para los consumidores domésticos de electricidad). Ambos constituyen, además y tal como se dirá en los dos siguientes apartados, técnicas de regulación *contra* la competencia y obligaciones de servicio público. En definitiva, en este sector regulado la regla es el mercado y la excepción es el control de precios.

En el caso del abono social telefónico, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos fija la cuota de alta y la cuota mensual que puede aplicar el operador prestador del servicio universal a sus beneficiarios. Y en el caso del bono social del agua es la Administración local competente la que aprueba y actualiza, bajo supervisión autonómica, el marco tarifario del operador que presta el servicio, el cual puede incluir descuentos para hogares vulnerables.

En cambio, de este esquema de control e intervención de precios hay que excepcionar el supuesto del bono social térmico, ya que se trata de una ayuda a los hogares en situación de pobreza energética, destinada a rebajar el gasto en calefacción y agua caliente y sanitaria, que no supone ninguna reducción directa del precio que los operadores ofrecen por esos servicios. De hecho, los beneficiarios no tienen siquiera que justificar que la ayuda económica que reciben como abono anual en su cuenta corriente la destinan a esos suministros.

3. Constituyen una técnica de regulación contra la competencia

En los denominados sectores regulados la libre competencia constituye un valor central (Caballero Sánchez, 2023, *passim*), precisamente, porque los mismos se caracterizan por su resistencia estructural a un desenvolvimiento como mercados. Su configuración en red y la prestación de servicios sobre una base de infraestructuras interconectadas conducen, en principio, de manera *natural* a una organización y gestión monopólica de la actividad. A menos que se introduzca en ellos una regulación *ad hoc* que fuerce a los operadores titulares de las instalaciones esenciales a abrir su uso sin discriminaciones a los distintos operadores de servicios (Caballero Sánchez, 2003). Frente a un concepto amplio de regulación, que es aplicable a cualquier sector de actividad —pues en todos ellos existe con mayor o menor intensidad una normativa ordenadora—, e incluso frente a un concepto más acotado y vinculado a las condiciones jurídico-económicas de desempeño de actividades comerciales, creo que debe emerger un concepto aún más

estricto —y, por tanto, más útil— de regulación, que debe vincularse a los específicos sectores económicos en red, en los que la regulación no solo condiciona la actividad, sino que la hace posible en un régimen de mercado.

Esa centralidad de la competencia conduce a que, como he defendido en otro lugar (Caballero Sánchez, 2011: 37 y ss., en especial, 63 y ss.), las técnicas públicas de intervención en los sectores regulados puedan ser clasificadas en relación al efecto que producen sobre la consecución de la efectiva concurrencia entre los prestadores de servicios. En primer lugar, se sitúan las normas que velan por la competencia con carácter transversal en cualesquiera actividades económicas. Son las técnicas de regulación *de* la competencia, y están contenidas fundamentalmente en la legislación general de defensa de la competencia y en la normativa sobre las ayudas de Estado (prohibición de conductas colusorias, de abuso de posición dominante…), que están al servicio de la libertad de empresa. En segundo lugar, están las reglas específicas introducidas en los sectores regulados para abrirlos a la competencia y combatir las resistencias estructurales a que antes se hacía referencia, que se pueden denominar técnicas de regulación *para* la competencia (como el acceso de terceros a la red, el *unbundling* o desintegración vertical de actividades, o la separación entre propiedad y uso de las infraestructuras esenciales). Por último, están las técnicas de regulación *contra* la competencia, que son medidas que, aunque obstaculizan materialmente la libre formación del mercado, resultan admisibles en atención a los fines legítimos de interés general que persiguen (seguridad, protección del medio ambiente, defensa de los consumidores vulnerables…), que prevalecen sobre el valor instrumental de la competencia. Es el caso de la obligación de prestación de servicios universales o las restricciones a la interrupción de suministros esenciales en caso de impago.

Como se deduce de lo expuesto, las bonificaciones en los suministros domiciliarios esenciales pertenecen a este último grupo en cuanto constituyen medidas materialmente restrictivas de la competencia y de la libertad de precios que es propia de los operadores en un mercado, pero que se admiten por el fin legítimo que las justifica (protección de consumidores vulnerables) y por el carácter limitado y controlado con que se establecen (son descuentos en la tarifa de carácter parcial, que solo en casos extremos llegan a ser totales)[74]. En todo caso, las

[74] Así lo reconoce la STJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, C-683/19, Asunto Viesgo, núm. 44, al valorar que «aunque una intervención estatal en la fijación del precio de la electricidad constituye un obstáculo a la consecución de un mercado de la electricidad competitivo, esta intervención puede admitirse» si se cumplen los tres requisitos exigidos a las obligaciones de servicio público. Se trata de una afirmación que ya es clásica en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (SSTJUE de 7 de septiembre de 2016, C-121/15, Asunto Anode, núm. 36; o de 30 de abril de 2020, C-5/19, Asunto Overgas, núm. 56), y que proviene de pronunciamientos ante-

técnicas de regulación *contra* la competencia no pueden anularla, sino amortiguarla o introducir excepciones a un régimen general o contexto que debe ser el de mercado.

4. Se imponen como obligaciones de servicio público

En el Derecho de la Unión Europea se ha formado la categoría de las obligaciones de servicio público para identificar las cargas legítimas con las que el regulador puede gravar la posición jurídica de los operadores económicos en general, o de un grupo de ellos en particular (como pueden ser los operadores dominantes o de mayor peso específico en el mercado) en el ámbito de los mercados de interés económico general. Esos sectores tienen un inequívoco sentido social por estar asociados a nuestro modelo de bienestar actual, y si bien se han de desenvolver en principio en régimen de competencia (art. 106.2 TFUE), se admite la introducción de excepciones tasadas y concretas, orientadas al aseguramiento de su provisión general y suficiente, o a la satisfacción de algún otro fin de interés general. Son obligaciones que condicionan o corrigen la conducta de los operadores del mercado, a los que se exige realizar acciones o tomar decisiones que no asumirían si actuasen en virtud de su exclusivo interés comercial. Este concepto está hermanado con el de servicio universal, que permite la identificación de una serie de prestaciones o servicios económicos concretos, que deben ser asegurados en condiciones asequibles a toda la población con independencia de su situación personal. De manera que la provisión efectiva de un servicio universal puede comportar la imposición de obligaciones de servicio público a determinados operadores, que de otro modo no los ofrecerían en esas condiciones[75].

---

riores (SSTJUE de 20 de abril de 2007, C-265/08, Asunto Federutility, núms. 20 a 22; y de 10 de septiembre de 2015, C-36/14, Asunto Comisión contra Polonia, núms. 51 a 53). Todas ellas son sentencias sobre la fijación de precios en el sector del gas natural, cuya regulación en este punto es perfectamente paralela a la de la electricidad.

[75] El concepto de servicio universal, siendo también de cuño europeo, no está incorporado en el TFUE sino que se ha gestado en el ámbito de las telecomunicaciones desde donde ha alcanzado una proyección general. Primero fue introducido a través de instrumentos de *soft law* desde 1992/1993, y luego por medio de Directivas con las reformas sobre comunicaciones electrónicas de 1995/1997 (en especial, con la Directiva 97/33/CE), hasta llegar a aprobarse la llamada *Directiva del servicio universal* o Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Norma que ha sido sustituida por el vigente Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (aprobado por la Directiva UE 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018). En el ámbito doctrinal tiene interés el trabajo de José Luis Martínez López-Muñiz con el título de «Servicio público, servicio universal y "obligación de servicio público" en la perspectiva del Derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», y publicado en en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, pp. 25 a 52, así como la monografía de Matilde Carlón Ruiz (2007), *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, Madrid. De la misma autora es el capítulo

La figura cuenta con regulación positiva en las distintas Directivas comunitarias sectoriales y ha sido acuñada por la jurisprudencia europea, que ha insistido en el carácter uniforme con que ha de aplicarse en todo el territorio de la Unión[76]. En cuanto a esa regulación sectorial, destaca el art. 9 de la Directiva 2019/944, del mercado interior de la electricidad, que utiliza un esquema parecido al que se ha expuesto en relación con la intervención de precios[77]. El precepto comienza apostando por «la consecución de un mercado de electricidad competitivo, seguro y sostenible» y no discriminatorio (apartado 1), para, a continuación, permitir introducir matizaciones en ese régimen mediante el establecimiento de concretas obligaciones de servicio público (apartado 2). Por un lado, esas obligaciones se caracterizan por los fines que persiguen, relativos bien a garantizar las condiciones en que se debe prestar el servicio (la seguridad, la regularidad, la calidad o el precio), bien a proteger el medio ambiente (incluyendo las vertientes de la eficiencia energética, la promoción de la energía renovable o la protección del clima). Por otro lado, cuando se establezcan, las obligaciones de servicio público deberán cumplir con cinco condiciones esenciales para no desequilibrar la libre concurrencia: deberán «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales». En definitiva, han de ser ecuánimes e imponerse de manera que no desestabilicen el mercado. Por esa razón, si se considera necesario, su imposición a los operadores puede ser acompañada de compensaciones financieras o comportar derechos exclusivos para sus prestadores, en cuyo caso se insiste de nuevo en que deberán ser transparentes y no discriminatorias (apartado 3). Es lo que ocurre en el caso del bono social, cuya prestación se reserva a unas concretas compañías, las *comercializadoras de referencia*, que son designadas por el regulador de acuerdo con criterios objetivos.

«Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en *Derecho de la regulación económica*, Tomo I, Fundamentos de instituciones de la regulación, dir. por S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, Iustel, Madrid, 2009, pp. 463 a 535.

[76] Según la STJUE (Sala 5.ª) de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, Asunto Engie Cartagena, núm. 34, el significado del concepto de «obligaciones de servicio público» no queda remitido a los Derechos nacionales, sino que se recoge en la Directiva del mercado interior de la electricidad como «un concepto autónomo de Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio que la integra».

[77] Las obligaciones de servicio público en el ámbito del gas natural se regulan en sentido muy parecido en el art. 3 de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, modificada en 2019. Este precepto era del todo paralelo al también art. 3 de la Directiva de la electricidad de 2009, incluyendo prescripciones sobre la protección de los consumidores vulnerables. En el ámbito de las comunicaciones electrónicas, las obligaciones de servicio universal son una pieza clave del sistema (arts. 84 y ss de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece la versión refundida del Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas).

Ellas prestan el servicio, pero no lo sufragan financieramente, por lo que se diseña un sistema de compensaciones, liderado por la CNMC, que determina las cuotas que ha de aportar cada año cada operador del sector (sin excepción) para cubrir ese déficit de ingresos. Finalmente, la adopción de obligaciones de servicio público deberá ser comunicada a la Comisión europea y ser objeto de un informe bianual (apartado 4), para que puedan ser supervisadas y no oculten medidas desequilibrantes de los mercados.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha consolidado una doctrina muy reiterada, partiendo del reconocimiento de que las Directivas sobre energía no definen realmente el concepto. Se insiste en que las obligaciones de servicio público vienen a ser intervenciones públicas en el funcionamiento del mercado, que constituyen una excepción a las normas de competencia, por las que se obliga a los operadores económicos a actuar en unas condiciones que no asumirían en caso de guiarse por su exclusivo interés comercial, pero que son admisibles por perseguir un objetivo de interés económico general[78]. Al final, estas obligaciones vendrían a ser «lo que queda del servicio público» en un entorno de competencia, es decir, garantías con valor de servicio público que el regulador asegura en un entorno de competencia[79]. Pues bien, de acuerdo con este planteamiento, el Tribunal de Justicia ha configurado un canon de control de la validez de las concretas regulaciones que en esta materia se someten a su enjuiciamiento. Canon que arranca del célebre asunto Federutility, resuelto por la Gran Sala en 2011, y que se estructura en tres requisitos o componentes, extraídos a partir de la regulación positiva. Primero, las obligaciones de servicio público deben «perseguir un objetivo de interés económico general», es decir, una finalidad legítima de política social o económica, conciliable con los intereses de la Unión, como sería en principio garantizar un precio razonable de los suministros domiciliarios básicos. Segundo, deben «respetar el principio de proporcionalidad», adoptándose solo en la medida necesaria para alcanzar el anterior objetivo, sin ir más allá. En aplicación de este requisito las obligaciones de servicio público han de ser la excepción y no la regla: porque si en una actividad económica todo son obligaciones de servicio público, estaríamos sencillamente

[78] STJUE (Sala 5.ª) de 19 de noviembre de 2019, C-523/18, Asunto Engie Cartagena, núms. 42 a 45 [concepto reiterado en la STJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, C-683/19, Asunto Viesgo, núm. 31]. En consecuencia, no sería una obligación de servicio público la imposición a determinadas compañías del deber de contribuir a un fondo público sectorial (como el Fondo de Ahorro y Eficiencia Energética establecido en 2010 a base de aportaciones coactivas de ciertos operadores de producción eléctrica), pues a pesar de ser una medida gravosa o de obligación, no afecta en sentido estricto a la libertad comercial de aquellas para operar en el sector.

[79] En este sentido se pronuncia Tarlea Jiménez (2021: 454), al afirmar que «el espíritu del viejo servicio público de raigambre francesa ha pervivido, en el sector eléctrico, como en otros sectores económicos liberalizados, en forma de obligaciones de servicio público y en los conceptos del servicio universal y del suministro de último recurso».

ante una actividad reservada o de servicio público y no ante un mercado de interés general. Y tercero, como antes se ha destacado, estas obligaciones deben «estar claramente definidas, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores», de manera que no desequilibren el mercado a favor o en contra de alguno o algunos operadores[80]. En definitiva, la carga que indudablemente comportan las obligaciones de servicio público ha de ser repartida con respeto al principio de igualdad de condiciones de los competidores.

En concreto, el bono social eléctrico ha recibido expresamente esa calificación legal como obligación de servicio público por parte del art. 45.4 LSE, tanto en su vertiente de descuento a gestionar y aplicar por parte de los comercializadores de referencia, como en cuanto a la financiación de esas rebajas y del coste de la imposibilidad de suspensión del suministro de determinados consumidores vulnerables[81]. Calificación que ha sido corroborada por pronunciamientos expresos del TJUE y del TS[82], y por la doctrina[83].

Lo mismo puede decirse del abono social telefónico, contemplado en el Título III de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Teleco-

---

[80] SSTJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, C-683/19, Asunto Viesgo, núm. 44; de 30 de abril de 2020 (Sala 10.ª), C-5/19, Asunto Overgas, núm. 56 (que luego en sus números 57 a 88 va desgranando detalladamente en relación con el Derecho búlgaro, que prevé que se repercuta a los consumidores finales la financiación de la obligación de servicio público de almacenamiento de seguridad de gas); de 7 de septiembre de 2016 (Sala 5.ª), C-121/15, Asunto Anode, núm. 36 (que igualmente en sus números 37 a 73 analiza el alcance de cada requisito, en relación con la legislación francesa); de 10 de septiembre de 2015 (Sala 6.ª), C-36/14, Asunto Comisión contra Polonia, no publicada, núm. 52; de 21 de diciembre de 2011 (Sala 2.ª), C-242/10, Asunto Enel Produzione, núm. 48 (con el consiguiente estudio particularizado en los números 50 a 89).

[81] El art. 52 LSE regula la suspensión del suministro eléctrico, cuyo régimen no será de aplicación a los suministros esenciales, enumerados en el apartado 4 del precepto. Entre estos suministros protegidos, las letras j) y k) recogen dos supuestos de consumidores vulnerables, cuyo abastecimiento no podrá interrumpirse en caso de impago, ni sujetarse a recargos. Por un lado, están los consumidores vulnerables severos y en riesgo de exclusión social, que son aquellos cuya factura eléctrica sea cubierta parcialmente por los servicios locales municipales o autonómicos. Por otro lado, están las unidades familiares beneficiarias del bono social, en general (sin llegar a ser vulnerables severos y en riesgo de exclusión social), pero en las que concurra alguna de estas tres circunstancias agravantes: que en el hogar haya, bien algún menor de dieciséis años, bien algún miembro en situación de dependencia reconocida de grado II o III, o bien algún miembro con discapacidad reconocida igual o superior al 33 por 100.

[82] Respecto a la obligación de aplicar un precio reducido a la electricidad suministrada a los consumidores vulnerables, la STJUE (Sala 5.ª) de 14 de octubre de 2021, C-683/19, Asunto Viesgo, se lo plantea en el núm. 30 y concluye de inmediato que sí lo es en el núm. 32, a la luz del concepto sentado por la jurisprudencia europea. E igualmente, también lo sería la obligación de financiar los descuentos mediante aportaciones financieras (núm. 37). De manera que el bono social es una obligación de servicio público con dos elementos «indisolublemente vinculados» (núm. 40). Valoración de la que se hace eco el FD 2 de la STS de 31 de enero de 2022 (Sala 3.ª; Sección 3.ª; Rec. 633/2017, Calvo Rojas), relativo a la naturaleza del bono social.

[83] Véase, por todos, Rodríguez Paraja (2024, 99-100), que señala que, a la vez, sería una prestación patrimonial de carácter público para los operadores.

municaciones (art. 35 y ss.), que lleva por título precisamente «Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en el suministro de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas». Esas obligaciones se descomponen a su vez en obligaciones de servicio universal y de interés general, estando el abono social dentro de las primeras, por ser uno de los componentes con los que se pretende lograr la asequibilidad del servicio universal a todos los ciudadanos. Existe una obligación de servicio público por parte de Telefónica de España de proveer a quienes reúnen los requisitos de una línea telefónica fija con descuento en la cuota de alta y de abono mensual[84], y existe una obligación de servicio público de financiar esos descuentos (junto con los otros componentes del servicio universal) por parte de cada una de las empresas de telecomunicaciones que superan en España los 100 millones de euros de ingresos anuales[85].

En cambio, en el ámbito del bono social térmico no parece que se pueda hablar de obligaciones de servicio público, pues fue creado como «programa de concesión directa de ayudas» (art. 5 del Real Decreto-ley 5/2018, que lo instauró) con cargo a los presupuestos generales del Estado, de acuerdo con el límite presupuestario que anualmente se establezca (art. 7). Ahora bien, en la medida en que el bono térmico es percibido por los mismos beneficiarios del bono eléctrico, y que respecto de ellos las comercializadoras de referencia asumen como obligación de servicio público la comprobación del cumplimiento de requisitos por parte de los solicitantes y la información al usuario, así como la transmisión de los datos de los beneficiarios a la Administración estatal y autonómica, se puede apreciar la asunción de cierta carga de gestión por parte de los operadores privados, que podría ser catalogada como obligación de servicio público.

Por último, en cuanto a las tarifas sociales de abastecimiento de agua domiciliaria (cuando no sean tasas por tratarse de un servicio público prestado directamente por el municipio o por un organismo autónomo suyo) parece que nos encontramos ante una simple concreción del ejercicio de la potestad tarifaria por parte de la Administración local correspondiente, más que ante «obligaciones de servicio público». Esas tarifas suelen ser dicotómicas, con una parte fija y otra variable, en función del consumo, y pueden incluir objetivos sociales, medioambientales y económicos en su aprobación. Además, se encuentran sometidas a autorización o control por parte de la Comunidad Autónoma

---

[84] En diciembre de 2022 quedó desierto el concurso convocado para la adjudicación del servicio universal (previsto en el art. 40.2 LGTel), por lo que el Gobierno, con el aval de un informe de la CNMC y para asegurar su continuidad, procedió a la designación directa del servicio (opción prevista por el art. 38 del Real Decreto 424/2005), que volvió a recaer en Telefónica de España para el bienio 2023-2024.

[85] Aunque son alrededor de una veintena de empresas, en realidad son los grupos Telefónica, Vodafone, Orange, Masmóvil y Euskaltel, en proporción a sus ingresos anuales.

respectiva. Por supuesto, al final está la libertad del concesionario para concretar sus tarifas dentro de esos límites máximos que se le imponen, y para introducir beneficios en atención a circunstancias personales de los usuarios, si bien no hay muchos incentivos para ello en un servicio prestado en régimen de exclusividad.

De todas formas, dado que desde la óptica de la Unión Europea el suministro de agua puede ser calificado como servicio de interés general[86], aunque no se desenvuelva en régimen de libre competencia sino de monopolio local, podrían calificarse como obligaciones de servicio público las imposiciones de tarifas reducidas en cuanto llevan al operador a comportarse de una manera diferente a como él haría en función de sus exclusivos criterios comerciales. Y es que, en realidad, al tratarse de un servicio de titularidad pública, ya sea con gestión directa (por la entidad local o por una entidad pública instrumental) o indirecta (mediante contrato de concesión de servicios, o mediante sociedad pública o de economía mixta), se podría decir que toda su configuración se articula mediante obligaciones de servicio público.

5. Se proporcionan y se financian como prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza no tributaria

Las distintas obligaciones de servicio público que se han mencionado en el apartado anterior, cuando consisten en aportaciones económicas o financieras para cubrir las bonificaciones sociales en los suministros domiciliarios básicos, merecen también la calificación, desde el punto de vista constitucional, de prestaciones patrimoniales de carácter público y de naturaleza no tributaria.

Como es sabido, el art. 31 de la Constitución permite al legislador imponer a los ciudadanos obligaciones económicas coactivas, que pueden ser tributarias o no tributarias. Tienen naturaleza tributaria —art. 31.1 CE— cuando estén vinculadas al sostenimiento de los gastos públicos, llamándose impuestos si se fijan en función de la capacidad económica de los sujetos y no están vinculados a una contraprestación directa, y tasas si se abonan por quienes reciben directamente el beneficio de una acción administrativa. En cambio, tienen naturaleza no tributaria —art. 31.3 CE— cuando no constituyan ingresos públicos y obedezcan a otros fines específicos de interés general. Este último apartado presta cobertura a una serie heterogénea de obligaciones de

[86] Así lo destaca Iván Rodríguez Florido (2023: 91 a 94), que cita, entre otras cosas, el Considerando 15 del Preámbulo de la *Directiva marco del agua* (Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas), según el cual «El abastecimiento de agua es un servicio de interés general, tal como se define en la Comunicación de la Comisión *Los servicios de interés general en Europa*» (DO C 281 de 26.9.1996, p. 3).

pago, que pueden tener o no carácter retributivo de un servicio que se ha recibido. Así, tienen carácter retributivo las contraprestaciones que los consumidores abonan en concepto de tarifa por el suministro de servicios domiciliarios, como el del agua, cuando son prestados por un concesionario. La LCSP ha dejado claro desde 2017 que en esos casos las tarifas tienen el carácter de prestaciones públicas patrimoniales no tributarias[87]. Por su parte, un ejemplo de obligación de pago de carácter no retributivo —siendo también una prestación pública patrimonial no tributaria—, sería la prestación o subsidio por incapacidad laboral transitoria que los empresarios abonan a sus trabajadores durante una serie de días hasta que pasa a hacerse cargo la Seguridad Social de esa cobertura[88].

Pues bien, las bonificaciones sobre consumos domiciliarios esenciales por razón de la vulnerabilidad, cuando son sufragadas por los operadores como una obligación tuitiva hacia sus clientes, tendrían también este carácter de prestaciones públicas patrimoniales no tributarias que no tienen como causa la retribución de un servicio, sino la voluntad del legislador. Es el caso de las obligaciones de pago que recaen sobre los operadores del sector eléctrico para financiar el conjunto de descuentos que comporta el bono social[89] o de las aportaciones financieras al

---

[87] Así lo disponen el art. 289.2 y la DA 43.ª de la LCSP para los servicios prestados en régimen de gestión indirecta por concesionarios privados o en régimen de gestión directa por entidades del sector público con personalidad jurídica privada, pues en otro caso (cuando los servicios son prestados de manera directa por la Administración o por una entidad pública instrumental suya) las contraprestaciones sí tendrían la consideración de tasas. Criterio que la LCSP pasó también a introducir en la DA 1.ª de la LGT, en el art. 20.6 del TR de la LHL y en el art. 2.c) de la Ley de tasas y precios públicos. Lo mismo se aplica a las contraprestaciones por uso de obras públicas concesionadas (art. 267.1 LCSP). Todas estas prescripciones fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad, que fue desestimado por STC 63/2019, de 9 de mayo, entre otros motivos, por no apreciar en ello vulneración del art. 31.3 CE (ni tampoco del art. 14 ni del 134.2 CE). El FJ 3 de la sentencia es muy didáctico sobre la evolución de la doctrina constitucional sobre la figura de las prestaciones patrimoniales de carácter público y la naturaleza de las aportaciones de los usuarios de los servicios públicos.

[88] El breve FJ 15 de la STC 182/1997, de 28 de octubre, niega que el abono que los empresarios deben efectuar en casos de incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad o accidente no laboral, siendo una prestación patrimonial pública, sea de naturaleza tributaria.

[89] Así lo entiende Gómez-Ferrer Rincón (2015: 34 y ss.) y lo ha corroborado la STS de 31 de enero de 2022 (Sala 3.ª; Sección 3.ª; Rec. 633/2017, Calvo Rojas), FFDD 2 y 5, al afirmar que las aportaciones financieras para cubrir el bono social se configuran «como una prestación patrimonial que se impone a unos sujetos particulares; por lo que está sujeta a la exigencia del art. 31.3 CE, esto es, debe venir impuesta por una norma con rango de ley». El autor citado pone además como ejemplos claros de prestaciones públicas patrimoniales no tributarias las contribuciones para la financiación del déficit de tarifa, las aportaciones para la financiación del bono social eléctrico (pp. 37-40) y las compensaciones por los costes de transición a la competencia. Menos evidente —aunque para el autor sería otro ejemplo más— es el caso de la minoración de la retribución de la producción eléctrica como consecuencia de la internalización de los derechos de emisión por parte de los productores y de su repercusión en el precio que percibían (pp. 43-45), porque, a pesar de traducirse en un pago a realizar por parte de un grupo de operadores, a fin de cuentas, con él se persigue evitar un enriquecimiento injusto de los mismos.

fondo del servicio universal de telecomunicaciones, desde el cual se cubre el coste del abono social telefónico. En el ámbito del abastecimiento de agua podrían serlo también las aportaciones obligatorias a los fondos sociales o solidarios desde los que se atiende a los hogares con insuficiencia de recursos para este suministro que se impongan a los concesionarios del servicio.

La cuestión relevante en este punto estriba en determinar los parámetros jurídicos que condicionan la capacidad del poder público para establecer este tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público y de naturaleza no tributaria, que podrían proliferar e intensificarse de manera desmedida. Desde luego, habrán de establecerse por ley y perseguir un fin determinado de interés general, pero no les son de aplicación los principios específicos de las prestaciones tributarias del art. 31.1 CE, que sí están identificados en la propia Constitución (capacidad económica, igualdad, progresividad, no confiscatoriedad). Así lo confirma claramente la jurisprudencia constitucional (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 6). Sin embargo, como ha destacado la doctrina[90], eso no significa que no quepa extraer algunas limitaciones de otras prescripciones constitucionales que sí serían aplicables. Es el caso de la interdicción de la arbitrariedad, de la protección del derecho de propiedad, con la consiguiente necesidad de que las injerencias que le afecten sean razonables y proporcionadas, del respeto al principio de igualdad, para que las obligaciones de pago sean equilibradas dentro del grupo de operadores a los que afectan, o, por supuesto, de la conformidad al Derecho de la UE, que contiene abundante regulación sectorial sobre los distintos servicios de interés económico general. Así ha sido aplicado por el propio Tribunal Constitucional, si bien con un criterio indulgente con la amplia discrecionalidad del legislador para configurar este tipo de obligaciones[91].

6. Se configuran como obligaciones tuitivas entre particulares

Pertenece a la identidad misma del Estado social la atención a las situaciones de pobreza y carestía. Con la implantación de la sociedad del bienestar esa preocupación se extiende hacia la universalización

[90] Respecto a las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria en el sector eléctrico son de interés los trabajos de Gómez-Ferrer Rincón (2015: 65-67), y de Lavilla Rubira (2015: 89 y ss.), cuya segunda parte es un examen de los límites formales (reserva de ley) y sustantivos (principio de igualdad, principio de interdicción de la arbitrariedad, derecho a la propiedad privada, libertad de empresa, y libertades comunitarias de circulación de capitales y de establecimiento) aplicables al establecimiento de estas prestaciones.

[91] Por ejemplo, en la STC 167/2016, de 6 de octubre, FFJJ 6 y 7, respecto de las aportaciones obligatorias de determinadas empresas productoras de electricidad para financiar los planes de ahorro y eficiencia energética. Aunque se descarta la vulneración, se examina si estas prestaciones patrimoniales públicas vulneran los arts. 9.3 y 14 CE.

de una serie de estándares para la mejora de las condiciones de vida de la población, que con el desarrollo económico y tecnológico van creciendo. Lo novedoso de los últimos tiempos está en que se intensifica la tendencia a externalizar el peso y el coste de algunas de esas garantías, de manera que no recaigan enteramente sobre la Administración pública y los presupuestos públicos, sino sobre sujetos privados —principalmente operadores económicos— y sus ingresos económicos. Son verdaderas obligaciones tuitivas entre particulares, impuestas por el legislador, y el objeto de la presente obra es contribuir al alumbramiento dogmático de esta necesaria categoría doctrinal. La cuestión es que la liberalización de servicios públicos tradicionales brinda un campo propicio para establecer este tipo de obligaciones, pues ahora son operadores en régimen de mercado quienes los prestan. Porque esa liberalización no descarga al Estado de su condición de garante de unos servicios mínimos irrenunciables, pero su peso se puede hacer recaer sobre los operadores del propio sector, siempre que se haga de una manera ecuánime y ponderada. El bono social eléctrico y el abono social telefónico son ejemplos rotundos de obligaciones tuitivas entre particulares. Y las tarifas sociales del agua pueden tener esa consideración cuando se diseñan como obligaciones adicionales o específicas que han de satisfacer las empresas prestadoras del servicio, en la medida en que las contraprestaciones de los usuarios estén por debajo de su coste.

Hay dos ideas que conviene subrayar respecto a esta figura. Primero, que estas obligaciones «tuitivas» son también, de manera correspondiente, derechos a una «tuición» o protección. Y segundo, que estas obligaciones no quedan desconfiguradas por el hecho de que se colectivicen a efectos de su tratamiento y financiación.

En efecto, hablamos de obligaciones tuitivas entre particulares, poniendo de relieve su carácter pasivo o de gravamen sobre los operadores económicos en los que recaen[92]. Pero es evidente que la otra cara de la moneda de una obligación es el derecho reconocido a otro sujeto con el mismo contenido. La cuestión está en que esa vertiente pasiva es el aspecto relevante de la relación jurídica que se quiere poner de manifiesto en el contexto actual: el derecho a los suministros domiciliarios siempre ha existido, y las bonificaciones en las tarifas por motivos de interés social son también tradicionales. Pero la innovación reside

[92] Como explica Utrilla Fernández-Bermejo (2023, 186), una obligación es una situación jurídica pasiva, que consiste en un mandato de realizar una conducta con un contenido determinado, impuesta por el Derecho objetivo en beneficio de un sujeto diferente, y que adicionalmente, cuando haya una potestad para exigir su cumplimiento, puede también proteger un interés público. Pues bien, a continuación, la autora señala que caben obligaciones de particulares frente a la Administración (pago de una multa), de la Administración frente a particulares (devolución de un ingreso indebido), pero también «obligaciones debidas entre particulares», como la de una empresa que gestiona una residencia pública de mayores respecto a los residentes. En este apartado se sitúan las obligaciones que aquí se estudian.

ahora en la aparición de supuestos en los que esos derechos no recaen sobre la Administración del Estado social, ni sobre el concesionario del servicio público, sino sobre las compañías que libremente prestan esos servicios.

Por otro lado, mientras el ejercicio práctico de esos derechos es netamente individual (cada beneficiario debe solicitarlo y acreditar que cumple los requisitos para disfrutarlo), la obligación tuitiva resultante se colectiviza, al menos en su vertiente financiera, que es la realmente gravosa, para que el ejercicio del derecho no desequilibre la posición de los operadores que prestan los correspondientes servicios en régimen de libre competencia, y se reparta su peso económico de manera ponderada. Pero esa intermediación de cálculos y cobro de cuotas entre los sujetos pasivos, aunque desfigura la correlación directa y exacta entre los concretos beneficiarios y obligados, no altera la realidad de que los operadores del sector satisfacen el derecho de los consumidores vulnerables a una concreta protección.

Afirmado lo anterior, conviene identificar los parámetros fundamentales de cada una de estas obligaciones tuitivas. Así, tras una descripción general de la necesidad social o situación de vulnerabilidad que se pretende atender y del sistema establecido para cubrirla, se debe concretar a continuación el contenido de la obligación tuitiva y la determinación de los beneficiarios y obligados. A lo cual se puede añadir una referencia al papel de la Administración competente para supervisar el cumplimiento de la obligación y a los posibles mecanismos de tutela administrativa o judicial que se ofrezca a los beneficiarios. Algunos de estos aspectos ya se han recogido antes al describir las distintas bonificaciones que nuestro ordenamiento prevé para los suministros domiciliarios esenciales. Pero por razones de sistematicidad conviene recoger también aquí sus términos fundamentales en cuanto al contenido de esos derechos y deberes que el regulador impone entre particulares.

En el caso del bono social eléctrico la necesidad social que se pretende atender es la pobreza energética, entendida como insuficiencia de recursos para mantener la propia vivienda en condiciones adecuadas de confort[93]. Para ello el legislador ha diseñado una obligación tuitiva

[93] La pobreza energética está vinculada principalmente con el mantenimiento de la vivienda a una temperatura adecuada (18-22 grados en invierno), y según Eurostat (2020) es un fenómeno que afecta a un 9 por 100 de la población europea. No afecta solo, por tanto, al suministro eléctrico, y por eso se trata de paliar con las dos modalidades de bono social: el eléctrico y el térmico. En nuestro país, el Informe de Indicadores de Pobreza Energética en España 2022 llega a cifrar en 8 millones el número de personas que no pudieron mantener una temperatura adecuada en sus hogares. Es decir, un 17,08 por 100 de la población, lo que supone un incremento de casi tres puntos respecto a 2021 (14,27 por 100). Según los autores del informe, la pobreza severa (hogares que consumieron menos de la cuarta parte de la energía que deberían para cubrir todas sus necesidades energéticas) alcanza a dos millones de hogares en nuestro país, que es una cifra muy elevada si atendemos al dato del Ministerio de Vivienda y Agenda

cuyo contenido consiste tanto en aplicar un descuento, total o parcial, sobre la tarifa denominada *Precio Voluntario del Pequeño Consumidor* a los consumidores que acrediten su condición de vulnerables, como en la imposibilidad de cortar el servicio por impago a aquellos consumidores vulnerables cuyo suministro está calificado como esencial[94]. Esos descuentos fueron elevados temporalmente a raíz de la crisis energética de 2020, y, hasta el 30 de septiembre de 2024, se han mantenido en el 65 por 100 de la factura para los consumidores vulnerables, el 80 por 100 para los consumidores vulnerables severos, y hasta el 100 por 100 para los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social[95]. A esos supuestos se añadió también un supuesto temporal conocido como bono social de justicia energética, que comportaba un descuento del 40 por 100 en la factura eléctrica de los hogares con bajos ingresos particularmente afectados por la crisis energética[96].

Como ya se ha dicho, el reconocimiento del derecho a la aplicación de esos descuentos siempre se hace en favor de personas físicas y está en función de los ingresos anuales de cada unidad familiar o de convivencia. Estos ingresos se miden por referencia a una magnitud homogénea, que es el IPREM o Indicador Público de Renta de Efectos

---

Urbana (Boletín especial Censo de Viviendas 2021, publicado en 2023), que cifra en unos 26 millones el parque de viviendas en nuestro país, de los cuales 18 serían viviendas habituales y 8 viviendas no principales.

[94] Según el art. 52.4.j) y k) LSE son suministros esenciales, entre otros, los de los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social (aunque los mismos, precisamente por esa condición pueden llegar a tener un descuento del 100 por 100 de su factura) y los de los consumidores vulnerables que disfruten de algún tipo de bono social y cumplan una de las tres siguientes circunstancias: que haya en la unidad familiar algún menor de dieciséis años, o alguna persona en situación de dependencia reconocida de grado II o III, o alguna persona con una discapacidad reconocida igual o superior al 33 por 100. En esos casos no es posible suspender el suministro, por lo que las facturas impagadas se acumulan.

[95] La última prórroga, ya solo de seis meses (hasta el 30 de junio de 2024), de estos umbrales fue dispuesta por el art. 35.1 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía. Al final de la misma se aprobó Real Decreto-ley 4/2024, de 26 de junio, por el que se prorrogan determinadas medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, cuyo art. 20 estableció un calendario de reducción progresiva de los descuentos, hasta su estabilización a partir del 1 de julio de 2025 en el 35 por 100, el 50 por 100 y el 100 por 100 de la factura. Mediante el Real Decreto-ley 9/2024, de 23 de diciembre, se demora el calendario, tal como se describe en la nota 15, postergando esa estabilización, de momento, para el 1 de enero de 2026.

[96] El supuesto fue introducido por el art. 10 del Real Decreto-ley 18/2022, de 18 de octubre, por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del «Plan + seguridad para tu energía (+SE)», así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía. En principio, se estableció como horizonte temporal el 31 de diciembre de 2023, pero se ha ampliado también hasta el 30 de junio de 2024 por el art. 35.2 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, citado en la nota precedente.

Múltiples, que es un índice de actualización anual por la ley de presupuestos[97]. La determinación concreta de los beneficiarios (arts. 3 y 4 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica) es bastante compleja, al definirse varios escalones de vulnerabilidad y tenerse en cuenta toda una serie de circunstancias personales y familiares. Así, son «consumidores vulnerables» los que tienen ingresos anuales por debajo de 1,5 IPREMs de 14 pagas (12 600 euros); son «consumidores vulnerables severos» los que están por debajo del 50 por 100 del anterior umbral (6 300 euros); y son «consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social» los que además de cumplir ese anterior umbral (6 300 euros) son atendidos por los servicios sociales de una Administración Pública (autonómica o local) que financien al menos el 50 por 100 del importe de su factura a PVPC. Todas estas cantidades se incrementan en función del número de personas que integran la unidad de convivencia (un 0,3 de IPREM por cada miembro adicional mayor de edad y un 0,5 de IPREM por cada menor de edad), así como de la concurrencia de determinadas agravantes[98]. Por último, hay que tener en cuenta que hay una serie de circunstancias especiales que dan lugar al reconocimiento directo de la condición de consumidor vulnerable, al margen del criterio de los ingresos anuales computados en IPREMs[99].

---

[97] Este índice nació en 2004, desgajado del salario mínimo interprofesional, para poder ser objeto de actualización independiente. La última fijación del IPREM corresponde a la DA 90.ª de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, que lo sitúa en 20 euros diarios, 600 euros mensuales y 7 200 euros anuales de ingresos (8 400 cuando se utiliza el IPREM de 14 pagas).

[98] Hay seis situaciones que, en caso de concurrir, permiten incrementar el umbral de acceso a la condición de consumidor vulnerable o vulnerable severo en 1 IPREM (8 400 euros). Se trata de que en la unidad de convivencia haya algún miembro que tenga discapacidad reconocida igual o superior al 33 por 100, o sea víctima de violencia de género, o sea víctima de terrorismo, o esté en situación de dependencia reconocida de grado II o III, o se trate de una unidad monoparental que esté integrada, al menos, por un menor, o haya algún miembro de la unidad de convivencia en situación certificada de «electrodependencia», como es el caso de los enfermos de ELA.

[99] Así, se consideran consumidores vulnerables las familias numerosas en general (que con el proyecto de ley de familias de 2024, actualmente en tramitación, pasan a ser «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza»), los hogares compuestos solo por pensionistas del Sistema de la Seguridad Social (jubilación o incapacidad permanente), siempre que perciban las cuantías mínimas vigentes y carezcan de otros ingresos de cuantía agregada anual superior a 500 euros, y los hogares en que algún miembro sea beneficiario del Ingreso Mínimo Vital. Ahora bien, para obtener el reconocimiento como consumidores vulnerables «severos» por razón de las circunstancias mencionadas, ya sí que se establecen requisitos adicionales referenciados al IPREM. Las familias numerosas no pueden superar una renta anual de 2 IPREMs de 14 pagas (16 800 euros), los hogares de pensionistas una renta anual de 1 IPREM de 14 pagas (8 400 euros), y los hogares con un beneficiario del Ingreso Mínimo Vital la renta anual de los consumidores vulnerables severos (6 300 euros). Umbrales que además se modulan en función del número de miembros de la unidad de convivencia y de la posible concurrencia de alguna de las seis situaciones agravantes recogidas en la anterior nota. Como destaca Rodríguez Paraja

Frente a los beneficiarios, se encuentran los sujetos obligados, que en realidad se dividen en dos grupos distintos, al ser dos las obligaciones que se establecen. En efecto, la obligación tuitiva se desdobla en dos vertientes distintas: por un lado, reconocer y aplicar el descuento o la no suspensión del servicio a cada consumidor vulnerable que lo solicite y por otro, costear el importe del déficit global de ingresos para el sistema que suponen esos beneficios una vez aplicados. De esta forma, son dos las categorías de sujetos obligados y, sobre todo, se reparte de manera más ecuánime la carga del beneficio. En primer lugar, están las compañías comercializadoras de referencia, que son las autorizadas para prestar en España el suministro eléctrico en régimen de *Precio Voluntario del Pequeño Consumidor*. Estas ocho compañías tienen el deber de informar a sus clientes sobre la existencia del bono social eléctrico, reciben las solicitudes de reconocimiento de las distintas categorías de consumidores vulnerables, examinan y aprueban las solicitudes, y aplican en consecuencia la reducción que corresponda en la factura mensual. Actúan así de manera inequívoca como entidades colaboradoras de la Administración, con todas las consecuencias que esto tiene. Por otro lado, el sumatorio de todos esos descuentos es calculado anualmente por la CNMC, que procede a hacer un reparto entre todos los operadores del sector (productores, transportistas, distribuidores, comercializadores y consumidores directos de mercado), en función de su cuota de mercado en cada uno de esos segmentos de actividad, fijando las aportaciones financieras que cada uno de ellos debe hacer a la caja común del sector eléctrico. De esta forma se mutualiza o distribuye el coste del bono social entre todos los agentes del sector. Cuestión a la que dedicaremos atención en la última parte de este trabajo.

El supuesto del abono social telefónico sigue un esquema paralelo al del bono social eléctrico, aunque su organización es algo más sencilla y su impacto mucho menor (unos 2,3 millones frente a apenas 33 000 beneficiarios). La necesidad social que se pretende cubrir con él es la carencia de recursos para gasto en comunicaciones desde el domicilio para jubilados y pensionistas de bajos ingresos —no para consumidores vulnerables en general—, para lo cual se quiere facilitar que en sus hogares puedan tener una línea telefónica fija y acceso fijo a internet. Para ello se han establecido dos obligaciones tuitivas entre

---

(2024, 103-104), tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo han avalado en concreto la legalidad de que las familias numerosas sean consideradas vulnerables sin atender a requisitos de renta, dado que el art. 45 LSE remite al reglamento la concreción de las circunstancias sociales, de consumo y de poder adquisitivo que permiten percibir el bono social, y las mismas no tienen carácter acumulativo. Y, aparte de que resulta sensato considerar que las familias con un alto número de miembros puedan considerarse socialmente vulnerables, el acuciante problema demográfico de Europa en general y de España en particular se alinean con ese objetivo de política económica y social que es apoyarlas.

particulares, que se encuentran hermanadas entre sí. Por un lado, la del prestador del servicio universal de telecomunicaciones, que está obligado a ofertar una bonificación sustancial en el importe de la cuota telefónica de alta (70 por 100) y en la cuota fija de carácter periódico de la conexión a la red (95 por 100). Esta oferta tiene como posibles beneficiarios a jubilados, perceptores de pensiones públicas o privadas (reconocidas por sentencia judicial) cuyos ingresos y rentas de la unidad familiar no superen el 120 por 100 del IPREM (10 080 euros anuales). Por otro lado, está la obligación de todas las compañías de telecomunicaciones con ingresos anuales (no beneficios) de más de 100 millones de euros brutos, de contribuir a la financiación del coste del servicio universal (que incluye el coste del abono social telefónico entre sus componentes), de acuerdo con la metodología aprobada por la CNMC. De esta forma, se calculan anualmente por este organismo las aportaciones que deben ingresarse en el Fondo Nacional del Servicio Universal, que él mismo gestiona, y desde el cual se compensa a Telefónica de España, en cuanto prestadora del servicio universal, el coste injusto que soporta por este concepto (por cierto, que ella misma es la primera contribuyente del Fondo).

En todo caso, resulta llamativa la falta de homogeneidad en cuanto a los beneficiarios de estas obligaciones de tutela entre particulares. La idea del consumidor vulnerable es interesante, y trata de responder a esa necesidad. Pero ese concepto solo se utiliza en el ámbito de la electricidad (bono social eléctrico) y de la calefacción (bono social térmico), pero no para la conexión telefónica fija (abono social telefónico, que es para pensionistas de bajos ingresos), ni para el abastecimiento de agua (que carece de una regulación general).

IV. LA VERTIENTE ECONÓMICA DE LAS OBLIGACIONES TUITIVAS ENTRE PARTICULARES. LA FINANCIACIÓN DE LOS DESCUENTOS Y SUS DISTINTAS POSIBILIDADES

El esquema dual de obligaciones tuitivas entre particulares, con una vertiente para la prestación de un servicio bonificado y otra vertiente para su financiación (como ocurre tanto con el bono social eléctrico como con el abono social telefónico) obedece en parte a la complejidad técnica de la organización de estos servicios de interés económico general, pero, sobre todo, a la voluntad de que el coste económico de estas obligaciones se reparta o mutualice entre los operadores del sector, y con arreglo al peso de los mismos en el mercado. En realidad, se trata de atender al principio de igualdad y a la no interferencia en la libre competencia que se pretende asegurar en estos sectores. El hecho de que esos costes se totalicen y se repartan entre los operadores de un

sector, en un proceso independiente al de la prestación de los servicios bonificados, no debe impedirnos apreciar la existencia de verdaderas obligaciones tuitivas entre particulares, en las que una serie de sujetos (compañías con relevancia en un mercado) subvencionan parcialmente las prestaciones que reciben otros (consumidores vulnerables), aunque no haya asignaciones individualizadas y directas entre el beneficiario y el obligado.

1. Algunas consideraciones generales: los principios de proporcionalidad y de igualdad

La cara B del establecimiento de bonificaciones en los suministros básicos es la de su financiación, puesto que es evidente que los descuentos que comportan deben ser soportados por alguien distinto de los consumidores que se benefician de ellos. Al final estamos ante un juego de suma 0, en el sentido de que el déficit de ingresos que comporta una rebaja o reducción del precio o tarifa de un servicio necesariamente debe ser imputado o absorbido bien por el patrimonio de algún o algunos sujetos del sistema, bien por el erario público, o incluso por ambas partes. Y al igual que son diversas las configuraciones jurídicas con que se diseña la prestación de cada bono, también lo son las soluciones que se arbitran para sostenerlos desde el punto de vista económico-financiero. La cuestión es determinar la forma más ecuánime y justa de realizar esa asignación de costes.

Con carácter general, en esta materia resultan capitales dos principios jurídicos interrelacionados: el de la sostenibilidad de los servicios públicos (y de los servicios de interés económico general) y el de la igualdad de trato entre operadores que compiten en cada mercado. Como ha destacado T.-R. Fernández, la sostenibilidad es un concepto nacido en el orden medioambiental, que se ha extendido con fuerza en el último decenio en la vertiente económico-financiera de las actividades, y que hoy es aplicable a todos los ámbitos de la acción pública, tanto desde el punto de vista general como singular[100]. En el caso de los descuentos de consumos básicos, la sostenibilidad comporta, lógicamente, que los mismos sean soportables y digeribles a medio y largo plazo por quién o quiénes los financian, ya sean los presupuestos públicos, ya sean las cuentas de resultados de los operadores (tanto en

[100] Con ocasión de un número especial de la Revista de Administración Pública, Tomás-Ramón Fernández (2016: 439 y ss.) describe cómo esta regla ha comenzado a despuntar como un auténtico principio general del sector público, apoyado en el trinomio del art. 135 CE, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, para el ámbito local. Lo relevante es que, como defiende este autor, por un lado, el principio es exigible no solo a cada Administración, sino también a cada una de sus acciones o actividades (448-449), y, por otro lado, que se proyecta no solo al momento inicial de puesta en marcha de un proyecto, sino a su funcionamiento a lo largo del tiempo (446-447).

régimen reservado o concesional, como de mercado). Lo cual supone aplicar parámetros distintos de medición en un caso u otro[101], pero que conducen en todo caso a asegurar que la aplicación del sistema de ayudas a los consumidores vulnerables no colapsará a quienes lo sustentan. En realidad, esta sostenibilidad no es más que plasmación del principio de proporcionalidad, de manera que la intervención pública no vaya más allá de lo necesario para conseguir el objetivo que se persigue.

Por su parte, el principio de igualdad de trato se erige en fundamental cuando se trata de que los propios operadores financien las medidas de protección social introducidas por vía regulatoria en sectores que se desenvuelven en régimen de mercado. Como antes se apuntó, la intervención pública en los servicios de interés económico general está orientada, bien a abrir la competencia en casos de estenosis o dificultad (técnicas de regulación *de* y *para* la competencia), bien a atemperar el rigor del mercado en atención a ciertos intereses generales, como la protección del medio ambiente o de colectivos desfavorecidos (técnicas de regulación *contra* la competencia). Estas últimas, si bien son admisibles por la persecución de fines legítimos, se deben implantar con

[101] Cuando se trate de financiación pública las partidas presupuestarias de gasto deben corresponderse lógicamente con las de ingresos, si bien en el marco de la consecución de un equilibrio global del presupuesto público. Por tanto, se trata de una cuestión de selección de las necesidades que se atenderán con fondos públicos, y del volumen o grado de subvención que se vaya a aplicar. Cuando la financiación pública se produce a través de la aplicación de descuentos en la prestación de servicios de gestión directa, su efecto impactará también de manera indirecta en los presupuestos públicos que nutren a la entidad prestadora, por lo que de nuevo se trata de asegurar un equilibrio entre ingresos y gastos públicos. Cuando se trate de financiación por parte de los concesionarios prestadores del servicio, el estudio de viabilidad global (art. 247 LCSP, para las concesiones de obra) o de viabilidad económico-financiera (art. 285.2 LCSP, para las concesiones de servicios), deberá valorar el carácter soportable de las tarifas en general, y de las tarifas con descuento en particular. Ya sabemos que los contratos de concesión —tradicionalmente ejecutados a riesgo y ventura del concesionario, y hoy con necesidad de asunción del llamado riesgo operacional, que parece suponer un cierto escalón adicional de exigencia— el beneficio de la explotación no debe estar asegurado, pero debe ser viable siempre que el adjudicatario haga una explotación diligente. Por tanto, no puede estar ahogado de partida, lo cual es pernicioso para el concesionario, por supuesto, pero también para el propio servicio. Finalmente, cuando se trate de operadores en régimen de mercado (servicios de interés económico general), en caso de introducirse controles de precio y obligaciones de servicio público, estas no podrán obligar a prestar servicios por debajo de costes. En estos sectores se va forjando el principio de retribución razonable, que se aplica a los aspectos intervenidos del mercado, y que protege frente a excesos y defectos, como se ha visto hace unos años con ocasión de las medidas públicas de ordenación y apoyo al desarrollo de las energías renovables, y más recientemente con la eclosión de los precios de la energía. Precisamente, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 23/2021, de 26 de octubre, de medidas urgentes en materia de energía para la protección de los consumidores y la introducción de transparencia en los mercados mayorista y minorista de electricidad y gas natural, apela, para recortar los *Windfall profits* o beneficios caídos del cielo para quienes se lucran de los precios disparados en el mercado organizado de la electricidad (debido a que la producen sin utilizar gas natural, cuyo coste como materia prima se ha desorbitado), al principio de rentabilidad razonable, que sería «manifestación del principio de seguridad jurídica», y que se debería garantizar.

equidad, sin desequilibrar el mercado en favor de uno o varios operadores. Desde luego, esa es la conclusión nítida que cabe extraer de todo el conflicto generado por la financiación del bono social eléctrico, cuyo trasfondo se reduce a la exigencia escrupulosa por el Tribunal Supremo, en aplicación del Derecho de la Unión Europea, del respeto al principio de igualdad en la imposición de obligaciones de servicio público. Sin que quepa la discriminación o diferencia de trato entre operadores del sector eléctrico (ya sean productores, transportistas, distribuidores o comercializadores), puesto que todos esos tipos de sujetos del sistema eléctrico están involucrados en el cálculo del precio regulado (PVPC), sobre el cual se aplican los descuentos para consumidores vulnerables. De manera que sería injusto que la financiación de las bonificaciones se concentre solo en algunos de estos tipos de operadores, salvo que se aduzca un motivo objetivo y real para ello. Durante nada menos que trece años, el Tribunal Supremo ha ido rechazando sucesivamente las justificaciones en que se sustentaban los tres primeros modelos de regulación que se han ensayado. Hasta que el Gobierno terminó cediendo y dictó el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, cuyas disposiciones adicionales (5.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª y 15.ª) y finales (17.ª, 23.ª y 24.ª), complementadas con alguna transitoria (4.ª y 6.ª), remodelaron el sistema para incluir a todos los operadores del sector eléctrico sin excepción en la asunción de esa obligación tuitiva de financiar los descuentos de los consumidores vulnerables. Este riguroso filtro de igualdad se proyecta también sobre las posibles compensaciones que en su caso puedan percibir las comercializadoras de referencia o los operadores que presten el servicio universal por el cumplimiento de obligaciones de servicio público (la primera vertiente de las obligaciones tuitivas entre particulares), pues de otro modo constituirían una subvención para el operador[102]. Incluso en la ejecución de los fallos anulatorios de los sistemas de financiación del bono social se ha velado por el respeto a este principio de igualdad de trato entre operadores, para evitar que se produjese un enriquecimiento injusto[103].

---

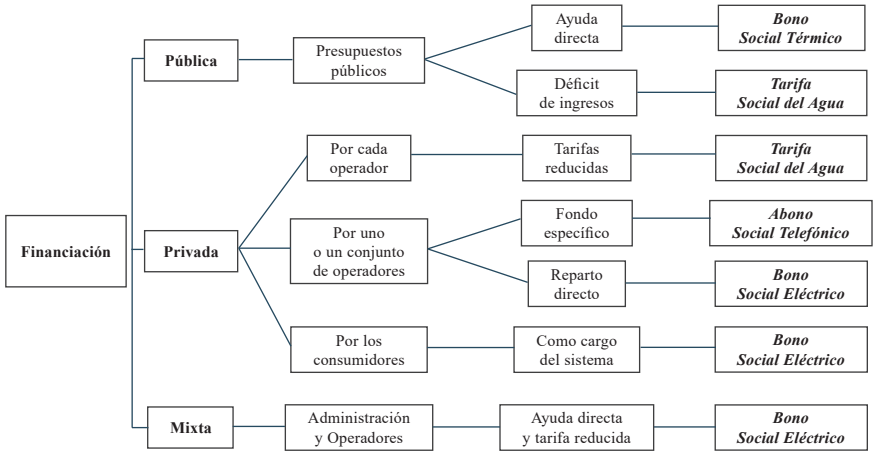
[102] Aunque sea un ejemplo muy pequeño, cuando anualmente la CNMC calcula y corrige el coste neto de la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, que presta Telefónica y ha de repartirse entre los operadores relevantes del mercado, descuenta, de los costes positivamente incurridos, los llamados «beneficios no monetarios o intangibles». Como pueda ser, en el caso del sostenimiento de la red de cabinas telefónicas públicas, el valor de la publicidad propia o mayor reconocimiento de la marca que la compañía puede conseguir por medio de esa red, hoy tan mermada (en el ejercicio 2006, el beneficio de imagen de marca fue estipulado en la nada despreciable suma de 11,6 millones de euros). Se trata de esta forma, de no desequilibrar la igualdad en el mercado con ingresos adicionales no justificados.

[103] Por eso llama la atención que las últimas sentencias del Tribunal Supremo por las que se derriba el sistema de financiación del bono social con cargo a las comercializadoras, establecido en 2016 [STS 130/2022, de 31 de enero (Rec. 673/2017, Córdoba Castroverde, caso Viesgo); y STS 301/2022, de 31 de enero (Rec. 633/2017, Calvo Rojas, caso Iberdrola)], indiquen expresamente en el fallo, al disponer el derecho de las compañías recurrentes a ser indemnizadas de las sumas indebidamente aportadas, con sus intereses legales, que se les

2. Financiación pública versus financiación privada

Aun cuanto las exigencias de proporcionalidad y no discriminación puedan considerarse generales, existe un amplio margen de configuración en cuanto al establecimiento del régimen de financiación de las obligaciones tuitivas entre sujetos privados, en general, y de las bonificaciones sociales en suministros esenciales, en particular. Tomando como referencia las examinadas en este trabajo, y tratando de ofrecer un esquema sencillo de conjunto, se puede establecer el siguiente cuadro de opciones ya ensayadas:

Gráfico 4. *Opciones de financiación de las OSP*



Fuente: Cuadro de elaboración propia. Algunas bonificaciones como la tarifa social del agua o el bono social eléctrico aparecen duplicadas o triplicadas porque, como se explicará a continuación, su aplicación puede regularse de varias maneras conforme a la ordenación vigente.

Como se puede observar en el cuadro, de partida hay que tomar una decisión básica fundamental, como es la de optar por una imputación pública o privada del coste de las bonificaciones sociales, sin perjuicio de la posibilidad de establecer fórmulas mixtas. Se trata de una decisión política, cuyo sentido tendrá consecuencias en la configuración jurídica de la medida de protección. La financiación pública supone calificar los descuentos como ayuda pública directa, con sus implicaciones competenciales, puesto que la asistencia social es una materia que corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la potestad

descontarán las cantidades que en su caso hubiesen repercutido a los clientes por tal concepto. Elemento que, no obstante, se antoja difícil de calcular y que traerá sin duda consigo conflictos en la ejecución de las sentencias.

estatal de ejercer su poder de gasto en políticas sociales cuando aprecie una necesidad que cubrir. En ese caso deberá distribuir territorialmente los subsidios que pretende financiar, si bien al hacerlo podrá establecer también los términos sustantivos en que se otorgarán esas ayudas, que deberán ser aplicados por las Administraciones autonómicas para su gestión y ejecución. La financiación privada implica en cambio la imposición de una obligación tuitiva entre particulares (entre obligados y beneficiarios, ambos sujetos privados, aunque su organización esté intermediada por la Administración —la CNMC— en la concreción de las aportaciones económicas debidas y por un instrumento financiero —un fondo público o caja general de ingresos y cobros—. Para los obligados las aportaciones constituyen una prestación patrimonial de carácter público y naturaleza no tributaria, sujeta a reserva de ley, que debe establecer quien tenga la competencia sustantiva en la materia, y que genera a su vez el problema de su justa asignación o reparto.

Desde luego, existen argumentos para optar por una u otra fórmula —en parte condicionados por las circunstancias del concreto suministro de que se trate, de su ordenación jurídica y de la titularidad de las competencias involucradas—, lo que ha dado lugar a regulaciones tan diversas como las que se muestran en el cuadro anterior. El sentido común parece que aconseja un enfoque lo más homogéneo posible de la materia, tanto en el diseño de las ayudas que se deban orquestar como en el modo de sostenerlas financieramente. Aunque la evolución hasta ahora haya sido la contraria, hay que tender a la simplificación regulatoria y práctica de las ayudas[104]. Es cierto que la pobreza energética tiene distintas vertientes, pero al final el fenómeno de la pobreza es único o de conjunto, y el modo de enfrentarla debería estar más armonizado, comenzando por la medición o fijación de los umbrales que dan acceso a los subsidios. Y siguiendo por la determinación del apoyo económico adecuado para esas situaciones, aunque consten de varias vertientes. Si no, es más fácil que se den duplicidades, insuficiencias e incoherencias, y que en definitiva las ayudas sean ineficientes.

En mi opinión, cuanto más global sea el planteamiento, más se agudizará el carácter de asistencia social de las ayudas y más sentido tendrá su financiación como gasto público directo, con un efecto de redistribución de rentas. Es el caso de la renta mínima de inserción, como ayuda genérica, o del bono social térmico, como ayuda específica. En cambio, cuanto más pegadas estén esas ayudas a concretos

[104] En este sentido, la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024, pp. 105 y ss., apunta a la conveniencia de diseñar un bono social «energético», para el conjunto de suministros eléctricos y térmicos. Dentro del Eje II, de mejora de la respuesta contra la pobreza energética, se establece una Línea 4 de mejora de los mecanismos de subsidio, cuya medida principal es la creación de ese nuevo bono, definido por su carácter integral, automático (en su concesión, sin necesidad incluso de solicitud) y coordinado (entre las Administraciones involucradas).

suministros o servicios, aplicándose como descuentos en la factura del consumidor o usuario, más sentido tiene que, al menos la financiación directa, corresponda a los propios operadores, como una pieza más de los elementos y condiciones que componen ese mercado. Efecto que además se refuerza en los sistemas en red, por su configuración unitaria en torno a una infraestructura[105]. Es el caso del bono social eléctrico o de las tarifas sociales del agua.

Sin duda, la financiación pública puede parecer más propia de un Estado que se califica de social (art. 1.1 CE) y que persigue una igualdad real y efectiva de personas y colectivos, removiendo los obstáculos que impidan o dificultan su plenitud (art. 9.2 CE). Pero a efectos prácticos tiene el inconveniente de aumentar la presión fiscal, tan desaconsejada en periodos de crisis económica, y supone un reto para los Gobiernos en un contexto de disciplina presupuestaria férrea y de control del recurso al endeudamiento público. Además, diluir las ayudas sociales en el magma de los presupuestos públicos enmascara la realidad económica de estos sectores económicos de interés general, al quitarle uno de sus componentes relevantes: el suministro a la población carente de recursos suficientes (en el caso del abono social telefónico es residual, pero en el caso del bono social son del orden de 2,3 millones de hogares). Operación que tiene algo de ocultar lo que se barre bajo la alfombra. No se olvide que el objetivo en estos servicios de interés económico general no es «crear un mercado competitivo», a secas, sino «crear un mercado competitivo que garantice la satisfacción de necesidades básicas de manera universal, estable y a precios asequibles». El mercado es solo un objetivo instrumental. Por eso me inclino por entender que el «lastre económico» de la atención a los consumidores vulnerables debe formar parte del sistema económico general de ingresos y gastos de cada servicio. Si la liberalización de servicios funciona, debe superar la prueba del nueve, que es hacer viable el funcionamiento del sistema con sus pros y sus contras, sin externalidades, como es extraer lo que es deficitario. Reto que además servirá de contrapeso para que los descuentos a aplicar sean moderados o sostenibles, para que las empresas gravadas con obligaciones tuitivas puedan asumirlas, y también para educar a los consumidores en el consumo responsable.

---

[105] Esto resalta de manera particular en sectores como el eléctrico. Sin perjuicio de que las nuevas tendencias vayan en la línea de la descentralización del sistema por aplicación de tecnologías de generación distribuida (proliferación de puntos de autoconsumo, que a pequeña escala generan energía, pudiendo tanto verterla en la red general como nutrirse de la misma), la realidad es que el abastecimiento eléctrico está hoy muy centralizado por una potente red general que es la que garantiza la estabilidad del suministro, gobernada unitariamente por una entidad (Redeia). También lo está desde el punto de vista económico, ya que el regulador (la CNMC) actúa como una gran central de liquidación de ingresos y gastos del sistema. Esa unidad económica y operacional del sistema aconseja que también el suministro de los consumidores protegidos forme parte, desde el punto de vista económico y operativo, del conjunto.

Todo ello sin olvidar que, al final, financiación pública y financiación privada terminan convergiendo. A estos efectos, creo que se debe diferenciar entre la financiación directa e indirecta de los descuentos. Porque el sentido circular que tiene la economía hace que los sujetos responsables directos de soportar esos costes (la Administración pública, por medio de sus presupuestos, o los operadores del sector, en su conjunto o solo algunos de ellos, mediante aportaciones financieras) tiendan a su vez de trasladarlos *aguas abajo* (bien a los contribuyentes, vía impuestos, si la financiación es pública, bien a los clientes, vía elevación de precios, si la financiación es privada)[106]. El resultado es que, por un camino u otro, son en definitiva los ciudadanos, ya sea en su condición de sujetos tributarios pasivos, ya sea en su condición de consumidores, los que sostienen el sistema y asumen el coste de los servicios y sus descuentos. Téngase en cuenta que estamos hablando de prestaciones económico-sociales básicas, que tienen un alcance prácticamente universal, con lo cual las figuras del contribuyente y del consumidor tienden a ser generales y casi coincidentes, aunque no todos aporten o consuman en la misma proporción.

3. Las diferentes soluciones ensayadas

De todos modos, como se apuntaba, la realidad nos ofrece un panorama muy diversificado de posibilidades dentro de esas dos opciones básicas fundamentales. Siguiendo el cuadro que antes se ha mostrado, cabe encontrar las siguientes modalidades regulatorias que se han puesto en práctica en nuestro país:

a. Financiación pública presupuestaria y directa (caso del bono social térmico). La vía tradicional de proveer ayudas sociales con financiación pública consiste en dotar partidas específicas, renovadas anualmente, en los presupuestos generales de la correspondiente Administración[107]. Así, el Gobierno puso en marcha en 2018 una línea de ayudas públicas para la calefacción y agua caliente de hogares de personas vulnerables —denominadas *Bono social térmico*—, que se financia con una partida de los presupuestos generales del Estado, y

[106] Es cierto que, en el caso de la financiación privada de los descuentos, cuando un sector se desarrolla en régimen de mercado, la repercusión de esos costes no es inexorable o imperativa. La política comercial de los operadores puede llevarlos a intentar asumir todo el coste de esas obligaciones, o una parte del mismo, sin repercutirlo a los clientes finales, tratando de compensarlo con una gestión empresarial más eficiente y unos precios más atractivos de sus servicios. En el fondo dependerá de la realidad competitiva del sector.

[107] Este modelo es frecuente en el panorama europeo. La STS de 31 de enero de 2022 (Sala 3.ª; Sección 3.ª; Rec. 633/2017, Calvo Rojas), FD 5, recuerda que en la UE, según datos recogidos en un dictamen del Consejo de Estado, predominan los sistemas de financiación presupuestaria directa o indirecta, salvo en Portugal, donde se aplica un modelo mixto, que implica parcialmente a las empresas de generación eléctrica.

que en algunas Comunidades Autónomas se complementa con partidas adicionales. Por ejemplo, el año 2021 su financiación alcanzó los 228 millones de euros y en 2022 subió hasta 453 millones[108]. Por tanto, son fundamentalmente los impuestos estatales, aportados por los contribuyentes, los que a la postre sostienen esta medida.

b. Financiación pública a través de la gestión directa del servicio (caso de la tarifa social del agua). También debe considerarse financiación pública la establecida a través de tarifas sociales cuando se trate de servicios públicos en sentido estricto y su prestación se realice en régimen de gestión directa. Ya sea por la propia Administración (lo cual es infrecuente), ya sea a través de una entidad instrumental, con personalidad jurídica pública (organismo autónomo o entidad pública empresarial) o con personalidad jurídica privada (sociedad pública). Es el caso del suministro de agua domiciliaria o a poblaciones. La Administración local titular del servicio aprobará las tarifas pertinentes, incluyendo descuentos o tarifas reducidas para consumidores vulnerables. Ese detrimento de ingresos, en último término, será trasladado a los presupuestos públicos a través de las partidas destinadas a sostener a las entidades instrumentales prestadoras del servicio público. Salvo que el régimen tarifario y la buena gestión de la entidad que preste el servicio en régimen de monopolio permitan el sostenimiento de las bonificaciones sociales sin incurrir en déficit.

c. Financiación privada por parte de los concesionarios (caso de la tarifa social del agua). Los servicios públicos, como el de suministro o distribución de agua, también se pueden externalizar o gestionar de manera indirecta mediante adjudicación de un contrato de concesión de servicios. En estos casos, la Administración también ejerce su potestad tarifaria, y puede imponer posibles descuentos para colectivos necesitados de protección. Descuentos que en principio impactarán sobre la cuenta de resultados del concesionario. Con un límite, porque el art. 149.2 RSCL prevé que, al menos cuando las tarifas sean inferiores al coste del servicio, la entidad local debe subvencionar por ese importe al concesionario. Sin que, como exige el art. 129.4 RSCL, tal subvención pueda constituir una garantía de rendimiento mínimo ni un estímulo para la gestión económica deficiente por parte del concesionario. Cuando estas subvenciones existan, habrá que hablar en consecuencia de financiación pública de las tarifas sociales, o al menos de financiación compartida, entre la Administración y el concesionario. Sin embargo, es probable que la Administración titular del servicio pretenda gravar la posición del concesionario con la carga de soportar esos descuentos

[108] Son datos del Informe de supervisión de los mercados minoristas de gas y electricidad, Año 2022 y avance 2023, IS/DE/027/23, de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 25 de abril de 2024, p. 63.

sin compensación, o incluso le obligue en positivo a financiar con aportaciones específicas los consumos de la población vulnerable[109].

d. Financiación privada, repartida entre los operadores de un mercado (caso del bono social eléctrico y del abono social telefónico). Propiamente, la financiación privada es la que recae sin compensación en los propios operadores de un sistema de suministro básico sujeto a regulación (otra cosa es que, de un modo u otro, ese coste se repercuta luego en los consumidores finales). Como antes se ha indicado, lo relevante es que, si se trata de un mercado, el reparto de esa carga debe ser equitativo para no desequilibrar su libre desenvolvimiento. Para ello se puede acudir a un régimen de reparto directo de cuotas según el peso en el mercado de cada uno (como se viene pretendiendo con el bono social eléctrico desde su creación, aunque sin acertar con la fórmula concreta hasta 2022) o a un régimen indirecto, de formación de un fondo financiero común con aportaciones de los operadores, desde el cual se atienden los costes pertinentes (como ocurre en el sector de las telecomunicaciones). En realidad, no hay mucha diferencia entre una modalidad u otra, pues en definitiva se trata de repartir cuotas proporcionales entre los agentes del mercado para financiar las tarifas reducidas, vía directa o vía fondo. Todo depende de la formalidad o autonomía operativa que se quiera dar a este último instrumento. En ambos casos, las obligaciones de aportación pueden ser universales (para todos los operadores) o selectivas, según un criterio objetivo y justificado de manera detallada y suficiente, como es la exigencia de un umbral mínimo de relevancia o peso en el mercado. Cabe así distinguir entre:

— *Financiación privada con reparto directo de cuotas (caso del bono social eléctrico)*. Aunque se emplee el adjetivo de directo, ese reparto tiene bastante complejidad. Primero, por la necesidad de calcular el total del déficit de ingresos a cubrir, totalizando los descuentos aplicados en cada ejercicio anual. Segundo, por los cálculos para determinar las cuotas que corresponden a cada operador, según los criterios que se hayan

[109] Es el caso del Área Metropolitana de Barcelona, donde el servicio de abastecimiento de agua es prestado a través de la sociedad de economía mixta Aguas de Barcelona SA (con un 15 por 100 de capital en manos de la Administración local). El Reglamento del servicio metropolitano del ciclo integral del agua de 6 de noviembre de 2012 (*BOPB* de 20-XI-12) atribuye al AMB la competencia para aprobar las tarifas del servicio (art. 112), previendo la existencia de una tarifa específica para domicilios habitados por más de tres personas (art. 118), así como una tarifa social (art. 123), que podrá ser de aplicación bien a todos los consumidores cuando se trate de bonificar el bajo consumo, bien a colectivos determinados en situación de precariedad, bonificándoles la cuota de servicio y los dos primeros tramos de consumo. La cuestión es que el art. 123 añade la posibilidad de que el AMB establezca cánones específicos para obtener «los fondos necesarios para financiar su política social». Con ese presupuesto, la entidad Aguas de Barcelona creó en 2012 el Fondo de Solidaridad del Agua, para garantizar el suministro de agua a las personas en riesgo de exclusión social, y evitar el corte de su suministro por impago.

establecido. Todo ello debe hacerse en un procedimiento transparente y susceptible de alegaciones y de impugnación o control. En el caso del bono eléctrico la CNMC asume un papel fundamental en ambos apartados, así como en la ejecución de los resultados obtenidos, debido a su condición de organismo de liquidación del sistema eléctrico (al igual que del gasista y de las instalaciones de régimen retributivo específico)[110].

— *Financiación privada con reparto a través de un fondo (caso del abono social telefónico)*. Los descuentos de precios en las cuotas de conexión y de consumo de las líneas telefónicas fijas de consumidores vulnerables se financian junto con el resto de conceptos del servicio universal a través de un fondo público y común para el sector de las telecomunicaciones, al que deben hacer sus aportaciones anuales los operadores con cuota significativa en el mercado. El Fondo Nacional del Servicio Universal está previsto en el art. 27 LGTel, y está sostenido por los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas y tengan unos ingresos brutos de explotación superiores a 100 millones de euros anuales.

e. Financiación privada por el conjunto de los consumidores (caso del bono social eléctrico en los periodos de transición, cada vez que el modelo es anulado). Como sabemos, la financiación del bono social eléctrico ha sido particularmente conflictiva, lo que ha dado lugar a una sistemática impugnación por parte de las grandes eléctricas de las decisiones del regulador, que además han sido sucesivamente estimadas por los tribunales. El efecto de estas resoluciones judiciales es el de la anulación de los repartos efectuados, con obligación de indemnizar o devolver a los recurrentes las cantidades indebidamente ingresadas. Todo ello a la espera de un nuevo modelo a aprobar por el Gobierno (que a su vez será cuestionado por los grandes operadores, y así, sucesivamente), que no tendrá efectos retroactivos. Esta historia —que no mito o fábula— sisifeana, obliga a cubrir el agujero abierto y, a falta de disponibilidades presupuestarias para atender estos golpes sobrevenidos, una solución que se presenta como posible es la de incluir esa deuda como cargos asociados a los costes del sistema [junto con otros conceptos, tales como el déficit de tarifa o el extracoste del abastecimiento extrapeninsular: arts. 13.2.b) y 16.1 LSE, y Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo, que los desarrolla], y repercutirla en el cálculo del precio regulado (el precio voluntario del pequeño consumidor). Solución que desde luego no

[110] En el último apartado de su trabajo Rodríguez Paraja (2024, 110 a 114) describe algunas funciones que ejerce la CNMC en la supervisión del mercado eléctrico que tienen conexión más directa con la protección de los consumidores en general, como una herramienta online para saber si se tiene la condición de consumidor vulnerable.

parece eficiente, puesto que paradójicamente se ven involucrados los propios consumidores vulnerables (mientras su subsidio no sea del 100 por 100 del servicio que reciben), y todos los consumidores eléctricos en general.

f. Financiación mixta pública y privada (caso del bono social eléctrico respecto de los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social). Finalmente, se pueden habilitar soluciones intermedias, que repartan el peso financiero de las bonificaciones sociales entre el sector público (a través de sus presupuestos) y el sector privado (a través de aportaciones de los operadores). Así ha ocurrido desde el modelo establecido en 2016-2017 (mediante el Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, y el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre) para la financiación del bono social eléctrico de los consumidores más vulnerables. Porque esa regulación creó el escalón del consumidor vulnerable severo en riesgo de exclusión social, cuya factura eléctrica es soportada en parte por los servicios sociales de una Administración autonómica o local y en parte por los operadores eléctricos. De hecho, ese tipo de consumidor se define como el que, además de cumplir los requisitos de baja renta de los consumidores vulnerables severos, al menos el 50 por 100 de su factura eléctrica es cubierta por los servicios sociales (art. 4.1 del Real Decreto 897/2017)[111]. De manera que el resto de la misma será financiada con el mecanismo general del bono social, es decir, por los operadores del sector[112].

[111] La Generalitat de Cataluña interpuso recurso directo contra esta disposición, sobre todo por entender que vulneraba sus competencias en materia de asistencia social, al obligarla a asumir esa cofinanciación. El recurso fue desestimado por STS de 4 de junio de 2020 (Sala 3.ª; Sección 3.ª; Rec. 78/2018, Córdoba Castroverde), con la invocación expresa de las SSTC 62/2016, de 17 de marzo, y 54/2018, de 24 de mayo. La regulación estatal del bono social eléctrico es legislación básica, formal y materialmente, sustentada en el art. 149.1.13 y 25 CE, y no invade la competencia autonómica por el hecho de tomar como referencia la circunstancia de que los servicios sociales estén atendiendo un hogar. El mecanismo de cofinanciación es voluntario y no impide a la Comunidad Autónoma que adopte las medidas que considere oportunas para financiar la factura eléctrica de los colectivos más desfavorecidos.

[112] Las SSTS de 31 de enero de 2022 (Sala 3.ª; Sección 3.ª; Rec. 622, 633 y 673 de 2017; ponentes Bandrés Sánchez-Cruzat, Calvo Rojas, Córdoba Castroverde, respectivamente), al anular el régimen de financiación del bono social por parte de los comercializadores, también afectaron al régimen de financiación de esta segunda mitad de los descuentos de los consumidores vulnerables severos en riesgo de exclusión social. Sin embargo, el Tribunal Supremo no apreció que el régimen de cofinanciación sea en sí contrario a derecho, sino que es una consecuencia arrastrada de la consideración como contrario a la Directiva europea del mercado interior de la electricidad de la imposición de esta obligación de servicio público solo a una parte de las empresas eléctricas (las comercializadoras).

V. HACIA UN MODELO SOSTENIBLE Y JUSTO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES VULNERABLES

Tratando de recapitular y de poner colofón a toda la exposición anterior, debemos reconocer que los servicios públicos económicos tienen una inequívoca índole social, que no es añadida o superpuesta, y que lleva a los poderes públicos a intervenir en su regulación, garantizando su universalidad y asequibilidad. En este sentido, cuando se decide liberalizar estas actividades pasando a ser «de interés económico general», su transformación en mercados se sujeta a algunos límites, como la previsión más o menos transitoria de precios regulados o de refugio para los consumidores domésticos (orientados a su precio de coste, más un beneficio razonable para el operador), o también la imposición de tarifas bonificadas para colectivos vulnerables o en situación de pobreza (por debajo de coste, e incluso gratuitas), que forman parte de la regulación integral de estos sectores. Las primeras (precios regulados máximos para todo el territorio nacional) dan seguridad a los consumidores domésticos respecto a las oscilaciones caprichosas del mercado y se tiende a su progresivo desmontaje o arrinconamiento, para que el mercado no quede falseado en su conjunto y las señales de precio sean reales, mientras que las segundas (subsidios adicionales) canalizan la acción indirecta del Estado social y se consideran irrenunciables en el marco de la lucha contra la exclusión.

Como es lógico, esas dos características de universalidad y asequibilidad de los servicios esenciales deben conciliarse o ser contrapesadas con su sostenibilidad económica —todo un principio general gestado en este sector, como explicó T. R. Fernández (2016)—, para que el sistema sea viable a medio y largo plazo. En este sentido, la exención parcial o total del precio de estos servicios —que es una decisión que corresponde al poder político ponderar y concretar—, debe ser sufragada para que no se convierta en un déficit endémico del sector correspondiente, apareciendo así una nueva decisión crucial de política económica, como es la atribución de esa carga financiera [113]. El arco de posibilidades legítimas de ordenación es amplio, como hemos visto, pero la elección que se haga siempre ha de satisfacer dos exigencias fundamentales, a la sazón: que el régimen adoptado sea sostenible (es decir, perdurable en el tiempo, por suponer una carga razonable o asumible) y que sea justo (es decir, que el sacrificio económico que implica esté repartido y no desequilibre la competencia entre operado-

[113] En sentido estricto, más que carga financiera es carga económica, en el sentido de que no se trata de proporcionar liquidez financiera, con derecho a una devolución, sino de sufragar o costear su importe. Así lo subraya Lavilla Rubira (2015: 72). A lo largo de este trabajo se utiliza la expresión financiación en ese sentido de gasto económico.

res). En definitiva, estas exigencias se corresponden, sustancialmente, con las derivadas de los principios de proporcionalidad y de igualdad o no discriminación, aplicables a las medidas de intervención pública en general[114].

Al legislador corresponde adoptar la decisión final, asignando el peso económico que comportan esas medidas, bien al conjunto de los consumidores (repercutiendo de manera reglada los descuentos sobre los precios que abonan los consumidores finales del sector), bien al conjunto de los contribuyentes (al financiarlos con los presupuestos generales del Estado o de otra Administración), bien al conjunto de los operadores del sector (de manera proporcional a su peso económico). O bien estableciendo repartos mixtos entre estos tres grupos de sujetos.

No existen a mi juicio razones definitivas que obliguen a apostar por un sistema u otro como solución debida[115]. Sin duda, la financiación pública o presupuestaria de las bonificaciones en los consumos esenciales tiene sentido, porque estamos hablando de acción social, que en principio corresponde proveer a las Administraciones públicas en el marco de un Estado social. Sobre todo cuando se trate de situaciones de pobreza extrema y de exclusión social consumada, en el caso de que sean atendidas «al margen o por fuera del mercado correspondiente». Es decir, mediante la acción de los servicios de asistencia social y con ayudas que, aunque estén referenciadas a los consumos energéticos y domiciliarios, no sean en sentido estricto descuentos tarifarios[116].

---

[114] Se trata de dos piezas que están en el frontispicio de la intervención pública en el ámbito económico, tal como recoge el art. 4.1 LRJSP. Por supuesto, junto a esas exigencias generales existen otros límites que emanan de la Constitución (protección del derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, y frente a decisiones públicas arbitrarias) y del Derecho de la Unión Europea (derechos al libre establecimiento y a la libre circulación de las empresas), que protegen a los sujetos que puedan verse afectados por el sistema que se establezca. Pero al final, ante la dificultad de identificar el contenido esencial específico de esos derechos, las claves son el respeto a la proporcionalidad y la igualdad sea cual sea el modelo que se diseñe.

[115] R. Gómez-Ferrer (2015: 59-60 y 66) defiende que es preciso atender a los destinatarios de los beneficios de las medidas públicas adoptadas. De manera que, tanto si se trata de un grupo específico de personas (ciertos consumidores), como si se trata de la generalidad de las personas (el conjunto de la ciudadanía), «tendría sentido su cobertura por los presupuestos generales del Estado». Sería el caso de «las prestaciones de servicio público o servicio universal que suponen una bonificación en precio para los consumidores más vulnerables». En cambio, si el beneficiario es el conjunto del sector, se trataría de una carga razonable a asumir por los operadores (2015: 63 y 66). En mi opinión, el concepto de beneficio para el conjunto del sector no queda del todo definido, pero sobre todo no encuentro óbice a que el beneficio de un grupo concreto, cuando esté justificado por razones de interés público, no pueda ser cargado de manera equilibrada a los operadores del sector en el que se inserta, tratándose de un sector regulado, cuya existencia misma depende de esa regulación.

[116] Como antes se ha comentado, en esa dirección apunta la Estrategia Nacional contra la Pobreza Energética 2019-2024, pp. 105 y ss, al defender la implantación de un bono social «energético», y no solo eléctrico. El documento no trata sobre cuál sería su régimen de financiación, pero es indudable que al tratarse de ayudas genéricas o conjuntas solo podrán provenir

En cambio, cuando se trate de consumidores que están «dentro del sistema» (tendencialmente deberían estarlo todos), aunque por su consideración de vulnerables tengan dificultades para estar cubiertos y necesiten mayor protección, y en la medida en que ese amparo se concrete en descuentos aplicados directamente en la factura de consumo, tiene mucho más sentido que los mismos formen parte del marco de ingresos y gastos del sistema de abastecimiento de que se trate[117] y sean soportados por los propios operadores del sector. Precisamente porque ese abastecimiento debe ser sostenible, incluyendo también a los consumidores en posición de debilidad, y no solo a los consumidores rentables u ordinarios[118]. Es más, esa es la prueba del algodón de la liberalización de estos servicios: porque si hemos abierto estos sectores a la competencia no es para crear un área de negocio para empresas particulares, sino para que el sistema sea capaz de atender estas necesidades básicas y universales a precios asequibles. Y si para ello es necesario introducir medidas regulatorias correctoras, las mismas no pueden considerarse una externalidad ajena al sistema, sino una carga consustancial al mismo. Es verdad que estos sectores se desenvuelven ahora en régimen de mercado, pero son mercados intensamente regulados, y esa regulación —respetando las exigencias de proporcionalidad e igualdad, y los límites constitucionales y europeos aplicables—, puede comportar la imposición de obligaciones de servicio público y de prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria, que han de concebirse como cargas de los operadores del sistema por el hecho de participar en el mismo[119].

---

del Estado, sin perjuicio de que este quiera después resarcirse con aportaciones coactivas de los operadores energéticos.

[117] De hecho, ese es el trasfondo de los problemas competenciales resueltos por el Tribunal Constitucional en relación con la protección de las personas vulnerables frente al corte de suministros básicos. Las medidas autonómicas introducidas en esta materia, aunque tengan una finalidad social, inciden en el sistema de aprovisionamiento y de ingresos y gastos de esos sectores, y por tanto es competencia del Estado establecerlas y concretarlas, conforme al art. 149.1.13 y 25 CE. Igualmente los descuentos regulados en estos suministros no serían «asistencia social», sino «régimen económico del sector energético».

[118] En el ámbito del sector eléctrico, la LSE dedica un título específico a su «sostenibilidad económica y financiera» (Título III, arts. 13 al 20). En él se advierte claramente esa integración global en el sistema de todos los ingresos, gastos y costes involucrados en el abastecimiento eléctrico, que se computan en un mecanismo de liquidación global (art. 20), en el que solo se permiten pequeños desajustes (un 2 por 100 anual y un 5 por 100 en términos absolutos). Naturalmente, dentro de esa regulación se hace referencia a los precios regulados (PVPC) y a las tarifas de último recurso (el bono social), cuya aplicación comporta, salvo excepciones, un déficit de ingresos (art. 17).

[119] Argumento que en sectores energéticos como el de la electricidad o el gas natural vienen además reforzados por el fuerte sentido unitario que impone la intermediación de un sistema de infraestructuras en red. La interconexión material o de servicio, conduce a la interconexión económica, que obliga a establecer un mecanismo organizado de liquidaciones, en el que están involucrados la generalidad de los consumidores, incluyendo a los vulnerables o protegidos.

Por otro lado, cuesta creer que los presupuestos públicos anuales puedan echarse a la espalda sin más todo el coste económico del sostenimiento de los consumidores vulnerables. Y si lo hacen, necesitarán allegar recursos adicionales mediante impuestos, dado que el déficit público está sometido en la actualidad a un escrutinio estricto. Recursos que es probable que el poder público intente obtener de los propios operadores de los sectores regulados, bien mediante impuestos especiales (como el Impuesto sobre el Valor de Producción de la Energía Eléctrica), o bien mediante aportaciones financieras específicas (como el proyectado y nonato Fondo Nacional de Sostenibilidad del Sector Eléctrico[120]). Lo comido por lo servido.

Finalmente, hay que hacer hincapié en la necesidad de que, cuando la financiación de los descuentos sociales se haga recaer en los operadores, bien directamente, bien a través de un fondo específico, el sistema debe ser inocuo desde el punto de vista de la competencia. Lo cual exige involucrar a todos los actores debidos —sin exclusiones que podrían constituir una ayuda de Estado— y hacerlo en la proporción de su peso en el sector —lo que podría venir definido por su volumen de beneficios anuales—. Esa es desde luego la doctrina que cabe extraer de la jurisprudencia sobre el bono social, tanto europea (STJUE de 14 de octubre de 2021, asunto C-683/19, Viesgo, y la demás citada en la nota 74 de este trabajo) como nacional (recogida en las notas 26, 27 y 28 de este trabajo). Doctrina que, siendo muy clara e indiscutible en su sentido (pleno respeto al principio de no discriminación entre operadores económicos involucrados en un sector de actividad), ha sido aplicada en mi opinión con una excesiva meticulosidad por los tribunales, lo que ha arrastrado a unos descomunales *costes de transacción* derivados de las sucesivas anulaciones regulatorias, que al final repercuten negativamente sobre los consumidores de a pie u ordinarios. Porque a pesar de sus defectos, los distintos modelos ensayados desde 2009 para el reparto de la carga del bono social eléctrico son, en mi opinión, sustancialmente válidos. En España —y en todos los países de nuestro entorno— el sector eléctrico está dominado por una oligarquía de compañías con infraestructuras propias e integración vertical que, se cuente como se cuente (solo el escalón de la producción, o solo el de la comercialización, o los dos anteriores junto con la distribución), tienen más del 90 por 100 del mercado en sus manos, por lo que siem-

[120] Desde el 1 de junio de 2021 existe un proyecto de ley de creación del Fondo, cuyo propósito es facilitar la electrificación de la economía, apoyando sobre todo el despliegue de las energías renovables, la cogeneración y los residuos como fuentes energéticas y, por tanto, la descarbonización del sistema. Pero también se puede considerar que la financiación de los bonos sociales contribuye a esa sostenibilidad. Lo novedoso del fondo es que se nutriría transversalmente, entre otras fuentes, de los operadores que comercializan los distintos productos energéticos (electricidad, gas y carburantes). Diseño que quizá haya que replantear a la luz de la jurisprudencia recaída sobre el bono social eléctrico, en lo que se refiere a involucrar solo a algunos tipos de operadores.

pre les va a corresponder el grueso de esa carga financiera, se utilice un régimen u otro de selección de operadores[121]. Hacer borrón y cuenta nueva por parte de las sentencias indicadas, obliga a desandar lo andado (compensando las cantidades aportadas, que pasan a repercutirse como costes del sistema a todos los consumidores) y solo lleva a diseñar una nueva fórmula, que arrojará un resultado final muy parecido (salvo que se opte por dar un volantazo y establecer un sistema de financiación pública, que seguro que tratará de ser compensado con alguna vía alternativa de aportaciones obligatorias de las compañías). Pero la valoración de esta jurisprudencia merece un comentario monográfico que aquí no se puede ofrecer.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV (2016): *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Aparicio, V.; Aguado i Cudolá, V. y Noguera de la Muela, B. (dirs.), Giappichelli Editore y Tirant lo Blanch, Torino y Valencia.

Álvarez Fernández, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*, Civitas, Madrid.

Caballero Sánchez, R. (2003): *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

— (2011): «Las técnicas de regulación *de* la competencia, *para* la competencia y *contra* la competencia, y su contexto», en Santamaría Pastor, J. A. (dir.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Iustel, Madrid, pp. 39-70.

— (2020): «El bono social eléctrico: ¿quién tiene que costear las obligaciones de servicio público en los sectores regulados?», en *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, coord. por Darnaculleta i Gardella, M. M.; Esteve Pardo, J. y Ibler, M., Marcial Pons, Madrid, pp. 149-190.

— (2023): «Sobre el concepto de regulación y la centralidad de la competencia en los sectores regulados», en *Derecho público, entre el Poder y un audaz desafío por el Estado de Derecho. Libro homenaje al Profesor José Eugenio Soriano García*, Suay Rincón, J. y Bauzá Martorell, F. J. (dirs.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 825 a 852.

Carlón Ruiz, M. (2007): *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson Civitas, Madrid.

— (2009): «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en *Derecho de la regulación económica*, Tomo I, Fundamentos de instituciones de la regulación, dir. por S. Muñoz Machado y J. Esteve Pardo, Iustel, Madrid, pp. 463 a 535.

[121] Gravar a estos grandes operadores con obligaciones de servicio público, o hacerlo con mayor intensidad que a los nuevos entrantes (incluso estableciendo un umbral mínimo de peso en el mercado para participar en el reparto), creo que tiene toda su justificación, precisamente por la exigencia de tratar de modo desigual a los desiguales. De manera que, incluso yendo más allá de lo que exige el principio de igualdad respecto a los desiguales, esas medidas se pueden justificar precisamente como técnica de regulación *para* la competencia.

Del Guayo Castiella, I. (2017): «Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 343-381.

— (2020): «Pobreza energética y vulnerabilidad en el sector eléctrico, a la luz del Real Decreto-ley núm. 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores», en *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, coord. por Darnaculleta i Gardella, M. M.; Esteve Pardo, J. y Ibler, M., Marcial Pons, Madrid, pp. 125-147.

Fernández, T.-R. (2016): «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016, ISSN-L: 0034-7639, Madrid, pp. 439-450.

Gómez-Ferrer Rincón, R. (2015): «Las prestaciones patrimoniales de carácter público y naturaleza no tributaria», en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, López Ramón, F. (coord.), INAP, Madrid, pp. 31-67.

Lavilla Rubira, J. J. (2015): «Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias impuestas a las empresas que operan en el sector eléctrico», en *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, López Ramón, F. (coord.), INAP, Madrid, pp. 69-102.

Martínez López-Muñiz, J. L. (2000): «Servicio público, servicio universal y "obligación de servicio público" en la perspectiva del Derecho Comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, ISSN 1130-376X, núm. 39, 2000, págs. 25-52.

Mestre Delgado, J. F. (2009): «Abastecimiento de agua a poblaciones», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo vii, Servicios Públicos, Iustel, Madrid, pp. 361-383.

Porta Pego, B. (2020): «La lucha contra la pobreza energética: ¿un Estado social sin Administración?», en *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*, coord. por Darnaculleta i Gardella, M. M.; Esteve Pardo, J. y Ibler, M., Marcial Pons, Madrid, pp. 191-207.

Rodríguez Florido, I. (2023): *Los servicios urbanos del agua y su organización administrativa: el debate sobre una autoridad reguladora*, Aranzadi, Cizur Menor.

Rodríguez Paraja, M. Á. (2024): «La imposición de obligaciones de servicio público ante la vulnerabilidad energética», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 47, pp. 95-114.

Tarlea Jiménez, R. (2021): «El suministro de energía eléctrica», en Jover Gómez-Ferrer, J. M.; Tarlea Jiménez, R.; y Gil-Casares Cervera, C., *Regulación del sistema eléctrico*, Aranzadi Thomson-Reuters, Navarra, pp. 399-455.

Utrilla Fernández-Bermejo, D. (2023): «Situaciones subjetivas y relación jurídicas», en *Manual de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons, Madrid, pp. 175-199.

LOS SERVICIOS BANCARIOS ANTE LA VULNERABILIDAD: CUENTAS DE PAGO BÁSICAS Y OTRAS MEDIDAS DE INCLUSIÓN FINANCIERA

María Amparo Salvador Armendáriz
Catedrática de Derecho administrativo
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SERVICIOS BANCARIOS Y ESTADO SOCIAL. III. ¿CÓMO SE MANIFIESTA LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO Y FINANCIERO? 1. Punto de partida. 2. Estabilidad y confianza en el sector bancario. 3. Accesibilidad al sistema de pagos en un contexto de desmaterialización del dinero. 3.1. Bancarización y sistema de pagos. 3.2. El acceso a una cuenta de pago básica en el derecho europeo como parte de la política europea de protección de los consumidores. 4. Inclusión en un sistema bancario digitalizado: problemas y oportunidades. 5. Asequibilidad. IV. MARCO JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO. 1. Breve mención a la garantía de los depósitos como pieza clave del sistema ¿también una medida para evitar la vulnerabilidad? 2. El régimen aplicable a las cuentas de pago básicas. 2.1. Ámbito subjetivo: beneficiarios, beneficiarios cualificados, obligados y Administración responsable 2.1.1. El beneficiario o cliente potencial. 2.1.2. Cliente potencial cualificadamente vulnerable. 2.1.3. El sujeto obligado. 2.1.4. La Administración responsable. 2.2. Objeto: las cuentas de pago básicas. 2.2.1. La cuenta de pago básica como cuenta de depósito. 2.2.2. Reglas imperativas para el contrato de cuenta de pago básica. 3. La inclusión financiera: de las soluciones «autorreguladas» para garantizar el acceso a servicios bancarios presenciales al principio legal de prestación personalizada de Ley para la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero. 4. Medidas para asegurar la asequibilidad: la prohibición de comisiones para personas vulnerables por la retirada de efectivo. 4.1. El uso de efectivo y su régimen jurídico: ¿derecho fundamental? 4.2. La garantía de uso de efectivo a colectivos vulnerables. V. COMPLEJA CALIFICACIÓN Y GARANTÍA DE SU TUTELA JURÍDICA.

1. Obligación de dar servicios a terceros: ¿derecho privado o derecho público? 2. ¿Cuál es la vía para garantizar la tutela de los derechos implicados? 3. En particular, el régimen de control en caso de denegación de apertura de cuenta de pago básica. VI. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En un inicio, la consecución del Estado social se ha venido asociando a ciertos sectores, en particular a los de carácter estrictamente prestacional —salud, educación o servicios asistenciales—, así como a actividades de servicios que en su día quedaron bajo la órbita del concepto estricto de servicio público y que, tras el profundo proceso de europeización y liberalización, han pasado a considerarse según la terminología europea *servicios económicos de interés general*[1] (energía, comunicaciones, transportes, servicios postales…). Hasta hace relativamente poco tiempo no se había considerado la inclusión del caso de los servicios bancarios —y en general, de los servicios financieros— dentro de las estructuras regulatorias típicas del Estado social[2].

En este sentido, por primera vez, la Directiva 2014/92/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas (en adelante, Directiva 2014/92/UE), ha incorporado esta perspectiva, en concreto desde el momento en que considera que la vida social de cualquier individuo, como hoy la conocemos, no es posible si no se tiene acceso a disponer de, al menos, una cuenta de pago[3].

---

[1] Artículos. 14 y 106.2 TFUE.

[2] Ver en este sentido las reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de la regulación bancaria en el marco de las reformas que supuso la LDIEC y sus antecedentes. Entre estas destacan las de Martín-Retortillo, S. «Sistema bancario y crediticio», *Derecho Administrativo económico,* vol. II, Madrid, ed. La Ley, 1991, pp. 39-277. Michavila Núñez, J. M., «Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, 1987, pp. 254 y ss., así como Fernández Rodríguez. T. R. «Estudio preliminar. El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», en Fernández Rodríguez. T. R. (dir.) *Cometarios a la Ley de Disciplina e Intervención en las entidades de crédito,* 2.ª ed., Madrid, ed. CECA, 1991.

[3] En su considerando (3), la norma europea hace expresa mención a la vulnerabilidad vinculada al acceso a los servicios de pago:

«El funcionamiento correcto del mercado interior y el desarrollo de una economía moderna e integradora desde el punto de vista social depende cada vez más de *la prestación universal de servicios de pago*. Toda nueva legislación en este ámbito deberá formar parte de una estrategia económica inteligente de la Unión que tenga efectivamente en cuenta las *necesidades de los consumidores más vulnerables*» (la cursiva es mía).

En esta fecha, dio comienzo una interesante reflexión doctrinal en la que se quiere enmarcar este trabajo[4]. Tras unos primeros pasos de carácter introductorio, el análisis se ha centrado en cómo la regulación del sistema bancario comienza a abordar el fenómeno de la vulnerabilidad. A resultas de los graves problemas sociales y económicos que produjo la crisis financiera (entre otros, los desahucios, el sobreendeudamiento y el empobrecimiento subsiguiente), la consecución de los objetivos del Estado social obliga a observar la regulación financiera también desde esta óptica. Teniendo en cuenta que, para nuestro marco constitucional, todo el conjunto del ordenamiento jurídico y la acción de los poderes públicos están llamados a garantizar que la libertad y la igualdad […] sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), también la actividad financiero-bancaria va a quedar interpelada[5]. Los problemas llegan a la hora de identificar de qué instrumentos jurídicos dispone nuestro ordenamiento para lograr ese objetivo de protección de la vulnerabilidad en el ámbito bancario[6].

En línea con el objeto principal de estudio de esta obra colectiva, uno de los instrumentos elegidos por el regulador ha sido el de establecer obligaciones que recaen sobre ciertos sujetos privados (en nuestro caso, las entidades de crédito) de modo tal que sean éstos los que pongan a disposición de ciertos clientes determinados servicios y que, en algunos casos, lo hagan bajo limitaciones en los precios cobrados por prestar dicho servicio y, en algún caso, debiendo prestarlos incluso en condiciones de gratuidad.

No obstante, con objeto de enmarcar esta cuestión y en la medida en que el foco del análisis se centra en la protección de las situaciones de *vulnerabilidad*, como manifestación de la posición que adopta el

---

[4] Entre otros, Ponce Solé, J. «Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92 UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas» en Baño León, J. M. (coord.), *Memorial para para reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado,* vol. II, Madrid, 2016, pp. 2381-240. Destaca el trabajo de Esteban Ríos, Javier, «Las cuentas de pago básicas ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 39. 2020, pp. 159-190. También, Tapia Hermida, A. J., «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su trasposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 19/2017», *La Ley Unión Europea,* núm. 56, 2018.

[5] Este argumento ha sido también utilizado por el Defensor del Pueblo, en su informe *Retos de la inclusión financiera. Servicios bancarios y personas vulnerables*, Madrid, publicado en abril de 2024, como justificación de su propia tarea a la hora de elaborar dicho informe y de las propuestas que en él se contienen. Ver pp. 5-6. Sobre el particular, ver también alguno de los últimos trabajos de F. Zunzunegui que, entre otros, ha inspirado el informe del Defensor del Pueblo. En concreto, «Exclusión financiera: actuaciones y propuestas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 169, 2023, pp. 103-154.

[6] En este sentido, nuevamente, Esteban Ríos, Javier, «La actividad bancaria como Servicio de Interés Económico General», *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 3, Cizur Menor (Navarra), ed. Aranzadi, 2022, pp. 209-228.

Estado social, también es posible identificar en el ámbito de las actividades bancarias otros supuestos para los que la regulación busca, como finalidad principal o secundaria, la de corregir o prevenir situaciones de vulnerabilidad, como se verá más adelante.

II. SERVICIOS BANCARIOS Y ESTADO SOCIAL

En el caso concreto de las entidades de crédito, su actividad se caracteriza *específicamente* porque pueden recibir depósitos del público, depósitos que pueden a su vez destinar a facilitar crédito a terceros, en sus distintas formas[7]. En este sentido, la actividad financiera principal que desarrolla la banca consiste en guardar los fondos de los depositantes y en ofrecer préstamos o créditos a sus clientes. Obsérvese la diferente terminología que deliberadamente he querido usar: depositantes y clientes. Ciertamente, los depositantes son también clientes de las entidades bancarias. Sin embargo, para éstas el depositante constituye, desde un punto de vista contable, parte de su «pasivo», respecto del cual el banco o entidad de crédito mantiene un deber general de reembolso a la vista, en el momento que se le requiera. Los depositantes son por tanto financiadores, en principio, *involuntarios* de la actividad crediticia de los bancos.

Este papel de «depositario» que los bancos llevan a cabo tiene, a mi juicio, no pocas implicaciones desde la perspectiva del Estado social. El sistema de mercado ha permitido que la actividad desarrollada por los bancos alcance un funcionamiento razonablemente eficaz desde la perspectiva de su acceso, sin que haya sido necesaria la declaración formal de los servicios bancarios como un *servicio público*[8]. Con carácter general, la solvencia y seguridad en la guarda de sus haberes que la actividad bancaria viene facilitando a los depositantes ha permitido el desarrollo de la economía actual, donde la presencia de las entidades de crédito —de los bancos, usando una expresión más coloquial— se configura como una función imprescindible para el correcto desarrollo de la vida económica y social, tal y como la conocemos. Han sido las crisis, recurrentes a lo largo de la historia financiera, las han requerido la atención de los reguladores, habiéndose convertido en hitos de los

---

[7] A propósito del concepto de «entidad de crédito» y de su evolución en el ordenamiento jurídico español, me remito a mi trabajo «Del concepto de entidad de crédito en el derecho español: evolución y perspectivas», en Muñoz Machado, S. y Vega Serrano, J. M. (dirs.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 285-338.

A pesar de la expresión, lo *específico* de las *entidades de crédito* es que solo ellas pueden recibir depósitos del público. Ninguna otra modalidad de entidad financiera puede «financiarse» a través de este instrumento.

[8] Martín-Retortillo alude a la categoría de los servicios virtuales impropios, en «Sistema bancario y crediticio», en Martín-Retortillo, S. (coord.), *Derecho Administrativo económico* (vol. ii), Madrid, ed. La Ley, 1991, pp. 39-278, en concreto en pp. 158-161.

sucesivos cambios normativos[9]. El elemento común de todas las crisis financieras es siempre la ruptura de la confianza en la que el sistema se sostiene. Lo que cambian son las causas que llevan a esa ruptura de la confianza, causas cuya identificación determina el contenido de las respuestas normativas, en la búsqueda de una mayor solvencia y robustez del sistema bancario. De ahí que la finalidad de garantizar la estabilidad del sistema en ningún momento pueda ser obviada en favor de otros objetivos como podría ser el acceso en condiciones no prudenciales al crédito.

Hoy resulta (casi) imposible imaginar una persona que actúe completamente al margen del sistema bancario. Así es al menos en nuestra sociedad occidental. Tal vez en algún lugar remoto del globo y/o en un futuro lejano, otro mundo sea posible, pero no en el nuestro, no ahora[10]. Es más, la operativa económica fuera de los márgenes de la intermediación bancaria es objeto de desconfianza y, en no pocas situaciones, de presunción de actividad delictiva, por ser dinero negro —que no paga impuestos— o peor aún, dinero sucio, esto es, proveniente de la comisión de actividades delictivas distintas del mero delito fiscal[11].

Junto con la función de *depositario* y estrechamente asociada a ella, de entre todos los servicios que prestan los bancos —nuevamente, uso esta expresión en sentido amplio— destaca por encima de todo el servicio que prestan en la intermediación de las operaciones de pago. La desmaterialización del dinero, su conversión en anotaciones en cuenta (dinero bancario), unida al retroceso en el uso del dinero en efectivo, ha dado como resultado la generalizada bancarización de cualquier tipo de relación que implique el pago de cantidad. Ya sea por transferencia bancaria, ya sea por otros sistemas más modernos, como el sistema de Bizum con el que trabaja la banca española, o cualquier otro innovador sistema de pagos digitales, lo cierto es que poco a poco desaparece el uso de *efectivo*. Este fenómeno, fuertemente vinculado al desarrollo del comercio electrónico, se relaciona también con la existencia de

---

[9] Como bien analiza la obra clásica de Kindleberger, C. P., *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras,* (traducción de B. Ribera de Madariaga), Barcelona, ed. Ariel, 1991.

[10] Al respecto puede consultarse el informe de Demirgüç-Kunt, A.; Klapper, L., Singer, D. y Ansa, S.; *The Global Findex Database 2021. Financial Inclusion, Digital Payments, and Resilience in the Age of COVID-19,* Washington, World Bank Publications, 2022. Dicho informe permite apreciar la estrecha correlación existente entre el desarrollo económico y el porcentaje de personas que disponen de cuenta bancaria en las diferentes economías del mundo.

[11] Resulta destacable el caso de la India. El 8 de noviembre de 2016, el Gobierno de la India intentó desmonetizar su economía, retirando de circulación los billetes de 500 y 1000 rupias. Se pretendía con ello identificar el tamaño de la economía formal y reducir la economía paralela, buscando controlar los flujos de dinero negro así como la corrupción. Sobre este acontecimiento puede verse Lahiri, A., «The Great Indian Demonetization», *The Journal of Economic Perspectives* 34, núm. 1, 2020, pp. 55-74. *(https://www.jstor.org/stable/26873529)*.

normas que limitan la cuantía de pagos en *cash*[12]. Lo que, de nuevo, refuerza la mencionada bancarización. Si se quiere cobrar la nómina, recibir un subsidio o pagar los impuestos se *necesita* contar con una cuenta bancaria. Fuera del sistema bancario difícilmente se puede ser un ciudadano completo ni ejercer plenamente derechos y obligaciones. En consecuencia, la eventual exclusión financiera lleva indudablemente a que se resienta también la consecución de los objetivos constitucionales propios del Estado social.

Este planteamiento, que vincula la garantía al acceso a ciertos servicios bancarios con el Estado social, es susceptible de extenderse a otros ámbitos de la actividad financiera. Así por ejemplo, es susceptible de trasladarse a determinadas manifestaciones del mundo del seguro. En particular, es posible analizar desde esta perspectiva, por ejemplo, el caso de los seguros obligatorios, como los que se exigen en materia de conducción de vehículos a motor o los que se requieren para cubrir la responsabilidad civil de ciertas profesiones. En la medida en que interpretemos que para hacer reales y efectivas ciertas libertades —por ejemplo, desplazarse con un vehículo que tiene necesariamente que disponer de un seguro a terceros o ejercer una profesión—, cuando el mercado no alcance a ofrecer estos servicios, el Estado «social» se encontrará con la necesidad de arbitrar soluciones para garantizar el acceso a dichas prestaciones. En este sentido, reguladores y poderes públicos tienen ante sí distintas opciones de actuación, opciones que van desde la prestación directa de los servicios por parte de alguna Administración pública o ente instrumental[13] hasta la imposición de obligaciones a las empresas del sector para que sean estas las que presten dichos servicios.

---

[12] El fundamento de estas limitaciones está vinculado a las políticas para evitar el fraude fiscal.

En concreto el art. 18.º de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, por el que modifica el núm. 1 del ap. uno, del art. 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, ha establecido que:

«*No podrán pagarse en efectivo las operaciones*, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a *1000 euros* o su contravalor en moneda extranjera.

No obstante, el citado importe será de 10 000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional».

[13] Un ejemplo sería la contratación de seguros de moto para jóvenes conductores o la cobertura del riesgo político y extraordinario en los seguros de crédito a la exportación que ofrece CESCE, empresa pública en el sector asegurador. Ver mi Salvador Armendáriz, M. A., *La cobertura pública en el Seguro de Crédito a la exportación en España: cuestiones jurídico-públicas,* Madrid, ed. Fundación Mapfre, 2009.

Así, la regulación de este tipo de servicios financieros, para los que el mercado carece de respuesta suficiente y necesaria, busca garantizar su acceso universal, haciendo posible la satisfacción de un Estado social, en el sentido que se deduce del art. 9.2 CE[14].

Pues bien, retomando el caso de los servicios bancarios y, en concreto, el de los servicios de pago, hasta fechas recientes el mercado ha podido dar respuesta razonablemente suficiente a las necesidades de servicios y lo ha hecho a través de un modelo regulatorio que, sobre la base del reconocimiento de la libertad de empresa, se caracteriza, no obstante, por su especial intensidad[15]. Según este modelo, y en su complejo diseño actual, el ejercicio de la actividad bancaria queda reservada a un determinado tipo de operadores, las entidades de crédito que, debidamente autorizadas por el regulador competente, desarrollan su actividad económica sometidas un denso y complejo entramado jurídico[16]. Este marco normativo cumple la finalidad principal de proteger a los depositantes, de garantizar la solvencia de las entidades y la estabilidad del conjunto del sistema y se construye, a pesar de su densidad regulatoria, como ya se ha dicho, sobre el presupuesto de la libertad de empresa, el reconocimiento del derecho de propiedad y la libertad de contratación.

Sin embargo, estos fines principales del marco regulatorio del sector bancario no incluían el de garantizar la accesibilidad y disponibilidad de sus servicios a los ciudadanos. En principio, porque no se percibía como necesario. Sin embargo, a partir de 2014, el Derecho europeo propone un nuevo planteamiento y formula un nuevo derecho: el derecho

---

[14] Este es el argumento en que encuentra su fundamento el Informe del Defensor del Pueblo sobre *Retos de la inclusión financiera. Servicios bancarios y personas vulnerables*, citado.

[15] Para García-Andrade Gómez esta especial intensidad tiene su justificación en el hecho de estar ante una actividad de riesgo, en «Fundamento y características de la regulación bancaria», en Muñoz Machado, S., y Vega Serrano, J. M. (dirs) *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 15-141. Salvador Armendáriz, M. A, «El Estado garante y la función administrativa de supervisión en el sector bancario», en Parejo Alfonso, L. (Dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia*, Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2017, pp. 227-267. También, Ponce Solé, J. «Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas» en Baño León, J. M. (coord.) *Memorial para reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol., ii, Madird, 2016, pp. 2381-2403 y Esteban Ríos, J. «La actividad bancaria como servicio de interés económico general. De la regulación a la prestación obligatoria de servicios», *Revista de Derecho del Sistema Financiero. Mercados, operadores y contratos*, núm. 3, 2022.

[16] El modelo vigente de regulación bancaria, su supervisión y control, está hoy gobernado por el de Derecho europeo y por el Mecanismo Único de Supervisión, en sede del BCE. Ver Lara Ortiz, M. L., *La supervisión bancaria europea. Régimen jurídico*, Madrid, ed, INAP, 2018 y Esteban Ríos, J., *El Mecanismo Único de Supervisión. Oportunidad, configuración y problemas planteados*, Madrid, ed. *BOE*, 2021.

a acceder a una cuenta de pago básico, que pasa así a formar parte del conjunto de servicios que al Estado corresponde garantizar.

Desde el punto de vista del Derecho interno, en mi opinión, el fundamento de este régimen reside en la cláusula del Estado social que se manifiesta a través de la imposición legal de obligaciones y límites al ejercicio de la libertad de empresa.

III. ¿CÓMO SE MANIFIESTA LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO Y FINANCIERO?

1. Punto de partida

La perspectiva, según la cual el Estado se arroga una especial posición frente a las circunstancias que ponen a sus ciudadanos en situaciones de vulnerabilidad, garantizándoles ciertas formas de protección y cuidados, no es nueva. Quizá sí es más novedosa la generalización de la expresión «vulnerabilidad» o «vulnerable», como una suerte de nuevo título de intervención. Lo cierto es que la propia configuración del Estado social y la posición que en él tiene el principio de igualdad y su efectividad se asientan precisamente en el compromiso constitucional de garantizar a todos sus ciudadanos un *soporte mínimo vital* que les permita una vida digna. De ahí que sean muchas las manifestaciones que a lo largo del tiempo ha ido adoptando dicho objetivo: desde las prestaciones básicas en sanidad y educación, al sistema tributario que garantiza su financiación, pasando por el otorgamiento de todo tipo de subvenciones y prestaciones económicas. La garantía y sostenibilidad del sistema se completa, ni más ni menos, con la colaboración esencial del propio sistema económico, en la medida en que una parte relevante de los recursos que genera se dedican, a través de la cuota empresarial que los empresarios aportan con ocasión de la contratación laboral, al sostenimiento del Estado social. Este último instrumento constituye *la gran «prestación patrimonial no contributiva»*, importantísima en la determinación de la estructura del sistema socio-económico, junto con los impuestos. Se completa además con la necesaria colaboración de las empresas en las funciones recaudatorias y gestoras, tanto para el cumplimento de las obligaciones tributarias como para las aportaciones a la Seguridad Social.

En este mismo sentido, el desarrollo que ha venido teniendo el derecho de los consumidores y usuarios, imponiendo a una de las partes —al empresario o comerciante— obligaciones y cargas que implican el otorgamiento al consumidor de ciertos derechos frente a este (como el derecho de devolución, entre otros), implican una aproximación del legislador desde la asimetría o, si se prefiere, desde la vulnerabilidad de una de las partes del contrato a la que se busca proteger. Esta aproxima-

ción *consumerista* tiene también un desarrollo normativo específico en el ámbito financiero, que opera como *lex specialis* respecto del derecho general de consumidores y usuarios y que es objeto de un complejo desarrollo, normativo y jurisprudencial.

Lo que sí resulta novedoso en los últimos años, también en el ámbito financiero, es el uso recurrente por parte del legislador de un lenguaje específico que toma como referencia la expresión «vulnerable», «persona vulnerable» o «personas en situación de vulnerabilidad». En ocasiones se utilizan otras expresiones como «personas en riesgo de exclusión». En otros momentos se expresa desde una aproximación positiva y se habla de «inclusión social», como así ocurre específicamente en el ámbito de la acción social. El fenómeno de la «protección social de las personas vulnerables» se presenta por tanto, a modo de manifestación actualizada y adaptada al Estado social, para hacer frente a las nuevas vulnerabilidades del s. XXI (vivienda, pobreza energética, acción social, inclusión financiera o inmigración).

Desde la perspectiva sectorial, fijando la atención en el ámbito regulatorio de la actividad bancaria y considerando las particularidades de esta actividad económica, el ordenamiento jurídico ha centrado sus objetivos en cuanto a la *protección de las personas vulnerables* primeramente en la garantía del buen funcionamiento de las entidades de depósito (garantía de su función de custodia de recursos ajenos y, por consiguiente, de la solvencia y salud financiera de cada entidad) y, en segundo lugar, en la estabilidad del sistema en su conjunto, requisito imprescindible para garantizar lo anterior. En la medida en que el dinero se ha «desmaterializado» como resultado de la profunda bancarización y del uso de sistemas de pagos virtuales, el acceso a una cuenta de pago se convierte en un elemento que permite la inclusión social que el sistema exige. Es en ese momento, y no antes, cuando a la función de protección de los fondos depositados se va a unir la de garantizar la inclusión, ahora calificada, financiera, como se verá más adelante, en el contexto de las nuevas formas de protección frente a la vulnerabilidad.

2. Estabilidad y confianza en el sector bancario

Existen precedentes con siglos de historia de los problemas que traen consigo las «bancarrotas»[17]. La necesidad de controlar o al menos

[17] En más de una ocasión he tenido la oportunidad de traer a colación el interesante precedente del que da cuenta la Pragmática de 1602. En dicha decisión se contiene una suerte de «*protoautorización* bancaria». Su exigencia se justificó en aquel momento, precisamente, en los perjuicios que habrían ocasionado las quiebras de ciertas *casas de cambio,* en varias ciudades del Reino (Sevilla, Granada, Toledo…). La tarea de custodia de fondos ajenos ya formaba parte de las tareas que estas *casas de cambio* (precedente de los futuros *bancos*) llevaban a cabo y

minimizar el riesgo de pérdida de los fondos y haberes custodiados por los *bancos* y fomentar la confianza y seguridad que estos ofrecen, es uno de los motivos que ha dado lugar al nacimiento del conjunto de herramientas jurídicas que caracterizan al derecho bancario[18]. Este sería el caso, entre otros tantos instrumentos, por ejemplo, de la consolidación de las funciones de «prestamista en última instancia» o de «ser banco de bancos», propios de los llamados bancos centrales. No solo se trata de facilitar a los mercados la liquidez que el sistema necesita; también se pretende evitar pánicos y colapsos bancarios, enemigos principales del funcionamiento del sistema bancario en su conjunto[19].

Junto a estas «herramientas regulatorias», se han desarrollado otras muchas, completando un marco normativo de enorme densidad y complejidad, acentuada en particular en la última década. La licencia de apertura, la imposición de requisitos de carácter personal (la necesidad de acreditar honorabilidad comercial y profesional, así como conocimiento experto, a las personas y profesionales que ejerzan funciones clave en el sector) o de exigencias de carácter patrimonial (desde la dotación de un capital mínimo al diseño de ratios de capital propio, calculados en función del riesgo crediticio asumido por la entidad) y organizativas, todos ellos, y otros muchos, requisitos expresados aquí de forma muy simple, son elementos configuradores del derecho bancario, en su manifestación jurídico-pública.

La finalidad última de este conjunto de instrumentos es la estabilidad de la entidad concreta y del sistema en su conjunto. En primera instancia se pretende la protección del elemento más *vulnerable* del sistema: la del depositante, financiador involuntario en la arquitectura contable de la intermediación bancaria, por mor del contrato de depósito irregular. La protección de la estabilidad del conjunto del sistema, constituye una derivada segunda, que refuerza no obstante la primera

---

las bancarrotas de estos prestamistas habrían generado no poca inquietud. Ver la Pragmática dada, en septiembre de 1602, siendo Rey de España, Felipe II, y promulgada en Valladolid «*que fe ha de guardar, para poner Cambios, y Bancos publicos, afsi en efta Corte, como en las de las demas partes deftos Reynos: y fe mandan guardar las proveydas, para el caftigo de los que quebraren, o fe alçaren.* Puede accederse al texto originario de 1602, en documento digitalizado a través del Repositorio Institucional de la Universidad de Granada, en *http://digibug.ugr.es/handle/10481/12664*. Con posterioridad, la *Novísima Recopilación. Recopilación de las Leyes de España,* de 1805, recogía también esta pragmática, que aparecía con el número V, del título III, del Libro IX, del Tomo IV, junto con otras disposiciones de tiempos muy diversos en un título rubricado como *De los cambios y bancos públicos.* Sobre el particular, puede verse Álvarez-Valdés y Valdés, M. «Síntesis histórica de la normativa jurídica española sobre la banca privada», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 57, 1995, pp. 73-102.

[18] Este sería uno de los motivos, aunque no el único. Destaca además el ejercicio de la política monetaria, como manifestación de la soberanía y herramienta de la política económica, junto con la política fiscal.

[19] Ver, *in toto,* Kindleberger, C. P., *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras,* (traducción de B. Ribera de Madariaga), Barcelona, ed. Ariel, 1991, ya citado.

finalidad, debido a la interconexión y funcionamiento sistémico en el que operan el conjunto de entidades del sistema bancario y financiero[20].

Por lo que se refiere al marco jurídico privado de la actividad que realizan, el derecho privado se ha manifestado principalmente mediante el reforzamiento del derecho imperativo en los contratos bancarios (de apertura de cuenta, contratos de crédito al consumo[21], de crédito hipotecario[22], etc..) y se ha centrado allí donde con más claridad muestra *asimetría* entre las partes, obligando a las entidades de crédito a adoptar posiciones tuitivas respecto de la parte del contrato que se estima más *vulnerable* (cuentacorrentista, prestatario, deudor hipotecario…). Se ha buscado así evitar situaciones de abuso o de sobreendeudamiento de los deudores que generen o profundicen las situaciones de desamparo y vulnerabilidad económica de los deudores, al tiempo que se eviten crisis de morosidad y el consiguiente riesgo de pérdida de confianza en la solvencia de las entidades y posterior crack.

3. Accesibilidad al sistema de pagos en un contexto de desmaterialización del dinero

Como se ha apuntado, los bancos, además de la función de depositarios del dinero ajeno y financiadores-prestamistas, desempeñan un papel imprescindible en la economía, al ejercer la tarea de intermediación en el sistema de pagos. Esta función de los bancos, históricamente vinculada a su origen como *casas de cambios*, se presenta en la economía actual fuertemente reforzada, en la medida en que el concepto de dinero ha ido mutando desde su origen[23], pasando por la moneda metálica, posteriormente por el papel moneda y llegando hoy al dinero bancario, representado en un mero apunte contable.

3.1. *Bancarización y sistema de pagos*

La necesidad de garantizar el acceso al sistema de pagos y su buen y eficaz funcionamiento no es nueva. Un ejemplo de ello lo constituye el servicio de giro postal[24], vinculado a los servicios postales, que

---

[20] El rasgo relativo a *funcionamiento sistémico* de sistema financiero, se subraya en Darnaculleta i Gardella, M. M. y Salvador Armendáriz, M. A., «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública,* 2010 núm. 183, pp. 139-177.

[21] Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

[22] Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

[23] A lo largo de la historia y en distintas civilizaciones, sirvieron como dinero bienes como la sal, las semillas, los granos de pimienta o las conchas de ciertos moluscos, entre otras.

[24] Sobre el régimen jurídico del giro postal, ver Guerrero Lebrón, M. J. «El giro postal», en Petit Lavall, M. V., (dir.) Régimen jurídico del sector postal, comentario a la Ley 43/2010,

sigue existiendo, y cuya prestación en España corresponde llevar a cabo a *Correos*[25], como prestador del servicio postal universal[26]. En su momento, la aparición de este servicio, que permitía realizar transferencias de dinero y pagos nacionales e internacionales, pudo suponer un impulso al desarrollo económico y comercial. Aunque el desarrollo de la actividad bancaria y de las transferencias bancarias ha restado relevancia al uso de esta herramienta, la garantía de su prestación sigue existiendo, siendo calificada como *servicio financiero de interés general* en la normativa específica de los servicios postales[27]. Este tipo de servicio de pago, que sin embargo la normativa de pagos vigente deja fuera de su perímetro regulatorio[28], permitió a largo de, al menos, el último siglo facilitar una vía de pagos a distancia, sin necesidad de contar con cuenta bancaria, en la medida en que se facilitaba la realización de giros en efectivo. Sin embargo, su funcionalidad y alcance es hoy limitada en el contexto de una economía digitalizada y resulta, a todas luces, insuficiente para garantizar la inclusión financiera en lo que respecta al servicio de pagos.

---

de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, Valencia, ed. Tirant Lo Blanc, 2011, pp. 487-507.

El giro postal, como lo conocemos, funciona en España desde el 1 de agosto de 1911. Aunque existieron algunos precedentes en el siglo XIX, como el «giro recíproco», previsto en la Orden de la Regencia del Reino de 12 de julio de 1841 o el «giro mutuo» recogido en la Real Orden de 1 de abril de 1856. En 1906, España se había adherido al Acuerdo de Roma, sobre el giro postal internacional.

[25] Hoy, nombre comercial de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., S.M.E. Conviene, no obstante, no confundir este servicio con el que Correos presta, mediante el convenio que mantiene con ciertas entidades de crédito, para facilitar el acceso al efectivo.

[26] Así se recoge en la Disposición final tercera, relativa a los servicios adicionales o complementarios a los servicios postales, de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

El párrafo tercero de la citada disposición prevé que «este servicio tiene la consideración de *servicio financiero de interés económico general* que deberá prestarse, directamente o a través de terceros, por el operador designado por el Estado para prestar el servicio postal universal, de conformidad en todo lo que resulte aplicable, con la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago y su normativa de desarrollo». En la actualidad, la norma aplicable es el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

[27] El número 44 del *BOE*, 21 febrero 2023 publicó el «Instrumento de aprobación de las Actas aprobadas en el XXVI Congreso de la Unión Postal Universal (UPU), hechas en Estambul el 6 de octubre de 2016», entre las que se incluye el «Acuerdo relativo a los Servicios Postales de Pago», que ha quedado así incorporado al derecho interno. En él se concreta el alcance y contenido de los servicios postales pago. Recientemente, el Defensor del Pueblo, en su informe citado aquí, ahondaba en esta vía como sugerencia para mejorar en la inclusión financiera, ver, *Retos de la inclusión financiera... cit.* p.131.

[28] El art. 4.g.7.º del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, menciona expresamente como servicios de pago excluidos de la aplicación de la norma, los «giros postales en papel, según la definición de la Unión Postal Universal».

En el caso de España, el desarrollo de la banca y la profunda bancarización de nuestra economía, favorecida entre otras causas por la fuerte presencia de las Cajas de Ahorro y su extensa red de sucursales en el último tercio del s. XX y primera década del XXI, ha dado como resultado que los pagos entre nosotros tengan lugar, con carácter general, a través de la operativa bancaria[29]. De esta manera, el cobro de las nóminas, el pago de los impuestos, de las sanciones, la recepción de ayudas públicas y subvenciones, el abono de los servicios básicos, en su mayoría domiciliados (luz, agua, teléfono…), permite afirmar que la existencia y presencia social y económica de cualquier ciudadano pasa por ser cliente de una entidad bancaria. Es más, en no pocas ocasiones el ciudadano no puede elegir entre disponer o no de una cuenta bancaria, en particular cuando se requiere para el cumplimiento de sus obligaciones con las Administraciones públicas (impuestos o sanciones).

Este efecto —que implica por otra parte una mejora considerable en términos de eficiencia económica— ha sido posible por la digitalización del sistema bancario, un proceso que comenzó desde el momento en que los avances tecnológicos recientes se incorporaron a la operativa bancaria.

Aunque en los últimos años las innovaciones en relación con los sistemas de pagos de las nuevas herramientas *fintech* que están surgiendo están siendo muy relevantes[30], la intermediación en los pagos que facilita el sistema bancario sigue siendo todavía un elemento sistémico y estructural en el desarrollo de la actividad económica global. Por ello, en mi opinión, estamos sin duda ante un «servicio esencial» (en el sentido expresado en los arts. 28.2, 37 y 128.2CE), en expresión constitucional, cuya prestación continuada y en condiciones de accesibilidad es imprescindible para el desenvolvimiento de la vida social como la conocemos[31]. Ciertamente, y hasta la transposición de la Di-

---

[29] Se aprecian interesantes diferencias entre países cuando se analizan las distintas prácticas de pagos. En nuestro caso el uso del cheque bancario con forma de pago tiene un uso limitado, comparado por ejemplo, con nuestra vecina Francia.

Sobre el particular, véase Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas (COM/2023/249 final).

[30] Me remito a mi trabajo sobre «El sistema de pagos dentro de la economía digital», en Valpuesta Gastaminza, E. y Hernández Peña, J. C. (coords.), *Tratado de Derecho digital,* Madrid, ed. La Ley.Wolters-Kluwer, 2021, pp. 571-583.

La innovación tecnológica ha llegado con fuerza al ámbito de los servicios de pagos, lo que ha hecho surgir empresas cuya actividad consiste específicamente en ofrecer este tipo de servicios (proveedores de servicios de pago) distintas de las entidades de crédito y ajenas a la actividad de recepción de depósitos. Esta nueva realidad es la que ya contempla nuestro ordenamiento y, sin duda, está ya generando cambios importantes que, en mi opinión, afectarán en un futuro próximo al régimen de las cuentas de pago básicas.

[31] En el sentido apuntado por Martínez López-Muñiz, J. L., «La *publicatio* de recursos y servicios», en Cosculluela Montaner, L., *Estudios de Derecho Público Económico: libro*

rectiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas, la legislación sectorial española no había abordado su regulación desde esta perspectiva, en la medida en que la prestación del servicio de pagos había venido teniendo lugar sin necesidad de una regulación expresa que garantizase un eventual derecho de acceso. Ha sido el Real Decreto Ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuenta de pago y comparabilidad de comisiones, *in extremis,* el encargado de transponer la Directiva a nuestro ordenamiento.

Hasta ese momento, la regulación del acceso a la cuenta de depósitos o cuenta corriente solo se había abordado desde una perspectiva negativa o limitadora, como la que se deriva de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En este contexto, las entidades de crédito, entre otros sujetos obligados, quedan sometidas a deberes de colaboración con las autoridades encargadas del control del blanqueo de capitales. Se trata de deberes que se concretan en obligaciones de hacer, esto es, de desarrollar una actividad positiva de investigación y control en relación con sus potenciales clientes —comenzando por la obligación de conocerlos e identificarlos *(know your client)*— e imponiendo, a continuación, el deber de comunicar las operaciones que estimen sospechosas[32]. Aunque en este caso no se trata de prestaciones de carácter tuitivo, como las que se analizan en esta obra, el régimen jurídico de control y prevención del banqueo de capitales comparte ciertos elementos con el análisis que aquí se hace. Coincide, en particular, con el elemento de *externalización* al imponerse a ciertos sujetos privados una obligación vinculada, en este caso, ni más ni menos que con la función de seguridad pública y de prevención del delito. En el marco de la normativa de blanqueo, los sujetos obligados, singularmente los bancos, deben desarrollar una tarea que materialmente configura una suerte de investigación o tarea «policial», cuyo beneficiario no es otro que el propio Estado responsable[33].

---

homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 2003, pp. 687-718.

[32] Sobre esta cuestión puede consultarse la tesis defendida por Moreno Chu, S. *El Blanqueo de capitales y el deber de colaboración de las entidades de crédito en su prevención,* Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2012 (*pro manuscrito*).

[33] Sobre el particular, Esteve Pardo, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis,* Madrid, ed. Marcial Pons, 2013.

3.2. *El acceso a una cuenta de pago básica en el derecho europeo como parte de la política europea de protección de los consumidores*

Retomando el argumento aquí expuesto, relativo al acceso a una cuenta bancaria de pagos como un *servicio esencial*, el Derecho europeo ha abordado la ordenación de esta cuestión desde su propia terminología y perspectiva.

Así la Directiva 2014/92/UE, citada, al referirse a los destinatarios del derecho a disponer de una cuenta básica de pago, utiliza la expresión «consumidor». Si bien la Directiva no lo dice directamente[34], se interpreta del contexto que se está refiriendo exclusivamente a «consumidores» en tanto que personas físicas[35]. Esta referencia a los consumidores —y no a los ciudadanos— es lógica en la perspectiva desde la que la UE aborda su regulación que, recordemos, incluye también disposiciones relativas al régimen sobre comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago y sobre el traslado de cuentas de pago. Esto es, estamos ante una norma europea relativa a las condiciones de acceso a la información y libertad de contratación que hacen posible un funcionamiento eficiente de los mercados, permitiendo el ejercicio de la libertad de elección de servicios por parte del usuario-cliente y, con ello, las conductas competitivas.

Ello es así a pesar de que el considerando 3.º de la Directiva 2014/92/UE hace mención a que «el funcionamiento correcto del mer-

---

[34] Cfr. arts. 15 y 16.2.

[35] En este sentido el concepto de consumidor que utiliza la Directiva 2014/92/UE, según lo ha interpretado el art. 3 del RDL 19/2017 al momento de transponer la directiva, difiere del concepto general de consumidor que se encuentra recogido en art. 3 segundo párrafo, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que fue modificado por el artículo único. Uno de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En el marco del derecho de consumo son «también consumidores a efectos de esta norma *las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica* que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

Por su parte, el art. 3 del RDL 19/2017 se refiere a «clientes» concretando los supuestos en «que residan legalmente en la Unión Europea […] sean solicitantes de asilo (y) no tengan permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho». Ver, Esteban Ríos, Javier. «Las cuentas de pago básicas ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, vol. 39. 2020, p. 167.

En este sentido, «los clientes», según expresión de la norma que estamos analizando, constituyen también un ámbito subjetivo especial respecto del que a su vez se regula en las normas de extranjería. Es decir, estamos ante un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico —acceso a un cuenta de pago básica a favor de un consumidor o cliente— con una protección más extensa que a otros vinculados a los derechos de las personas. No deja de ser paradójico.

cado interior y el desarrollo de una economía moderna e integradora desde el punto de vista social depende cada vez más de la prestación universal de servicios de pago» y que toda «nueva legislación en este ámbito deberá formar parte de una estrategia económica inteligente de la Unión que tenga efectivamente en cuenta las *necesidades de los consumidores más vulnerables*».

En los siguientes considerandos, el legislador europeo va justificando la oportunidad de dictar su norma en la necesidad de mejorar e impulsar el mercado interior en el sector bancario minorista (considerando 4.º), en el ejercicio de libre establecimiento de los proveedores de servicios de pago (considerando 5.º), en los obstáculos que supone la fragmentación de los marcos normativos nacionales para la plena realización del mercado interior en los servicios de pago (considerando 6.º), y otros muchos argumentos, cuyo fundamento principal está vinculado al desarrollo del mercado interior (considerando 1.º con expresa mención del art. 26 TFUE), aunque indirectamente esta norma beneficie a determinados y concretos *consumidores vulnerables* (tal y como se menciona en los considerandos 3.º, 46.º, 48.º y 49.º y se regula en los arts. 18.4 y 20.1 del articulado).

En definitiva, y aunque el efecto de esta norma europea va a trasladarse a la atención de situaciones de exclusión y vulnerabilidad, lo cierto es que ese no fue su fundamento primero, como se ha señalado. Sin embargo, es cierto también que al momento de aprobarse la Directiva 2014/92/UE, el fenómeno migratorio hacia los países miembros de la Unión Europea comenzaba ya a mostrar signos evidentes de tensión que, con el tiempo, no han hecho sino agravarse de forma significativa. El número de colectivos de personas vulnerables o excluidas llegadas a la Unión Europea desde que en 2015 se produjera el gran desplazamiento de refugiados sirios hasta los más recientes de refugiados ucranianos, pasando por la emigración proveniente del continente africano, ofrece un panorama de nuevos y potenciales *consumidores* de servicios bancarios. Y es a estos colectivos especialmente vulnerables a los que principalmente y en la práctica se les hace titulares de este *derecho*: el derecho a acceder a una cuenta de pago básica.

Para garantizar este *derecho,* el ordenamiento europeo ha optado por un modelo que ya conocía: el de crear una suerte de *obligación de servicio público,* cuya prestación recae sobre los operadores del sector y que tiene como finalidad satisfacer el contenido de un *servicio universal*[36]. Este modelo regulatorio, que se ha desarrollado para los llamados sectores regulados (comunicaciones electrónicas, energía, transportes, servicios postales, etc.) herederos del viejo régimen de servicio públi-

[36] Sobre esta técnica, ver Villar Rojas, F. J. «Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público», en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 11, 2001, pp. 35-54.

co, sirve ahora, *mutatis mutandis,* para dar respuesta a la necesidad de acceso a los servicios de pagos, que es posible ya considerar como un servicio *esencial* o como un *servicio de interés económico general*, según la terminología europea. La calificación de una actividad o servicio económico como *esencial o de interés general* no prejuzga su publificación, como en ocasiones se ha pretendido interpretar. En ambos casos —servicio esencial, en términos de la CE y servicio de interés económico general, en expresión del TFUE— nos encontramos ante conceptos funcionales y materiales que aluden a la satisfacción de necesidades vitales (*misiones encomendadas* en palabras del art. 106.2 TFUE) y cuya prestación, en no pocas ocasiones, es abastecida por el mercado sin más intervención que su ordenación general. Es, por ejemplo, el caso del abastecimiento alimentario.

4. Inclusión en un sistema bancario digitalizado: problemas y oportunidades

Resulta sobradamente conocido que la digitalización ha alcanzado de manera particularmente intensa al sector bancario. En un primer momento, el esfuerzo inicial se centró en la propia operativa interna y en el modo en que las instituciones financieras se relacionaban entre sí. Pero la intensa innovación que se ha producido en el sector financiero hace ya tiempo que ha saltado a los clientes de todo tipo, también minoristas, de modo que ya es posible la gestión a distancia de cualquier operación bancaria, sin necesidad de sucursal física ni atención personalizada, incluso para la apertura de cuentas, hasta hace poco último reducto de la presencialidad, pues es ya posible incluso certificar la identidad por medios digitales[37].

En términos económicos la innovación digital implica un cambio profundo en la tradicional estructura de costes del negocio bancario, desplazando el coste laboral hacia los costes de mantener el funcionamiento de los sistemas informáticos en condiciones de continuidad en la prestación y de ciberseguridad[38]. Si a ello se une la disminución en el uso de efectivo, el resultado es el cierre de un buen número de sucursales y la desaparición de terminales o cajeros. En ambos casos se trata de manifestaciones del cambio tecnológico y operativo en el negocio bancario y, en general, en el financiero, puesto que también

[37] Esto es, garantizando el *know your client* sin necesidad de presencia física.

[38] Esta cuestión forma ya parte de la agenda europea, Muestra de ello es la Directiva (UE) 2022/2556 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 y (UE) 2016/2341 en lo relativo a la resiliencia operativa digital del sector financiero.

ocurre en el caso de los seguros, tanto si se trata de contratar como de gestionar los sinestros mediante servicios automatizados.

Nuevamente, estos cambios operativos en el negocio bancario tienen consecuencias en relación con la accesibilidad a los servicios, y lo tienen en un doble sentido: de una parte, permiten mejorar dicha accesibilidad, pues los servicios se prestan ahora en régimen 24/7, favoreciendo además la reducción de costes. Pero de otra parte, la digitalización da lugar a la exclusión de ciertos sectores de la ciudadanía que, por distintos motivos (edad avanzada o discapacidad, principalmente, pero también por habitar zonas despobladas), se ven expulsados del sistema con las consiguientes dificultades para su día a día.

Desde la consideración de servicio esencial que tienen ciertos servicios bancarios, la digitalización —al menos durante un tiempo— está planteando problemas de inclusión que se hace necesario abordar, como se verá más adelante (ap. III.3).

5. Asequibilidad

La consideración de ciertos servicios bancarios como esenciales implica también un posicionamiento del ordenamiento jurídico en relación con *los precios* que los bancos cobran por prestar dichos servicios. Ello afecta a las comisiones y tipos de interés.

En este sentido, conviene distinguir la existencia histórica de normas que abordan la cuestión del precio que se cobra por prestar dinero, es decir, las relativas al tipo de interés (desde la vieja prohibición católica del préstamo con interés o *usura* hasta las más modernas fórmulas de prohibición de intereses abusivos) de las que existen en relación con ciertas comisiones vinculadas a servicios básicos prestados por los bancos como es el caso de los servicios de pago o de mantenimiento de cuentas. Las diferencias que presentan las limitaciones a los tipos de interés y las relativas al cobro de comisiones estarían vinculadas a la distinta posición que tiene el acceso al crédito y el acceso a una cuenta de pago básico. Ambos casos —financiación y servicios bancarios— son, como vengo diciendo, manifestación de un servicio esencial, en sentido constitucional. Sin embargo la dinámica del acceso al préstamo no incluye la formulación de una suerte de derecho del prestatario o «derecho al crédito», que implica convertirse en prestatario y, en consecuencia, deudor de la entidad financiera, pues su acceso está condicionado al cumplimiento de un mínimo de garantías prudenciales de devolución. No ocurre así en el caso del acceso a un servicio como el de las cuentas de pago básicas, que se ha convertido en nuestra sociedad en un elemento de inclusión más. Esta diferenciación tiene consecuencias también en lo que a la regulación de los precios —*asequibilidad*, por tanto— se refiere.

Contrariamente a lo que ocurre con la formulación de un «derecho de acceso a una cuenta de pago básica» (art. 16.1 Directiva 2014/92/UE), no resulta factible construir un «derecho al crédito». Esto no es incompatible con la formulación de un derecho a la no discriminación en el acceso al crédito. Pero en ningún caso es posible *exigir* a una entidad bancaria la contratación de un préstamo o crédito, si ésta entiende que no concurren los requisitos prudenciales y, menos aún, pretender acceder a créditos a pérdida[39]. Un planteamiento de esta naturaleza implicaría no respetar la libertad de contratación de las entidades privadas. Resultaría además una medida desproporcionada en relación con la necesidad de garantizar un servicio esencial, pues implicaría contratar asumiendo riesgos de impago que repercutirían en la solvencia de los bancos, tensionando precisamente el cumplimiento de una de las funciones principales de la regulación bancaria: la protección de la confianza y de los depósitos.

Por otra parte, y nuevamente desde la perspectiva de la necesidad y proporcionalidad que debe informar la acción de los poderes públicos, en la situación económica actual, los ciudadanos no pueden desarrollar una vida ordinaria sin acceder a una cuenta de pagos. Sin embargo, disponer de un crédito no es imprescindible para el ciudadano individualmente considerado, aunque pueda ser necesario y deseable. Cosa distinta es la necesidad de arbitrar un modelo regulatorio que favorezca el flujo de crédito en cantidad suficiente para que familias y empresas puedan tomar iniciativas razonables de inversión, con los consiguientes beneficios que ello supone para el conjunto de la economía.

Desde la perspectiva de las técnicas que el Estado utiliza y debido al impacto positivo que puede tener el acceso al crédito para el conjunto de la sociedad, lo que ha ocurrido —desde finales del s. XIX— es que se ponen en marcha otro tipo de fórmulas, como son las de fomento. En el ámbito del acceso al crédito existen múltiples medidas de naturaleza subvencional —créditos y avales o ventajas fiscales— diseñadas para apoyar proyectos personales (créditos hipotecarios subvencionados para la compra de viviendas) y empresariales (avales de todo tipo y créditos con distintas finalidades: apoyo a la exportación, a la I+D, a pymes…) que requieren financiación y que no le encuentran en cantidad y condiciones en el sector financiero privado.

Volviendo al caso del acceso a las cuentas de pago básicas y teniendo presentes las dificultades que, llegado el caso, puede suscitar el cobro de ciertas comisiones en el contexto de situaciones de vulnerabilidad económica, la Directiva 2014/92/UE contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer límites a la fijación

[39] En este contexto se ubican quienes proponen la existencia de una Banca pública frente a la insuficiente oferta de crédito de la banca privada. Desde el activismo político, pueden verse los postulados de la *Plataforma por una banca pública* (*https://bancapublica.info/*).

de dichas comisiones e incluso imponer a las entidades de crédito la gratuidad en la prestación de dicho servicio. Se da así, un paso más garantizando también la asequibilidad. Desde el punto de vista de su régimen jurídico, en este tipo de medidas se suscitan algunas dudas en cuanto a la generalidad o no de estas medidas restrictivas de carácter patrimonial y si puede generar, o no, un derecho de indemnización, como se verá mas adelante.

IV. MARCO JURÍDICO PARA LA PROTECCIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO BANCARIO

Debido a su carácter novedoso, el objeto principal de este apartado es el análisis del régimen jurídico de las cuentas de pago básicas. Sin embargo, si la perspectiva desde la que se lleva a cabo esta reflexión pone en el centro del análisis la protección frente a la vulnerabilidad en el ámbito bancario, es posible extender la mirada a otros supuestos. Así ocurre, por ejemplo con la pieza primera y básica del derecho público bancario: la protección de los depositantes. Se unen también al análisis otros elementos regulatorios como los que pretenden evitar la exclusión de determinados colectivos en el contexto de la digitalización o de la disponibilidad de efectivo, como se verá en los dos últimos apartados.

1. Breve mención a la garantía de los depósitos como pieza clave del sistema ¿también una medida para evitar la vulnerabilidad?

No siendo este un estudio específico de regulación bancaria, se evitará entrar en detalles innecesarios. No obstante, del análisis del complejo marco regulador de la actividad bancaria quiero destacar la existencia de la obligación, por parte de las entidades de crédito, de aportar fondos para la dotación de los llamados *fondos de garantía de depósitos*. En España el origen de este tipo de instrumento está vinculado a las experiencias negativas generadas por distintas y sucesivas crisis bancarias en las últimas décadas del s. xx, cuyo primer y más dramático efecto consistió en la pérdida de sus fondos por parte de los depositantes. Este modelo de respuesta normativa vincula las reformas y *mejoras* en las técnicas regulatorias a las crisis ocurridas y es una constante en el derecho bancario[40].

[40] Ilustra esta afirmación el caso histórico ya citado. Se cuenta en la Pragmática del 1602 que a la vista de «*los grandes daños y perdidas, que en estos nuestros Reynos ha sucedido en algunos años à esta parte, a causa de las muchas quiebras de los Cambios publicos que ha avido en ellos: aviendose mirado consentido y platicado en nuestro Consejo, para entender y averiguar*

En 1977 fue aprobado el Real Decreto 3048/1977, de 11 de noviembre, por el que se creó el «Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios». También en 1977 se creó el Fondo de Garantía de Cajas de Ahorro y, poco después, un tercer fondo para las cooperativas de crédito. Todos ellos han quedado finalmente fusionados en virtud del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, en el actual Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito (FGD, en adelante).

El regulador de 1977, en su exposición de motivos, decía que:

> La libertad de mercado tiene, como consecuencia ineludible, la responsabilidad del empresario por todos sus actos de gestión y el sometimiento de cuantos con él contratan a las normas jurídicas establecidas para dirimir cualquier situación anómala en defensa de sus intereses y derechos, correspondiendo a la Administración vigilar el cumplimiento de las normas vigentes. Sin embargo, cuando se trata de Entidades de crédito y ahorro existe un aspecto que merece tratamiento, en *especial la protección al ahorrador*, que no siempre puede discernir con facilidad la actuación de los establecimientos en los que deposita sus fondos (la cursiva es mía).

En su inicio y en casos de insolvencia o liquidación, el papel de estos fondos, dotados mediante las aportaciones de las entidades de crédito, estaba diseñado precisamente al servicio de los depositantes, cuyas cuentas quedaban garantizadas hasta determinadas cuantías.

El RDL 16/2011, arriba citado, que regula el actual FGD siguiendo los criterios del derecho europeo, ha ensanchado las funciones a las que sirve este instrumento, añadiendo a la primera y eventual garantía de los depósitos —hoy cifrada en un tope de 100 000 euros por depósito[41]— otras tareas que refuerzan la respuesta del sistema bancario frente a nuevas crisis bancarias[42].

---

las causas de donde principalmente ha resultado las dichas quiebras, y falta de crédito de los dichos cambios». Es decir, es una crisis *bancaria* la que justificó que hubiera de dictarse esta norma.

[41] En virtud de la Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago. Sobre esta reforma, Pernías Solera, Santiago, «El régimen de aportaciones a los fondos de garantía de depósitos y de resolución tras la Unión Bancaria», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, 2015, pp. 191-228.

[42] El actual marco regulador de las crisis bancarias viene determinado por el Derecho europeo bancario que surge de la crisis financiera de 2008 y que dio pie a lo que se ha dado en llamar la Unión Bancaria. Una de sus «piezas» es precisamente la opción por un Mecanismo de Resolución de crisis, de nuevo cuño. Sobre el particular, merece destacar la obra colectiva dirigida por Ruiz Ojeda. A. y López Jimenez, J. M. (dirs.), *Estudios sobre la resolución bancaria,* Pamplona, ed. Thomson Reurters Aranzadi, 2020.

Pues bien, aunque el modelo regulatorio de respuesta a las crisis bancarias ha evolucionado buscando mejorar la garantía, seguridad y buen funcionamiento del conjunto del sistema a través del mecanismo de la resolución bancaria, en su caso, con el apoyo del FGD, lo cierto es que la finalidad primera que cumple esta herramienta ha seguido siendo la de garantizar los fondos de los depositantes. Son ellos los actores vulnerables en un contexto de crisis de la entidad y quienes están llamados a ser protegidos, pudiendo recuperar sus fondos, con el límite cuantitativo que se ha mencionado. Esta protección se otorga, no de forma directa, pero sí de manera indirecta por las propias entidades de crédito, mediante la obligación de dotar el fondo, obligación que recae sobre ellas. Deben destinar una parte proporcional de los recursos que genera su actividad para dotar y acrecer el fondo. Y son estos recursos los que, llegado el momento, permitirán abonar las cantidades garantizadas a cada depositante de la entidad insolvente[43].

Siendo así que este es el modo en que opera el mecanismo de protección del FGD ¿sería posible abordar el análisis de la obligación de aportación de fondos que las entidades de crédito han de realizar como otro caso más de *obligación tuitiva* frente a la vulnerabilidad?. Se trata, en primer lugar, de una obligación de *pertenencia obligatoria* (art. 5.1 del Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, por el que se crea el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito) a la que se vincula otra obligación prestacional de carácter patrimonial, no contributiva, (art. 6.2) cuyos beneficiarios, llegado el caso, serán los depositantes, cuya vulnerabilidad a estos efectos no es una condición previa pero sí una situación generada por la crisis de la propia entidad.

La perspectiva arriba expuesta desde la que se analiza el régimen de los FGD no es la convencional de la regulación bancaria. Ello no obsta, sin embargo, para que la reflexión aquí planteada pueda tener interés, implicando una mirada a la regulación bancaria desde la vulnerabilidad de la situación que genera la insolvencia de una entidad de depósito.

Ciertamente, tampoco puede obviarse que la propia entidad de crédito obligada resulta también beneficiaria de su aportación en la medida en que este sistema de garantías, considerado en su conjunto, otorga confiabilidad en las entidades de crédito. De hecho, y desde este punto de vista, el régimen de protección y garantía de depósitos es un elemento que puede afectar a la competencia y así fue inicialmente abordado por el derecho europeo[44]. La evolución que ha vivido el mar-

---

[43] Así por ejemplo, ocurrió en el caso del Banco de Madrid, en 2015. Ver nota de prensa del FGD de 18 de marzo de 2015 (accesible en *https://www.fgd.es/wp-content/uploads/2023/04/FGDEC-Comunicado-20150318ES.pdf*).

[44] Este es el argumento por el que la Unión Europea, en su momento, dispuso regular y armonizar los derechos nacionales relativos a la existencia de sistemas de garantías de depó-

co jurídico del FGD le ha hecho perder proximidad con su finalidad originaria de protección de los depositantes *vulnerables*, para tornar en un instrumento de apoyo financiero directo a las entidades de crédito en crisis en determinadas circunstancias.

No obstante, sigue siendo relevante la cuestión acerca de la naturaleza jurídica de las aportaciones a los fondos de garantía de depósitos, como se puso de manifiesto con ocasión de la crisis de Banesto en 1993. En aquel momento, la Comisión Europea analizó la naturaleza jurídica de dichas aportaciones desde la perspectiva de su configuración —o no— como ayudas de Estado, considerando finalmente compatible aquella intervención con el régimen europeo de ayudas de Estado[45]. No obstante aquella respuesta, el problema de la naturaleza jurídica de las aportaciones al FGD no fue resuelto entonces de forma totalmente satisfactoria y aún sigue suscitando preguntas[46].

2. El régimen aplicable a las cuentas de pago básicas

Al margen de la reflexión anterior acerca de la naturaleza jurídica de las aportaciones hechas para la dotación del FGD, el elemento central —y más novedoso— de esta colaboración es el régimen de acceso a las cuentas de pago básicas que incorporó el derecho europeo en la Directiva 2014/92/EU, ya citada aquí. El legislador español transpuso esta norma mediante el Real Decreto Ley 19/2017, de 24 de noviembre, de cuentas de pago básicas, traslado de cuenta pago y comparabilidad de las comisiones. Posteriormente fue desarrollada por el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo[47] y por la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero[48].

---

sitos. Así, en la Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura. Sobre el particular, *vid.* Bobes Sánchez, María José, «El Fondo de Garantía de Depósitos», Muñoz Machado, S., y Vega Serrano, J. M. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 899-923.

[45] Sobre este caso, ver Salvador Armendáriz, M. A., *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato,* Madrid, ed. INAP, 2000, p. 384, en nota 133. Ver también, Rodríguez Míguez, J. A. «Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2004, núm. 232, pp. 64-84.

[46] Ver, Lucas Durán, M. J., «Las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito desde la perspectiva del Derecho Financiero y Tributario», Cuvero Truvo, A., (dir.), *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanc, 2018, pp. 333-355.

[47] «Por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión».

[48] «Sobre cuenta de pago básicas, procedimiento de traslado de cuenta de pago y requisitos de los sitios web de comparación». Sobre el particular, destaca el trabajo de Esteban Ríos, J., «Las cuentas de pago básicas ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 158, 2020, pp. 159-190.

2.1. *Ámbito subjetivo: beneficiarios, beneficiarios cualificados, obligados y Administración responsable*

2.1.1. El beneficiario o cliente potencial

La formulación del «derecho de acceso a una cuenta de pago básica» recogida en el art. 16 de la Directiva está hoy incluida en el art. 3 del RDL 19/2017, que fija el ámbito subjetivo de obligados y beneficiarios de este derecho de la siguiente manera[49]:

> «Las entidades de crédito que ofrezcan cuentas de pago estarán obligadas a ofrecer cuentas de pago básicas a aquellos *potenciales clientes* que:
>
> a) residan legalmente en la Unión Europea, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo[50];
>
> b) sean solicitantes de asilo [51];
>
> c) no tengan un permiso de residencia pero su expulsión sea imposible por razones jurídicas o de hecho».[52]

Esto es, son titulares del derecho los que la norma llama *potenciales clientes*. El legislador español no habla de consumidores como hace el derecho europeo. Tampoco habla de ciudadanos ni de personas, ni dice «todos aquellos». Se entiende que da por hecho que se trata de personas físicas, ciudadanos españoles, europeos y extranjeros. Quedan fuera, por tanto, cualquier persona jurídica (asociación, fundación, etc.) para

---

Desde la perspectiva civilista, ver Llorente San Segundo, Inmaculada, «La exclusión financiera y el acceso a los servicios bancarios básicos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 1 (enero-marzo), 2019, pp. 399-443.

[49] La redacción de este precepto está pendiente de modificación inminente. Por segunda vez, se tramita en las Cortes el Proyecto de Ley la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente del Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes. Cuando se terminan de redactar estas líneas (septiembre de 2024), el proyecto de Ley citado aún no ha sido aprobado. Se trata de una iniciativa con suficiente apoyo político, por lo que parece previsible que su aprobación prospere a lo largo de lo que queda de legislatura.

[50] En el proyecto de Ley se menciona ahora a los que «residan legalmente en la Unión Europea, incluidos los clientes que no tengan domicilio fijo, o sean titulares de un visado o autorización de estancia o residencia».

[51] En el proyecto de Ley se menciona ahora a los *solicitantes de protección internacional.* Con este cambio, la regulación se ajusta de forma sistemáticamente más correcta lo previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, tal y como se prevé en sus arts. 2, 3 y 4.

[52] En el proyecto de Ley se menciona ahora en la letra c) a los que «se hallen en España en cualquier otra situación administrativa distinta de las descritas en los apartados anteriores. Para la acreditación de esta circunstancia bastará la mera presencia física de la persona solicitante en un establecimiento abierto al público o en el domicilio social de la entidad de crédito ante la que se formule la solicitud de apertura y la aportación de la documentación que *acredite su identidad*».

las que el acceso a una cuenta básica de pago no se considera esencial o de interés general.

En el caso de los extranjeros, el art. 3 aclara el alcance de este derecho, pues, en principio no alcanzaría a todos ellos, aunque sí a prácticamente a todos. La norma menciona a aquellas otras personas cuya situación en España resulta problemática: extranjeros con residencia legal, solicitantes de asilo y/o protección internacional y extranjeros no legales que, por la razón que sea no puedan ser expulsados y sí puedan acreditar su identidad. Es decir, solo se deja fuera a los extranjeros ilegales y en situación clara de expulsión. Con la redacción contenida en el Proyecto de Ley —citada en nota— solo quedarían fuera de este perímetro quienes no puedan acreditar su identidad. Desde esta perspectiva la vulnerabilidad no se vincula a la condición socioeconómica de las personas y sí a su *status* de ciudadano. Es cierto, no obstante que lo habitual será que la vulnerabilidad sea doble y que exista una correlación importante en ambos casos —situación socioeconómica y *status* de ciudadanía—.

No está de más señalar que, desde el punto de vista del derecho de extranjería, esta norma va a permitir el reconocimiento de un derecho que operará con carácter previo a cualquier tipo de regularización. Se produce así la paradoja de que se tiene antes derecho a ser cliente de un banco que ciudadano legalmente establecido. En este punto el ordenamiento da muestra de un gran realismo y facilita respuestas necesarias para cubrir las necesidades vitales de las personas, en línea con las exigencias sustantivas del Estado social. El poder hacer pagos —y recibirlos— es tenido así como una necesidad esencial, vital, en particular para evitar situaciones de vulnerabilidad.

El papel que, en la reforma en curso de 2024, tiene la *acreditación de la identidad* obliga al legislador a arbitrar reglas claras para facilitar la tarea de las entidades de crédito, que en definitiva serán las que habrán de gestionar dicha tarea.

Así, el proyectado y nuevo apartado 2 del art. 3 prevé que «a los solos efectos de identificación formal exigida para la apertura de cuentas de pago básicas», tendrán validez, entre otros, los siguientes documentos acreditativos *expedidos por el Ministerio del Interior*:

a) Documento de manifestación de voluntad de solicitar protección internacional.

b) Resguardo de presentación de solicitud de protección internacional.

c) Documento acreditativo de la condición de solicitante de protección internacional.

d) Documento acreditativo de solicitante de apatridia.

Lo cierto es que con esta actividad, las entidades de crédito corren el riesgo de convertirse en un nuevo instrumento en la gestión de las políticas de inmigración, recayendo sobre ellas obligaciones ajenas a sus funciones propias. Es el caso, por ejemplo, que se menciona en el nuevo segundo párrafo del art. 3.2 del RDL 19/2017, de la *obligación* de revisar periódicamente la situación en la que se encuentran sus clientes que hayan abierto una cuenta de pago básica.

La externalización de tareas y la encomienda a las entidades de crédito de este tipo de obligaciones corre el riesgo de difuminar los límites entre público y lo privado.

2.1.2. Cliente potencial cualificadamente vulnerable

Al derecho de los potenciales clientes, como los califica la norma, hay que unir el régimen de especial y reforzada protección que se ha previsto en el caso de que los «potenciales clientes» se encuentren en una «situación de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera», tal y como se concreta en el art. 3.1 del RD 164/2019, arriba citado. Para estos *clientes cualificadamente vulnerables*, a la obligación de dar acceso a una cuenta de pago básica se une además la de *gratuidad* por el uso de dicha cuenta, no pudiendo cobrar por ella ni siquiera la comisión máxima de tres euros que se contempla en el art. 4.2 de la Orden ECE/228/2019. En este caso, la vulnerabilidad sí está asociada directamente con la vulnerabilidad económica.

Este derecho, así formulado por el art. 3 del RDL 19/2017, tiene su correlato en la obligación de las entidades de crédito que deberán garantizarlo, en el marco de lo establecido en la norma.

Este precepto reglamentario ha suscitado dudas en cuanto a si garantiza suficientemente la necesaria cobertura legal. Es por está razón por la que la futura Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente del Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre entidades financieras y sus clientes, pretende incorporar al contenido del RDL 19/2017 la siguiente Disposición adicional tercera, en relación con la apertura de cuentas de pago básica por titular vulnerable,

> Lo previsto en el art. 4.1.c) de este real decreto-ley se aplicará sin perjuicio del derecho a la apertura de una cuenta de pago básica por parte de aquellos solicitantes que, aunque tengan abierta una cuenta, se encuentren en situación especial de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera conforme a lo establecido en art. 3 del Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera.

Desde un punto de vista formal, con esta adición se elevará a rango de ley lo dispuesto hasta el momento en el RD 164/2019. Parece claro que se trata de un «parche» necesario que, a su vez, abre nuevas dudas, en relación con el rango de ley del contenido incluido en el art. 3 del RD 164/2019, al que ahora se remite la Ley ¿Se eleva también, por remisión, el rango normativo del contenido de su art. 3? Hay que tener en cuenta que, en otro momento, el citado proyecto de Ley (en concreto, en su Disp. Final decimosexta) modifica parcialmente el art. 4.2 citado del RD 164/2019. Sin embargo, y como bien se ocupa de decir su Disp. Final decimonovena, «las determinaciones incluidas en normas reglamentarias […] podrán ser modificadas por normas del rango reglamentario correspondiente a las normas en que figuran». Más allá de la crítica que pueda hacerse a la calidad normativa de esta iniciativa, hay considerar que un caso —la Disp. Ad. 3.ª— y otro —la Disp. Ad. 16.ª— aluden a situaciones distintas.

Téngase en cuenta que art. 3 del RD 164/2019 recoge con el detalle propio y necesario de la norma reglamentaria las circunstancias que permiten calificar a un potencial cliente como cliente vulnerable. En concreto, aquel en el que concurran las siguientes situaciones, que:

a) Los *ingresos económicos brutos*, computados anualmente y por unidad familiar, no superen los siguientes umbrales:

   1.º Tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples de doce pagas, vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

   2.º Tres veces y media dicho indicador cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

   3.º Cuatro veces dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

   4.º Cuatro veces dicho indicador cuando se trate de unidades familiares que tengan en su seno a una persona con grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento reconocido oficialmente por resolución expedida por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de las comunidades autónomas.

b) *No concurra titularidad*, directa o indirecta, o derecho real alguno sobre bienes inmuebles, excluida la vivienda habitual, ni titularidad real de sociedades mercantiles, por parte de ninguno de los miembros que integren la unidad familiar.

c) Sea *víctima de trata o explotación sexual*, en cuyo caso quedará exenta de cumplir los requisitos de los apartados a) y b).

Esto es: bajo nivel de renta, ausencia de patrimonio y, eventualmente, ser víctima de trata o explotación sexual. Serán estos clientes quienes deberán aportar a la entidad de crédito a la que se dirijan la información necesaria que acredite su condición de vulnerabilidad (art. 4.1 RD 164/2019). Esta información, y precisamente por tratarse de personas vulnerables, no siempre será fácil obtener. Ello podrá dar lugar a problemas de gestión burocrática, cuyos costes, junto con la propia obligación de dar acceso y gratuidad cuando corresponda, recaerán en las entidades de crédito. Esta circunstancia plantea algunas dudas en cuanto a si se trata de una carga general y socialmente aceptable o si estamos ante un sacrificio especial que hace necesario un reconocimiento indemnizatorio.

El RD 164/2019, para dar salida a las más que probables complicaciones que pueden surgir en esta fase, alude a la existencia un *informe emitido por los servicios sociales del Ayuntamiento en el que se esté empadronado.*

Hay que considerar que el ensanchamiento del ámbito subjetivo de los beneficiados puede alcanzar a personas que ni siquiera estén empadronadas. Entiendo que es para este tipo de situaciones para las se prevén las novedades contempladas en la futura Ley de 2024, en particular allí donde se alude a que:

> (d)e manera excepcional, y previa autorización de los servicios sociales competentes, las *entidades sin ánimo de lucro* que forman parte del Sistema Nacional de Acogida e Integración de Personas Solicitantes y Beneficiarias de protección internacional, así como las *Entidades del Tercer Sector de Acción Social,* debidamente inscritas en el registro que a tal efecto se crea, podrán emitir *certificado de riesgo de exclusión financiera* con la finalidad de facilitar y agilizar los medios de prueba ante la demora de la atención directa de determinadas administraciones públicas.

Esta previsión es muestra, una vez más, del alcance de la externalización de tareas en el ámbito de la prestación servicios sociales[53].

[53] Al respecto, me remito a la obra colectiva Darnaculleta i Gardella, M. M., García-Andrade Gómez, J., Leñero Bohórquez, R. y Salvador Armendáriz, M. A., *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022.

2.1.3. El sujeto obligado

Como ya se ha mencionado, tanto la Directiva 2014/92/UE citada aquí como el RDL 19/2017 que la transpone hacen recaer la garantía de la prestación del derecho a acceder a una cuenta de pago básico sobre *las entidades de crédito*[54]. Para el ordenamiento español, son entidades de crédito los bancos privados, las cooperativas de crédito y las cajas de ahorro. A estas, en tanto que sujetos obligados, habría que añadir, en mi opinión, las entidades de crédito que lo sean en otros Estados miembros y que operen en territorio español bajo el régimen de libertad de prestación de servicios.

Para el correcto ejercicio de su obligación, las entidades de crédito, tanto para el caso de la identificación del «cliente potencial» como para el del «cliente potencial vulnerable» van a tener que desarrollar una compleja tarea de gestión y comprobación, tareas de naturaleza *materialmente administrativa.*

Los aspectos que deberán comprobar son:

a) si el solicitante dispone o no de otra cuenta de pago básica[55],

b) si, siendo extranjero, está o no en algunas de las situaciones mencionadas en art. 3,

c) si la eventual apertura de la cuenta de pago básica puede o no ser contraria a «los intereses de la seguridad nacional o de orden público definidos por la leyes, las normas europeas o por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los supuesto en que así se haya acordado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía, Industria y Hacienda»[56],

d) de si aporta o no la información requerida por parte del potencial cliente para permitir la aplicación de la normativa de control y prevención del blanqueo de capitales[57]

e) y en el caso de los clientes potenciales en situación de vulnerabilidad económica que puede acceder a una cuenta básica

---

[54] Sobre el concepto de entidad de crédito, me remito a la nota 7. Aunque el art. 1.2.c) de la LOSSEC incluye expresamente al ICO entre las entidades de crédito, el ICO no es sujeto obligado en el sentido del RDL 19/2017 debido a que su estatuto jurídico le impide «recibir depósitos del público» y disponer de cuentas de pago básicas, como de hecho confirma la Disp. Ad. Primera del RDL 19/2017.

[55] En las condiciones previstas por el art. 4.1.c) del RDL 19/2017.

[56] Tal y como expresa el art. 4.1.b) del RDL 19/2017. Entiendo que esta previsión está pensada, por ejemplo, para evitar la apertura de cuentas de pago de ciertos colectivos nacionales, como es el caso de los nacionales rusos ahora, y que en un futuro puedan ser otros.

[57] Ver el art. 4.1.a) del RDL 19/2017.

de pago gratuita, la comprobación de su situación objetiva de vulnerabilidad tal y como ha quedado definida por el art. 3.1 del RD 164/2019[58].

Como se ha dicho, todas estas comprobaciones requieren por parte de la entidad de crédito un trabajo de gestión de cierta relevancia acerca de las situaciones y del *status*, de carácter personal, de los solicitantes de una cuenta de pago básica. Y no olvidemos que una entidad de crédito no es una Administración pública y que carece de los medios necesarios —potestades públicas, para empezar— para poder explorar y llevar a cabo comprobaciones complejas, distintas de las estrictamente objetivables (p. ej. comprobar el DNI o documento identificativo). De su tarea de comprobación se derivará la apertura de una cuenta de pago básica o, en su caso, la denegación de dicha apertura (art. 5 del RDL 19/2017).

Hay que tener en cuenta, además, que el reconocimiento del derecho a todo aquel que pueda «identificarse», tal y como prevé la futura reforma prevista en el proyecto de Ley de 2024 mencionado, se extiende potencialmente al conjunto de la población, lo que da cuenta de su eventual magnitud.

Bien es cierto que la atribución de este tipo de responsabilidades tampoco es nueva en el caso de las entidades de crédito. Las normas de control y prevención de blanqueo de capitales obligan desde hace tiempo a las entidades de crédito a desarrollar tareas de control de contenido pseudopolicial. Los deberes de colaboración, que este marco normativo ha impuesto, entre otros sujetos obligados, a las entidades de crédito, les obliga a desarrollar en primer término un ejercicio de identificación (con la obligación de *know your client*). Una tarea que es seguida de comprobaciones y análisis que les permitan identificar las *operaciones sospechosas* en el marco de la prevención y control del

---

[58] Para que se de esta situación, habrán de concurrir y acreditarse las siguientes circunstancias explicitadas en todos los titulares y autorizados en la cuenta […]:

a) Número de personas que componen la unidad familiar, para cuya acreditación se aportará el libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.

b) Percepción de los ingresos por los miembros de la unidad familiar, para cuya acreditación cada uno de sus miembros aportará alguno de los siguientes documentos:

1.º Certificado de rentas y, en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, con relación al último ejercicio tributario.

2.º Últimas tres nóminas percibidas.

3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones o subsidios por desempleo, en el que figure la cuantía mensual percibida por dichos conceptos.

4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas y las entidades locales.

5.º En caso de trabajador por cuenta propia, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad.

blanqueo de capitales. Las operaciones sospechas que las entidades de crédito logran identificar deben ser notificadas al SEPBLAC, para su seguimiento y control[59].

Desde el punto de vista material, por ser el objeto de la obligación la puesta a disposición de una *cuenta de pago básica*, y dada la reserva que nuestro ordenamiento jurídico otorga a las entidades de crédito en relación con este tipo de servicios, es razonable que sean las entidades de crédito quienes resulten sujetos obligados. Esto es así en la medida en que entendamos que la *cuenta de pago básica* se identifica con la *cuenta de depósito,* actividad que nuestro ordenamiento reserva a las entidades de crédito.

Sin embargo, las novedades que la tecnología viene ofreciendo en los últimos años en relación con los servicios de pago, ¿podría dar lugar a otro tipo de solución para garantizar los pagos? Los 10 años transcurridos desde 2014, fecha de aprobación de la Directiva, ofrecen ya nuevas perspectivas. La actual evolución de los servicios de pago en el contexto de las finanzas digitales, en mi opinión, podría ofrecer soluciones alternativas y complementarias, y más si tenemos en cuenta que, desde el derecho europeo, se tiende a separar la actividad de depósito de la actividad de pago, tal y como se diseña en el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera[60].

2.1.4. La Administración responsable

Continuando con la perspectiva relativa a la determinación del ámbito subjetivo, a la luz de lo previsto en el art. 16.1 de la Directiva 2014/92/UE, hay que tener en cuenta también el papel que tienen atribuido los Estados miembros, como sujetos destinatarios del régimen relativo cuentas de pago básicas[61]. En este sentido, hay que considerar que la obligación de garantizar el derecho a acceder a una cuenta de

---

[59] Tal y como disponen los arts. 17 y ss. de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, al regular las obligaciones y deberes de colaboración que tienen los *sujetos obligados* por la citada Ley, entre ellos y primeramente, las entidades de crédito.

[60] En relación con las novedades regulatorias relativas a los sistemas de pagos, ver Salvador Armendáriz, M. A, «El sistema de pagos dentro de la economía digital», en Valpuesta Gastaminza, E. y Hernández Peña, J. C. (coords.), *Tratado de Derecho digital*, Madrid, ed. La Ley. Wolters-Kluwer, 2021, pp. 571-583.

[61] Según el cual: «*los Estados miembros* velarán por que todas las entidades de crédito o un número suficiente de entidades de crédito ofrezcan a los consumidores cuentas de pago básicas, a fin de garantizar el derecho de acceso de todos los consumidores en su territorio y evitar toda distorsión de la competencia. Los Estados miembros velarán por que la oferta de cuentas de pago básicas no proceda solo de entidades de crédito que faciliten las cuentas de pago únicamente a través de servicios en línea».

pago básica, dispuesto en la Directiva, no solo recae en las entidades de crédito. Recae primeramente en los Estados miembros destinatarios de la Directiva y se manifiesta en primer lugar en la obligación de transponer. El cumplimiento de esta obligación requirió en su día tener que acudir a la fórmula del Real Decreto-Ley, a la vista del retraso en que estaba incurriendo el Reino de España. El art. 29 de la Directiva 2014/19/EU disponía de un plazo de poco más de dos años (hasta el 18 de septiembre de 2016). Este retraso dio lugar a la apertura de un procedimiento de incumplimiento contra España[62], asunto que terminó siendo razón y justificación de la extraordinaria y urgente necesidad del RDL 19/2017, aquí analizado.

Esta tarea reguladora, concretada inicialmente en el citado RDL 19/2017, ha sido luego completada por las normas reglamentarias que ya han aparecido citadas aquí[63], en cumplimiento de la remisión normativa prevista por el art. 10 del RDL 19/2017.

Más allá de ello, las administraciones reguladoras responsables —fundamentalmente, el Banco de España (art. 22 RDL 19/2017)— tienen encomendadas las funciones de supervisión y sanción necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma analizada. Estas tendrán la consideración de *normas de ordenación y disciplina*[64], siendo considerado su incumplimiento por parte de las entidades de crédito, como infracción grave a los efectos de lo dispuesto por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de crédito[65].

La función reguladora de carácter instrumental propia del ámbito bancario se completa además con la tarea de regulación y gestión de la Administración pública responsable de la inmigración, función necesaria para identificar el *status* de cada persona —o *cliente potencial*—. En determinadas circunstancias será necesario también el auxilio de las entidades autonómicas y/o locales, cuando se requiera la identificación de las situaciones personales de especial vulnerabilidad.

En definitiva, la garantía de la prestación del derecho de acceso a una cuenta de pago básica no es responsabilidad exclusiva de las enti-

---

[62] Mediante carta de emplazamiento 2016/0741, de 23 de noviembre de 2016 por parte de la Comisión Europea. No habiéndose corregido la situación, ese procedimiento terminó con la interposición de una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento, el 4 de octubre de 2017.

[63] En concreto, por el Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo y por la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero.

[64] Sobre la papel de las *normas de ordenación y disciplina* en el sistema de fuentes, ver mi trabajo Salvador Armendáriz, M. A: «Sistema de fuentes del derecho bancario: cuestiones actuales», González Vázquez, J. C. y Colino Mediavilla, J. L. (dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito*, Madrid, ed. La Ley Wolters Kluwer, 2018, pp. 25-55.

[65] Ver art. 21 del RDL 19/2017.

dades de crédito. Su efectiva garantía requiere la actuación, el auxilio y la colaboración entre estas (las entidades de crédito) y las distintas Administraciones públicas.

2.2. *Objeto: las cuentas de pago básicas*

2.2.1. La cuenta de pago básica como cuenta de depósito

El objeto del nuevo derecho aquí analizado consiste en «abrir y utilizar una cuenta de pago básica» (art. 1.*a)* del RDL 19/2017). La pregunta que surge automáticamente es ¿qué es una cuenta de pago básica? ¿Estamos hablando de una cuenta de depósito como se ha apuntado páginas arriba?

El art. 8.1. del RDL 19/2017 entiende que una cuenta de pago básica será aquella que permita al cliente ejecutar una cantidad ilimitada de operaciones de los siguientes servicios:

a) Apertura, utilización y cierre de cuenta.
b) Depósito de fondos.
c) Retirada de dinero en efectivo en las oficinas de la entidad o en los cajeros automáticos en la Unión Europea.
d) Las siguientes operaciones de pago en la Unión Europea:
   1.º Adeudos domiciliados.
   2.º Operaciones de pago mediante una tarjeta de débito o prepago, incluidos pagos en línea.
   3.º Transferencias, inclusive órdenes permanentes en las oficinas de la entidad y mediante los servicios en línea de la entidad de crédito cuando esta disponga de ellos[66].

Como puede verse, la cuenta de pago básico es o puede ser una cuenta de depósito. Es precisamente este dato el que justifica que sean las entidades de crédito —que tienen reservada la actividad de recibir depósitos del público— las que tienen encomendada la obligación de prestar el servicio financiero de «cuenta de pago básico». Es decir, la consideración de la cuenta de pago básico como una cuenta de depósito implica que estaremos ante contratos de depósito irregular, reembolsables a la vista. Serán pues contratos que van a permitir a las entidades de crédito destinar dichos depósitos a financiar sus actividades de activo, en lo es lo propio de su actividad.

En un contexto digitalizado, ¿podría garantizarse el acceso a los servicios de pago a través, por ejemplo, de las empresas de servicios de pago? Esta opción existe y con ella podría garantizarse la realización de pagos sin necesidad ni mediación de cuentas de depósito y, por tanto,

---

[66] El precepto traspone de forma literal el art. 17 de la Directiva 2014/98/UE.

de las entidades de crédito. Sin embargo, esta opción no permitiría, en principio, garantizar uno de los servicios que la Directiva —y el RDL 19/2017 también— contempla: la retirada de efectivo. El derecho al reembolso —incluso en efectivo— de los fondos solo puede ser garantizado por una cuenta de depósito como instrumento para garantizar el derecho de acceso a los servicios de pago.

La opción a disponer de efectivo —aunque siendo en cuantía limitada— está vinculada, como se verá con más detalle en el apartado III.4, al derecho reconocido de hacer pagos en *cash.* Cobra así sentido la opción del legislador europeo y nacional por las entidades de crédito y las cuentas de depósito.

Solo en el contexto de una economía sin efectivo cabría plantearse otro tipo de soluciones regulatorias. Mientras el uso y disposición de efectivo siga siendo considerado un derecho, habrá que garantizar el acceso a un sistema de pagos que permita disponer de él, al menos en ciertas cuantías. No son pocas las cuestiones jurídicas que este tema —el uso de efectivo— plantea y van desde el control de la delincuencia y el blanqueo de capitales, en un extremo, hasta la tutela del derecho a la intimidad, en el otro.

2.2.2. Reglas imperativas para el contrato de cuenta de pago básica

Al margen de la cuestión relativa a la calificación de la cuenta de pago básica como cuenta de depósito, el RDL 19/2017 contiene ciertas cuestiones relativas a las «comisiones y gastos asociados» que operan como derecho imperativo para el caso de las cuentas de pago básicas (art. 9).

Aunque en su ap. 1, el art. 9 citado se refiere a que las comisiones por los servicios prestados en el caso de cuentas de pago básicas serán los que se «se pacten libremente», el ap. 2 habilita al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para establecer comisiones máximas y en ciertos casos, incluso a eliminarlas, condicionando el ejercicio de esta potestad reglamentaria a que la determinación de dichas comisiones sea *razonable y esté basada en ciertos criterios*[67]. Con esta men-

[67] Ver art. 9.3 RDL 19/2017 donde se habla de los siguientes criterios:

«a) Nivel de renta nacional en relación con otros Estados miembros.

b) Las comisiones medias aplicadas por las entidades de crédito por tales servicios en cuentas distintas de las cuentas de pago básicas.

c) Las comisiones o gastos máximos que, conforme a este artículo, se establezcan, en su caso, por los servicios previstos en las letras a), b), c) y d) (2.º) del art. 8.1, no tendrán en cuenta el número de operaciones ejecutadas sobre la cuenta de pago básica. En el resto de los servicios de dicho apartado, se establecerá un número mínimo de operaciones que cubran el uso medio personal de cada servicio sin comisión o con una comisión razonable. Por encima de

ción la norma legal no hace sino recoger lo ya dispuesto en el art. 18 de la Directiva 2014/92/UE, en relación con las *comisiones aplicables*.

Pues bien, en el marco de esta habilitación, la Ministra de Economía y Empresa, dictó precisamente la Orden ECE/228/2019, de 28 de febrero, sobre cuentas de pago básicas, procedimiento de traslado de cuentas de pago y requisitos de los sitios web de comparación. En su Disp. Final Segunda, la Orden ECE/228/2019 alude a que mediante ella «se incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/92/UE…». Entre otras cuestiones, sus arts. 3 a 5 concretan ciertos elementos relativos al contenido del contrato de apertura de cuenta de pago básico, que en este sentido, aparecen como derecho necesario[68]. Se trata de cuestiones que van desde la mención general a la aplicación de los principios de buena fe y de «uso razonable»[69], hasta la fijación general de su gratuidad («la entidad no podrá cobrar ninguna comisión…» (art. 4.1), salvo en determinadas circunstancias, en las que la cuantía máxima de las comisiones será de 3 euros mensuales, para el caso de los servicios de pago básicos (art. 4.2).

Aunque es cierto que el art. 18.1 de la Directiva 2014/92/UE incorpora criterios que avalan la opción seguida por el Ministerio de Economía y Empresa de imponer la gratuidad o límites estrictos a las comisiones en el caso de los servicios prestados en el marco de los contratos de cuentas básicas de pago, en mi opinión, la vía seguida por el legislador de urgencia habilitando al Ministro del ramo a desarrollar esta cuestión vía Orden ministerial resulta insuficiente desde el punto de vista de las exigencias del principio constitucional de legalidad. Puede incluso argumentarse, el carácter expropiatorio de la medida, sin que en ningún momento el legislador contemple medidas compensatorias. Estamos, como tantas veces, ante un ejercicio, por decirlo de alguna manera, muy generoso de las potestades públicas, no siempre suficientemente respetuosa con las posiciones jurídicas de las empresas afectadas y el coste que implica su cumplimiento.

No obstante, cabría quizá plantear una explicación distinta acerca del tipo de relación jurídica que se crea en el marco de esta norma, en la medida en que consideremos que no estamos ante un contrato

---

este número mínimo, las comisiones o gastos máximos que se establezcan, no serán superiores a las comisiones medias aplicadas por cada entidad».

[68] El art. 5 de la Orden ECE/228/2019, al regular el régimen jurídico aplicable al contrato de cuenta de pago básica menciona en primer lugar el RDL 19/2017, en segundo lugar, la propia orden, seguida por el RDL 19/2018, de 23 de noviembre y sus normas de desarrollo y, en último lugar, el resto de normas.

[69] Entendiendo que el *uso razonable* al que alude la Directiva ha quedado concretado en que no puede amparar: «a) la utilización de servicios de pago que por su frecuencia, su naturaleza o sus características resulten ostensiblemente distintos de los que corresponden a un cliente, ni b) su uso para finalidades profesionales distintas de las que corresponden a un consumidor» (art. 3 de la Orden ECE/228/2019).

convencional de cuenta de depósito de naturaleza jurídico privada y, de que lo que se trate sea de una suerte de relación bilateral *entre particulares* con origen en la Ley. Avalaría una aproximación de este tipo la ausencia de libertad para contratar en la que se encuentra la entidad de crédito cuando le es solicitada la apertura de cuenta del pago básica y no concurren causas de denegación. Solo en este contexto la habilitación reglamentaria para completar elementos sustantivos de dicha relación —contenido y precio— cobraría cierto sentido. Ahondaría en esta idea el régimen de revisión de conflictos que prevé el art. 6 Orden ECE/228/2019 y la mención que ahí se hace a la resolución alternativa de litigios. Esta es una cuestión que está pendiente de un estudio en profundidad y que en parte se aborda en el epígrafe IV.

3. La inclusión financiera: de las soluciones «autorreguladas» para garantizar el acceso a servicios bancarios presenciales al principio legal de prestación personalizada de Ley para la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero

Como ya se ha señalado al inicio de estas páginas, uno de los elementos que caracteriza la transformación que está viviendo el negocio bancario —y en general, el negocio financiero— en los últimos tiempos tiene que ver con la profunda digitalización del sector[70]. Esta transformación está permitiendo, de una parte, ofrecer a los clientes servicios digitales que mejoran su experiencia como cliente, a través de la banca *on line* y de los sistemas de pagos virtuales, al tiempo que permite a los bancos reducir costes en sucursales y personal, mejorando correlativamente su eficiencia operativa. Pero lo que para algunos es ventaja, para otros está suponiendo un serio problema. Las desventajas afectan principalmente a las personas mayores, que disponen de menos habilidades digitales y que ven reducirse cada vez más la atención presencial, así como a determinados colectivos de personas con discapacidad[71]. Esta situación se acentúa cuando se trata de zonas rurales, escasamente pobladas y envejecidas. Este fenómeno de *exclusión* no es exclusivo del ámbito bancario. En otros sectores también aparece. Incluso se da en el caso de ciertos servicios prestados por las Administraciones públicas, donde en ocasiones conseguir una cita se convierte en una lucha titánica con la máquina. Es lo que se viene conociendo como la *brecha digital*[72].

---

[70] Sobre el particular y con carácter general, puede verse, Belando Garín, B., (dir.) *El derecho de los usuarios de servicios financieros. Digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2024.

[71] En su Informe, el Defensor del Pueblo desgrana con detalle las dificultades de estos grupos de afectados, *vid. Retos de la inclusión financiera. Servicios bancarios y personas vulnerables*, Madrid, 2024, pp. 52 y ss.

[72] *Ibídem,* pp. 72 y ss.

En este contexto, en diciembre de 2021, Carlos San Juan, jubilado, hizo público un manifiesto («soy mayor, no idiota»)[73], en el que denunciaba la situación y dificultades en las que se encontraban las personas mayores en sus gestiones bancarias cotidianas. En pocas semanas consiguió el apoyo de más de 640 000 personas, así como la atención de los medios y de los poderes públicos.

La respuesta puesta en marcha en ese momento hay que ubicarla en el contexto de la autorregulación, mediante la firma del *Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca*[74]. Las asociaciones del sector, vinculadas a la firma de este protocolo, dispusieron además la creación del *Observatorio para la Inclusión Financiera*[75]. Junto con la mejora de la atención a las personas de edad, donde la brecha digital se acrecienta, proponían además garantizar la existencia de al menos un punto de acceso a servicios bancarios presenciales a las más de 660 000 personas que residen en los 3230 municipios que no disponen de este servicio.

Aunque la firma de este protocolo contó con el aval de la Ministra de Economía, lo cierto es que no se alcanzó a adoptar ninguna solución jurídica de carácter imperativo.

Con posterioridad, tanto el citado Observatorio como el propio Banco de España han analizado la situación de los servicios bancarios en España y su prestación a los colectivos de mayores y en zonas despobladas[76].

Así, según el estudio del Banco de España, citado en nota, la situación a 2022 se caracteriza por lo siguiente:

> i) En relación con el número de puntos de acceso presencial a los servicios bancarios, la *reducción en el número de oficinas* bancarias entre 2021 y 2022 se habría visto parcialmente *compensada por la implantación de canales alternativos*, sobre todo de oficinas móviles en

---

[73] *https://www.change.org/p/tengo-78-a por 100C3 por 100B1os-y-me-siento-apartado-por-los-bancos-todo-es-por-internet-y-no-todo-el-mundo-se-maneja-pido-atenci por 100C3 por 100B3n-humana-en-las-sucursales-bancarias-bbva-caixabank-bankinter-santander-respsabadell-help-cabk-responde-bbvaresponde-es*.

Comenta también este hecho, Esteban Ríos, J. «Nuevos derechos de los consumidores financieros frente a la digitalización. El principio de prestación personalizada y más allá», en Belando Garín, B., (Dir.) *El derecho de los usuarios de servicios financieros. Digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2024, p. 30.

[74] Este protocolo fue suscrito inicialmente por al AEB y la CECA en julio de 2021 y ampliado en febrero de 2022, con la incorporación de la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC).

[75] Puede consultarse: *https://observatorioinclusionfinanciera.es/*.

[76] Lo que ha dado lugar a la publicación del informe titulado «La accesibilidad presencial a los servicios bancarios en España: Informe de seguimiento 2023», publicado en la serie *Documentos Ocasionales*, núm. 2320, en Diciembre 2023.

> los municipios más pequeños y de agentes financieros en los municipios más grandes.
>
> ii) Entre 2021 y 2022 *se redujo el número de municipios sin ningún punto de acceso presencial a los servicios bancarios* […].
>
> iii) El porcentaje de municipios sin ningún punto de acceso presencial a los servicios bancarios se redujo en mayor medida que en el caso de otros servicios, tanto de provisión privada (comercios y bares) como con un cierto componente de provisión pública (atención sanitaria y farmacias).
>
> iv) En cuanto al uso y valoración por parte de la clientela de los distintos medios de acceso en 2023, la última edición del EHUE pone de manifiesto que la utilización de los canales alternativos a las oficinas bancarias (agentes financieros, ofibuses, cashback y Correos Cash) es aún minoritaria, tanto en el caso de las personas mayores como en el de la población residente en municipios sin oficina estable.
>
> v) Además, los encuestados en el EHUE perciben que a lo largo de 2022 se habría producido *un incremento apreciable de la distancia hasta el punto de acceso al efectivo habitual* más cercano en los municipios sin oficina estable. Esta aparente discrepancia entre la evolución de las medidas de accesibilidad por el lado de la oferta —dinámicas i)-iii)— y por el lado de la demanda —dinámicas iv)-v)— podría deberse, al menos en parte, a que la mayor disponibilidad reciente de puntos de acceso se explica por la implantación de nuevos canales alternativos, en un contexto en el que la clientela aún utiliza mayoritariamente las oficinas bancarias.[77]

La convocatoria de elecciones generales para julio de 2023 dejó en el cajón el proyecto de Ley para la creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, cuya tramitación estaba ya bastante avanzada y donde por primera vez se abordaba normativamente esta situación. Este proyecto fue retomado por el Gobierno surgido de aquellas elecciones, iniciándose una nueva andadura parlamentaria en abril de 2024, con un texto prácticamente idéntico al decaído en 2023, y al que se ha hecho referencia en varias ocasiones en este trabajo.

De entre las novedades que se incluyen en la norma en tramitación, destaca la formulación de un nuevo principio: el *principio de prestación personalizada de los servicios financieros*, por el que los operadores financieros, —entidades de crédito, empresas de seguro, gestoras de fondos de pensiones y empresas de servicios de inversión— deberán tener en consideración determinadas circunstancias personales de los clientes como son la edad, la situación de discapacidad, la condición de persona extranjera o el nivel de competencias digitales, así como las características de la zona geográfica en la que residan los clientes[78].

---

[77] *Ibídem*.

[78] Ver art. 9.2 del Proyecto de Ley. Sobre este principio, me remito al trabajo de Esteban Ríos, J. «Nuevos derechos de los consumidores financieros frente a la digitalización. El principio de prestación personalizada y más allá», *cit. in toto.*

El principio, así formulado en el ámbito financiero, no es ajeno a la existencia de una mayor sensibilidad y demanda social, de modo tal que han comenzado a proliferar propuestas normativas limitativas al uso de las «máquinas» para la atención a los usuarios en ciertos servicios. Sirva de ejemplo de esta tendencia la aprobación de límites respecto del tiempo máximo de espera en ciertos servicios de atención telefónica previsto en el Proyecto de Ley por el que se regulan los servicios de atención a la clientela[79].

Con la incorporación del principio de prestación personalizada y de las obligaciones que de él se derivan[80], se hace posible la superación de las medidas autorreguladas y su sustitución por auténticas normas jurídicas.

Por otro lado, en mi opinión, la formulación de este principio de marcado carácter tuitivo, se enmarca en un contexto más amplio. Esta perspectiva —tuitiva, como digo— es la que permite que sus efectos se trasladen al propio contenido del contrato, como derecho imperativo. Así son también interpretados algunos de los elementos del régimen jurídico de ciertos contratos financieros, en particular, cuando regulan la fase precontractual. Ocurre igualmente en el caso de los contratos de crédito al consumo[81], de crédito hipotecario[82] e, incluso de las normas de protección del inversor[83]. La imposición de extensas obligaciones de información acerca de los riesgos del producto o la elaboración de test de idoneidad y/o de perfil de riesgo al cliente financiero en la fase precontractual, siguen una lógica contra intuitiva si lo observamos desde la teoría del contrato, pues obligan a una de las partes —la entidad financiera— a ponerse en el lugar de la otra parte —el cliente financiero— para proteger, en definitiva, los intereses de éste (por ejemplo, evitar el sobreendeudamiento). Es, nuevamente, una lógica tuitiva, por la que ciertos sujetos privados deben velar por los intereses de otros sujetos privados, incluso si dichos intereses se contraponen a los suyos. Aunque ciertamente se sigue la dinámica consumerista en la regulación de este tipo de contratos, este ordenamiento sectorial va más allá del marco general del derecho de consumidores y usuarios, alterando de

---

[79] Donde se limita a tres minutos el tiempo máximo de espera. Ver art. 10.3. 121/000012 Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela, *DOCG*, 8 de marzo de 2024.

[80] Junto con la formulación del principio, el citado Proyecto de Ley prevé modificar la LOSSEC, la Ley 20/2015 de seguros, el Real Decreto Legislativo 1/2002, de Planes y fondos de pensiones, y la Ley 6/2023, de Mercado de Valores y Servicios de inversión, añadiendo sendos preceptos que incluyen la obligación de garantizar a sus clientes *canales presenciales […] atendiendo al principio de prestación personalizada.*

La propia Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero se somete también a la exigencias de este principio, tal y como dice el art. 34.2 del Proyecto de Ley.

[81] Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

[82] Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

[83] Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión.

manera importante los elementos clásicos de la teoría del contrato y del reparto de responsabilidades entre las partes del mismo.

Con todo, hay que señalar que la formulación del *principio de prestación personalizada*, atendiendo a su concreción en el art. 2.9 del Proyecto de Ley antes citado, está diseñada con un alcance limitado. No se formula con carácter general, para todos los clientes financieros, sino solo para aquellos que por causas concretas y tasadas (edad, discapacidad, condición de extranjero, habitante de zonas despobladas o escasas competencias digitales) estén en o corran riesgo de sufrir situaciones de exclusión. Los beneficiarios de las obligaciones que en su momento desarrollará reglamentariamente este principio lo serán en la medida en que sea necesario para garantizarles, en definitiva, las exigencias del principio de igualdad (art.14 CE), principio que exige, precisamente, un tratamiento diferenciado. En este sentido debe interpretarse la justificación de la imposición de este tipo de obligaciones y límites al ejercicio de la libertad de empresa, financiera en este caso, en el bien entendido de que su alcance está determinado por los principios de necesidad y proporcionalidad[84].

4. Medidas para asegurar la asequibilidad: la prohibición de comisiones para personas vulnerables por la retirada de efectivo

Ante la insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria y autorreguladas, el legislador ha optado por poner en marcha respuestas normativas, no solo en relación con la presencialidad sino también, en concreto, para facilitar el acceso al efectivo.

4.1. *El uso de efectivo y su régimen jurídico: ¿derecho fundamental?*

El acceso al dinero en efectivo constituye igualmente una cuestión vinculada con el acceso a los servicios esenciales en el ámbito financiero[85]. La función de depositario *a la vista* que llevan a cabo las entidades de crédito en el marco del contrato de depósito irregular les otorga, desde la perspectiva del depositante, un papel garante de primer orden. El contrato de depósito implica la existencia de un derecho a reclamar el reembolso total o parcial del dinero depositado, ya sea

[84] Art. 4 de la LRJSP.

[85] Ver, Esteban Ríos, J. «El dinero en efectivo en la encrucijada. Impulso, restricciones y convivencia con el euro digital», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 128, 2024, pp. 104-141.

mediante transferencia o mediante la retirada de efectivo en ventanilla y/o a través de cajeros.

En este sentido, garantizar el uso y acceso al efectivo por parte de los poderes públicos no es un tema neutro desde la perspectiva de los depositantes, y más teniendo en cuenta el alcance de la digitalización del sistema de pagos y de la protección de datos. En el contexto de las transformaciones de los últimos años y a pesar de que el uso de efectivo es cada ver menor, hasta el punto de que se ha llegado a plantear en ciertas economías la conveniencia de su desaparición[86], nuestro ordenamiento jurídico sigue ofreciendo cierta protección para quienes opten por seguir haciendo pagos en efectivo, dentro, eso sí, de unos límites de cantidad[87].

En el ámbito del derecho interno, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios recoge, entre las diferentes infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios, «la negativa a aceptar el pago en efectivo como medio de pago dentro de los límites establecidos por la normativa tributaria y de prevención y lucha contra el fraude fiscal» (art. 47.ñ)[88]. Ello implica correlativamente el reconocimiento implícito de un derecho a pagar en efectivo.

En relación con los límites establecidos, la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego, modificó el art. 7 de la Ley 7/2012, que contiene la regulación de las «limitaciones a los pagos en efectivo»[89].

---

[86] En países como Suecia, Noruega, Canadá o Australia se han dado pasos para conseguir una economía sin *cash*, y aunque el efectivo no ha desaparecido del todo, su presencia es cada vez menor.

Existe, por otro lado, una correlación negativa entre el porcentaje de pagos realizados en efectivo y el desarrollo económico de los distintos países. Sobre el particular, puede consultarse: Demirgüç-Kunt, A.; Klapper, L.; Singer, D. y Ansa, S., *The Global Findex Database 2021. Financial Inclusion, Digital Payments, and Resilience in the Age of COVID-19,* Washington, World Bank Publications, 2022. Caso de la India, *https://ideas.pwc.es/archivos/20181219/que-paso-en-la-india-despues-de-eliminar-el-dinero-en-efectivo/*.

[87] En relación el tratamiento que hace el Derecho europeo sobre el uso del efectivo, me remito al análisis que hace Esteban Ríos, J. «El dinero en efectivo en la encrucijada. Impulso, restricciones y convivencia con el euro digital», *cit.* pp. 212-214.

[88] Tal y como recoge en la actualidad el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El artículo citado en texto fue incorporado al RDLegis. 1/2007 por el art. 82.4 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Es por tanto, relativamente reciente.

[89] Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

En la actualidad, el límite general de pagos en efectivo se ha reducido, pasando de 2500 a los 1000 euros actuales. En el caso de las personas físicas que justifiquen que no tienen su domicilio fiscal en España y no actúen en calidad de empresario o profesional, el límite asciende hasta 10 000 euros.

El reconocimiento de un derecho al pago en efectivo, bien es cierto que limitado en su cuantía, frente a la opción de una economía sin *cash,* ha suscitado algunas reflexiones por las implicaciones que tiene en relación con el alcance del ejercicio de la libertad y el derecho a la intimidad. Solo el pago en efectivo permite a un ciudadano asegurase que nadie conocerá, dispondrá o controlará ese dato personal relativo a sus decisiones de gasto. La economía digital y sus pagos digitales suponen la existencia de un potencial riesgo de vulneración del derecho a la intimidad, en caso de desvelarse los datos acerca de las preferencias; si se paga o no la cuota de una u otra asociación, si se aportan o no fondos a una fundación religiosa, deportiva, cultural, si se elige tomar una, dos o tres cervezas… La libertad e intimidad de cada individuo se manifiesta no pocas veces a través de sus decisiones en relación con el destino de sus pagos, lo que da cuenta de sus preferencias personales, desde las más intrascendentes hasta las más estrechamente vinculadas al ejercicio de sus derechos fundamentales. Ciertamente la normativa de protección de datos se ocupa de preservar esta información cuando se trata de los datos bancarios y fundamenta así la relevancia constitucional de esta rama del derecho. No obstante, ello no suple la existencia de un derecho a pagar en efectivo. En este sentido, la anterior reflexión sirve como fundamento para poder afirmar el carácter constitucional que en mi opinión tiene el reconocimiento de un *derecho al pago en efectivo* y, en consecuencia, por tanto, la necesidad de que el poder público garantice el acceso al mismo para todos los ciudadanos. De ahí la necesidad de arbitrar respuestas legales que garanticen este derecho a aquellos que circunstancialmente se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que les dificulten o impidan ejercer dicho derecho. No obstante, ello no determina que este derecho pueda someterse a límites —de cuantía, por ejemplo— razonables y proporcionados para proteger otros intereses también relevantes, como el de evitar el fraude fiscal, entre otros.

4.2. *La garantía de uso de efectivo a colectivos vulnerables*

Teniendo en cuenta lo arriba expuesto y desde la perspectiva de la externalización de servicios por la vía de la imposición de *obligaciones tuitivas*, lo cierto es que ejercicio del derecho al uso de efectivo al que se ha hecho mención se ve dificultado en determinadas circunstancias. Por esta razón, otra de las manifestaciones de la regulación bancaria diseñada para proteger situaciones de vulnerabilidad es la recientemen-

te contenida en el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

Esta norma de urgencia, de extenso y heterogéneo contenido, es un ejemplo significativo de la preocupación por la protección de ciertos grupos de personas en situación de vulnerabilidad[90]. En relación a la actividad bancaria y financiera se adoptan diversas medidas entre las que destaca, por su proximidad con las técnicas que aquí se analizan, la que se contiene en el art. 3 por el que se modifica el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera. En concreto, se modifica la redacción del art. 35.1, relativo a los «gastos y comisiones aplicables», incorporando ahí una mención expresa a las *personas mayores de sesenta y cinco años o con discapacidad reconocida igual o superior al 33 por ciento*[91].

El Gobierno, autor del Real Decreto-Ley, en su Exposición de Motivos justifica la medida en un informe publicado por el Banco de España, de 2023[92], relativo a la accesibilidad presencial a los servicios bancarios en España, donde afirma que dicho informe:

> Identifica determinados colectivos que podrían considerarse en situación de vulnerabilidad en términos de *acceso al efectivo*. Entre dichos colectivos se encuentran aquellos de edades avanzadas o bajas capacidades digitales. Es crucial, por tanto, asegurar un adecuado acceso al efectivo a los colectivos más vulnerables, eliminando barreras y promoviendo medidas para facilitar su acceso al mismo.

La particularidad de este régimen jurídico, a mi juicio, se concreta en la determinación de las «personas vulnerables», un colectivo que en este caso no está vinculado a las condiciones económicas ni al estatus de ciudadanía, sino con la edad y con la condición de persona con discapacidad reconocida (igual o superior al 33 por 100). En otras palabras, para la norma reguladora de los servicios de pago la identificación

---

[90] ¡Hasta en cuarenta ocasiones aparece esta expresión en la Exposición de Motivos!

[91] En concreto se dice ahora que: «Las comisiones percibidas por servicios de pago serán las que se fijen libremente entre proveedor de servicios de pago y sus clientes. Sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. *Los proveedores de servicios de pago no podrán establecer comisiones para la prestación del servicio de retirada de efectivo en ventanilla cuando se trate de personas mayores de sesenta y cinco años o con discapacidad reconocida igual o superior al 33 por ciento*» (el subrayado es mío).

[92] Se trata del documento sobre «La accesibilidad presencial a los servicios bancarios en España: Informe de seguimiento 2023», informe elaborado por el Banco de España, y publicado en la serie *Documentos Ocasionales*, núm. 2320, en diciembre de 2023, ya mencionado en estas páginas con anterioridad.

de la vulnerabilidad está sobre todo vinculada con la inclusión digital y no tanto con la condición socioeconómica de las personas beneficiarias de este régimen. Se sobreentiende que la inclusión digital es menor en el caso de las personas de cierta edad y de personas con cierto grado de discapacidad, que eligen preferentemente el uso de efectivo para realizar sus pagos y que lo hacen a través de los servicios presenciales que se ofrecen en las sucursales bancarias.

No se trata solo de regular el acceso al efectivo mediante la exigencia de sucursales o cajeros. La garantía del derecho de uso de efectivo se extiende también a la regulación del *coste de disponibilidad de efectivo* y el tratamiento de las comisiones cobradas. Con todo, esta regulación de 2023 no es la primera que aborda el cobro de comisiones por la retirada de efectivo, aunque sí lo es respecto de la retirada de efectivo *en ventanilla.* En 2015, el RDL 11/2015, de 2 de octubre, abordó específicamente la regulación de las comisiones cobradas por la retirada de efectivo en *los cajeros automáticos*. En aquel momento, la justificación de la medida, sin embargo no estuvo vinculada a la protección de determinados colectivos vulnerables y se trató de una medida de ordenación general, sin distinción respecto de los distintos clientes, pudiéndose hablar, en ese caso, de una medida general.

La reflexión acerca de la generalidad —o no— de la medida contenida en la reforma incorporada en el RDL 8/2023 puede generar ciertas dudas. Son especialmente ciertas entidades de crédito las que están preferentemente instaladas en zonas rurales —como es el caso de no pocas cooperativas de crédito (muchas Cajas Rurales, por ejemplo)—. Y son éstas las que se verán afectadas de forma proporcionalmente mayor que el resto de sus competidoras. Este tipo de entidades, con sucursales locales en zonas demográficamente envejecidas, se ven ahora obligadas a prestar gratuitamente el servicio de efectivo y, por tanto, a soportar ese coste sin que la norma reguladora haya considerado la necesidad de arbitrar algún tipo de compensación o indemnización. Esta consideración es relevante en la medida en que pueda argumentarse que se está rompiendo el principio de igualdad ante las cargas públicas, al exigirse un sacrificio especial a algunas entidades crédito en particular.

Desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de esta obligación, se trata de obligaciones de hacer (disponer de sucursales y cajeros) y de no hacer (no cobrar). En el primer caso, se trata de obligaciones cuyo control y garantía corresponderá a los reguladores sectoriales, a través del ejercicio de sus funciones de inspección, supervisión y sanción, sin que correlativamente exista, en mi opinión, un derecho del cliente bancario a reclamarlo a la entidad de crédito.

En el caso de la regulación de comisiones y sus límites para beneficiar a los clientes vulnerables, su incumplimiento sí da lugar a una vulneración de un derecho individual y por tanto, accionable judicial-

mente. Y en este sentido, cabría por tanto plantear la posible calificación de estas obligaciones como *obligaciones de naturaleza tuitiva,* del tipo aquí analizada, como ejemplo entre otros, de esta nueva modalidad jurídica.

V. COMPLEJA CALIFICACIÓN Y GARANTÍA DE SU TUTELA JURÍDICA

1. Obligación de dar servicios a terceros: ¿derecho privado o derecho público?

La imposición de obligaciones o de limitaciones a favor de terceros —como las que se han analizado aquí, que impactan de lleno en el contenido de ciertas relaciones jurídico-privadas— son herramientas jurídicas relativamente habituales, en particular, en nuestro derecho civil. Entre todas, destaca el deber de alimentos en el marco del derecho de familia. No estamos por tanto ante una institución jurídica de nuevo cuño, aunque sí resulten especialmente novedosas sus últimas formulaciones y su uso recurrente en el contexto de la respuesta jurídica frente a situaciones de vulnerabilidad.

Entre otros motivos, la libertad de configuración que nuestra Constitución ha otorgado al legislador, unida a las transformaciones que en las últimas dos décadas se han producido en el modo en que se relacionan el Estado y la sociedad, en las que el Estado se repliega aparentemente de su función de prestador directo para sustituirla por otra de regulador garante[93], han conformado el humus necesario para la aparición de estas nuevas manifestaciones de la técnica de imposición de obligaciones a favor de terceros.

En su aproximación a la técnica de la *imposición de obligaciones*, Santamaría Pastor define la obligación como la «necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o no hacer que el sistema normativo establece en beneficio de terceras personas que ostentan un poder para exigirlo»[94]. En este contexto, el autor está, en principio, contemplando que el beneficiario de dicha obligación y correlativo titular de la potestad de exigirla es la Administración pública. Esta situación trae consigo el nacimiento de relaciones jurídico-públicas, en la medida en que una de las partes es una Administración pública

---

[93] Como da cuenta Esteve Pardo, J., en su trabajo sobre «La regulación de la economía desde el Estado garante», *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales, II. Congreso de Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* Madrid, 2007, pp. 79-126.

[94] *Vid.* Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo general I,* 5.ª ed., ed. Iustel, Madrid, 2018.

y su actuación para garantizar el cumplimiento de dicha obligación se somete a derecho púbico.

Sin embargo, y como se ha visto aquí, nada impide que la Ley otorgue la condición de beneficiario directo a ciertos sujetos privados concretos (depositantes, demandantes de cuentas de pago, mayores o personas con discapacidad reconocida). En mi opinión, este tipo de previsiones jurídicas, en principio, darían lugar al nacimiento y existencia de relaciones jurídico-privadas, en las que el obligado —entidad de crédito, en nuestro caso— y beneficiario —depositante, cuentacorrentista, cliente de más de 65 años…— se deben correlativamente derechos y obligaciones, cuyo contenido viene determinado, en este caso, por la Ley y su reglamento de desarrollo[95] y, no tanto, por el contrato. Como ocurre, por ejemplo, en el caso antes citado de las obligaciones de alimentos entre parientes del Código Civil[96].

No obstante y debido al contexto regulatorio —el del sector bancario— en el que se ubica esta obligación, no extraña que puedan surgir dudas en cuanto a la naturaleza jurídica —pública o privada— de dicha relación jurídica. La relevancia de esta cuestión y de su correspondiente respuesta está directamente relacionada con la necesidad de identificar qué jurisdicción resulta competente, en caso de conflicto, qué derecho será supletorio y qué principios generales están llamados a ser aplicados, así como, en su caso, qué efecto y alcance puede llegar a tener la resolución judicial que eventualmente dé respuesta a los conflictos que puedan surgir.

Por ello es importante reflexionar si el mandato de la norma que concreta el contenido de los derechos citados, ¿es derecho necesario en relaciones jurídico privadas entre las entidades de crédito y sus clientes? o ¿forma parte quizá del contenido del derecho público como manifestación de ejercicio de potestades públicas y cuyo control y supervisión corresponde a las AAPP y su tutela judicial a la jurisdicción contencioso administrativa?

Pues bien, en mi opinión, el origen de estas obligaciones es la Ley y la tutela de los derechos y deberes que se deben correlativamente los sujetos privados implicados, en principio, corresponde al orden jurisdiccional civil. Otra cosa es que, complementariamente, el ordenamiento jurídico atribuya a los reguladores sectoriales potestades de inspección, supervisión y sanción para controlar y garantizar el cumplimiento de este régimen. Todo ello, en principio, no sustituye la

---

[95] Como se ha visto *supra,* en el epígrafe III.2.2.2 de esta colaboración.

[96] En relación con esta institución, ver con carácter general, Martínez Rodriguez, N. *La obligación legal de alimentos entre parientes,* Madrid, ed. Wolkers Kluver, 2002 y Jiménez Muñoz, F. J. «La regulación española de al obligación legal de alimentos entre pariente», *Anuario de Derecho civil,* vol. 59, núm.2, 2006, pp. 743-792.

garantía de la tutela concreta de la prestación de este servicio para el caso de un cliente específico.

2. ¿Cuál es la vía para garantizar la tutela de los derechos implicados?

A la luz de lo expuesto, es claro que nuestro ordenamiento jurídico dispone de más de una vía para garantizar que se respete el contenido de las posiciones jurídicas de las partes en estas relaciones jurídicas. Las características de la actividad bancaria, en la que se enmarcan las obligaciones que se analizan en este trabajo, sitúan al derecho sectorial bancario que lo regula ante una estructura institucional triangular en la que, junto con las partes de los contratos típicos (de depósito y préstamo; entidad de crédito y/o depositante o prestatario), aparece la Administración, en su papel de regulador. La densidad de derecho bancario —no solo en su función ordenadora de la actividad, también en la fijación de contenido imperativo de las relaciones jurídico-privadas— lleva a algunos a calificar el derecho bancario como una suerte de disciplina en la que las barreras clásicas entre el derecho público y el derecho privado habrían quedado difuminadas, a pesar de que la identificación clara de dicha línea divisoria es relevante para conocer cuál sea la jurisdicción competente y el marco procesal aplicable, como se ha señalado en el apartado anterior.

No ayuda en esta tarea de discernimiento el papel que ha ido arrogándose la Jurisprudencia del TJUE, cuyo control, principalmente vía cuestión prejudicial, no hace distinción en relación con la *summa divisio*. El TJUE da respuesta acerca de la compatibilidad de los derechos nacionales con el derecho europeo en todo tipo de asuntos, indistintamente de si la consulta llega de parte de la jurisdicción civil, contenciosa o laboral. Y, aunque el Derecho europeo es principalmente derecho público, no es solo derecho público. Por ello, tratándose de un marco regulatorio con origen en derecho europeo, el eventual recurso al criterio formal de distinción entre derecho privado y derecho público que fija su atención en la jurisdicción competente[97], puede resultar insuficiente.

Sin embargo, como se ha dicho, abordar de manera inicial la cuestión acerca de la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada sí es imprescindible en el caso del ordenamiento español, ya que determina la instancia judicial ante la que puedo proteger mi derecho. Es en este sentido que la calificación de la naturaleza jurídica de la relación se convierte en un imperativo. Pensemos, por ejemplo, en la situación de

[97] Criterio que en su momento propuso, Velasco Caballero, F. en su obra *Derecho público* más *Derecho privado,* Madrid, ed. Marcial Pons, 2014.

una persona mayor de 65 a la que su entidad de crédito le cobra una comisión por sacar efectivo de su cuenta en ventanilla ¿ante qué instancia judicial podrá reclamar la cantidad cobrada ilegalmente? Sin duda habrá de ser la jurisdicción civil. Aunque es cierto que el problema está planteado en términos teóricos, dado que en términos prácticos la escasez de la cuantía hace que el acceso a la justicia para una reclamación de esta naturaleza resulte a todas luces ineficiente. Pero, siempre puede haber alguien que busque la justicia a toda costa.

Estas razones de carácter práctico son las que están dando lugar a los más recientes cambios. Así, el ordenamiento jurídico dispone ya de algunas vías alternativas y complementarias a disposición de los clientes bancarios. Es el caso de los *servicios del defensor del cliente* que deben disponer todas las entidades de crédito[98] y el Servicio de Reclamaciones del BdE que, a estos efectos, desempeña funciones pseudoarbitrales. Estas vías, no obstante, no excluyen la vía judicial que, insisto, será en todo caso, la civil.

Esta vía de tutela judicial, como ocurre en otros tantos sectores regulados, convive con la atribución de potestades de supervisión y sanción al regulador sectorial, potestades previstas para garantizar, en definitiva, que las normas se cumplan. Sin embargo, el ejercicio de dichas potestades no tiene como efecto la restauración en su posición o el reconocimiento del derecho de sujetos privados, que en todo caso podrán, quizá, participar como interesados o como denunciantes en el procedimiento sancionador. La resolución sancionadora sanciona, pero no restaura la posición del usuario/beneficiario cuya posición jurídica no se respetó. Solo desde esta perspectiva, la norma que ordena la imposición de obligaciones a favor de terceros puede ser abordada como *derecho público*, en el caso de que su incumplimiento abra la vía a posibles sanciones y su control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Como ocurre, por ejemplo, en el derecho de la competencia, cuyo ejecución, supervisión y sanción corresponde a una administración pública —CNMC— y la tutela judicial al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En definitiva, las vías existentes hasta el momento para garantizar la tutela de los intereses de los clientes financieros frente a las entidades de crédito se han mostrado, hasta la fecha, claramente insuficientes e insatisfactorias[99], como ocurre en general en el contexto del derecho

---

[98] Fue la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, la que incorporó la obligación de las entidades de crédito de disponer un Departamento de atención al cliente así como nombrar un *Defensor del Cliente* (art. 29), posteriormente completada por la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

[99] En 2014, ya la Disposición adicional 20.ª de la LOSSEC de 2014, hacía mención a la *mejora la regulación en la protección del cliente bancario* y, en particular, del deudor hipote-

de consumidores y usuarios. Este diagnóstico no afecta solo al ordenamiento jurídico español. El derecho europeo también ha abordado esta cuestión, proponiendo respuestas basadas en soluciones alternativas a los conflictos judiciales.

En este contexto hay que situar dos novedades normativas puestas en marcha en 2024, que comparten algunos aspectos e inciden en esta cuestión. Por una parte está la tramitación de la ya varias veces citada aquí Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes y, de otra, la del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios[100]. Ambos proyectos fueron impulsados en 2022, pero quedaron interrumpidos y decayeron al convocarse nuevas elecciones generales en 2023. Fueron retomados por el Gobierno en marzo de 2024. Ambos pretenden incorporar mecanismos de tutela de carácter extrajudicial, diseñados para dar respuesta eficaz a un sistema judicial costoso, largo y complejo que resulta ineficaz en determinadas situaciones. El impulso llegado desde el derecho europeo está detrás de ambas iniciativas. No es este el lugar ni yo la especialista para tratar esta cuestión, no obstante, desde la perspectiva de este concreto trabajo destaca la novedad que va a suponer la aplicación de estas nuevas respuestas *procesales* al caso que nos ocupa de *acceso a cuentas de pago básicas*.

3. En particular, el régimen de control en caso de denegación de apertura de cuenta de pago básica

Como se ha dicho y al margen la reflexión teórica acerca de las posibles vías de control judicial que permitan garantizar la eficacia de los derechos reconocidos y aquí analizados, destacan las previsiones concretas que hace el RDL 19/2017. En relación con la posible denegación de apertura de cuenta de pago básica (art. 5) o, en su caso, de la decisión de resolver los contratos de cuentas de pago básicas (arts. 6

---

cario, ordenando al Gobierno a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año un proyecto de ley para la incorporación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Ordenaba también al Gobierno evaluar las posibilidades de mejora del actual sistema institucional de protección del cliente, y a buscar *alternativas para potenciar la eficacia de los actuales servicios de reclamaciones, defensores del cliente y servicios de atención al cliente.*

[100] Esta reforma ahonda en la ya iniciada con la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la *resolución alternativa de litigios en materia de consumo*.

y 7), el legislador echó mano de los mecanismos de reacción existentes en ese momento. Así, para estas dos situaciones se dispuso la utilización de la vía de «reclamación», existente en el ámbito bancario. Se trata del sistema de reclamaciones diseñando por la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, a la que ya se ha hecho referencia[101].

Recordemos, no obstante, que este sistema no sustituye la vía judicial, ni las resoluciones que de aquí se obtienen tienen carácter vinculante para las entidades de crédito, por lo que se trata de un sistema escasamente eficaz.

La futura Ley por la que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la *resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras* y sus clientes va a redefinir profundamente el sistema de reclamaciones diseñado por la Ley 44/2002. Ello va a tener consecuencias directas sobre el sistema de tutela jurídica, en concreto, para el caso de denegación de apertura de cuentas de pago básicas al que remite el art. 5.3 del RDL 19/2017, así como para el resto de conflictos que puedan surgir en la aplicación de las obligaciones previstas en la citada norma.

En el centro de este nuevo sistema se va a situar la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (AAIDCF), nueva institución independiente, de las previstas en los art. 109 y 110 de la LRJSP, que tendrá la consideración de *entidad de resolución alternativa* a los efectos previstos en la Ley 7/2017, ya mencionada en nota.

La principal novedad que aporta el nuevo mecanismo de reclamaciones ante la AAIDCF, en relación con el sistema que ha venido funcionando hasta la fecha, tiene que ver con los efectos, contenido y alcance de las resoluciones que en un futuro dicte esta nueva Autoridad. Se trata de reclamaciones que resuelven conflictos entre sujetos privados (entidades financieras y sus clientes) dictadas por una Administración pública cuyos efectos serán, en ocasiones, *vinculantes* y ejecutivos[102]; su interposición impedirá el acceso a la vía judicial en tanto no se resuelva en esta vía administrativa y, la interposición de un recurso contra dichas resoluciones, no suspenderá automáticamente sus efectos, aunque puedan pedirse medidas cautelares. Y lo más importan-

---

[101] Salvador Armendáriz, M. A., «Una aproximación a la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero», *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 34, 2002, pp. 99-132 así como Ruiz López, E. J. M, «La defensa del consumidor de servicios bancarios», en Sánchez Calero, F, y Sánchez-Calero Guilarte, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, Cizur Mayor (Navarra), ed. Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 763-780.

[102] Para determinar qué reclamaciones tendrán efectos vinculantes, la nueva Ley dispone de un criterio de cuantía, por encima o por debajo de 20 000 euros.

te, son resoluciones vinculantes que pondrán fin a la vía administrativa, que no podrán ser objeto de recurso de reposición y que cualquiera de las partes podrá reclamar ante la *jurisdicción civil*.

La consideración de la AAIDCF como de *entidad de resolución alternativa* se enmarca en las previsiones del art. 5.2.c) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, ya citada, y viene a formar parte de un nuevo modelo de protección del consumidor que busca cauces más eficaces, sencillos, rápidos y gratuitos para la solución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo.

Para el caso de la tutela del derecho de acceso a una cuenta de pago básica recogido en el RDL 19/2017, con la entrada en funcionamiento del nuevo modelo de reclamaciones, será la AAIDCF quien esté llamada a tutelar el cumplimiento de este nuevo «derecho» y resolver los conflictos que surjan entre las entidades de crédito y los *clientes potenciales,* así como con los clientes vulnerables.

En el caso de denegación del derecho de acceso a la apertura de cuenta de pago básica y teniendo presente el tratamiento que la RDL 19/2017 da al «procedimiento» que se ha de seguir por parte de la entidad de crédito para denegar[103] la apertura de la citada cuenta (causas tasadas de denegación, información, notificación, plazos y opción de reclamación[104]), la vía de reclamación ante la AAIDCF simula una suerte de recurso de alzada impropia frente a la decisión de un sujeto privado —la entidad de crédito—. En la medida en que dicho sujeto privado se ha convertido en prestador obligado de un servicio de interés económico general, sus decisiones, *privadas,* parecen mutar en *públicas,* pudiendo dar lugar a una situación semejante a lo que ocurre cuando un concesionario de un servicio público ejerce potestades de sanción respecto de un usuario para garantizar el buen fin del servicio. En este caso, la revisión de dicha decisión acabará asumiéndola la administración concedente y su control corresponderá, en última instancia, a la vía contencioso-administrativa, a pesar de haber surgido en el contexto de una relación entre privados[105]. En el caso que nos ocupa, donde el posible conflicto también se plantea inicialmente entre particulares, la vía para la revisión judicial en el sistema de la AAIDCF parece indicar que será la jurisdicción civil la que revise. Esta solución suscita algunas dudas, dudas que, no en vano, coinciden con las dificultades que suscita

[103] Así como a la posible resolución del contrato de cuenta de pago básica. Ver arts. 6 y 7 del RDL 19/2017.

[104] Ver arts. 4 y 5 del RDL 19/2017.

[105] Ver art. 2.d) de la LJCA según el cual corresponde conocer a las jurisdicción contencioso-administrativa «los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, *respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas* conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente».

la propia calificación de la relación jurídica que nace en el marco de la obligación de ofrecer servicios de acceso a una cuenta de pago básica.

VI. REFLEXIÓN FINAL

En el ámbito de la prestación de servicios financieros, inicialmente en el del sector bancario, en parte en el asegurador y, más recientemente, también en el bursátil, se ha venido imponiendo una dinámica tuitiva o consumerista en la ordenación de las relaciones jurídico-privadas. Esta dinámica tuitiva se ha acentuado especialmente a partir de la gran crisis financiera de 2008, aunque sin llegar a ser nueva, pues existían ya con anterioridad manifestaciones importantes en ese sentido.

Entre las razones que explican esta particular aproximación del derecho a la ordenación de los contratos bancarios y financieros destacan varios factores. Algunos tienen que ver con la propia naturaleza de las relaciones, algunos son circunstanciales y otros se vinculan al modo de entender el papel «social» del derecho en cada momento.

Las características del negocio financiero y el papel que tienen en él la confianza y el riesgo, permiten identificar manifestaciones del carácter tuitivo y de protección por parte del derecho que lo regula ya desde antiguo. Así, la prohibición de cobrar interés por prestar dinero podría considerarse una de sus primeras manifestaciones. Un mandato así implicaba ya un límite al alcance de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos, con fundamento en la lógica de una justicia conmutativa. En tiempos recientes, el desarrollo del derecho de consumo y la constatación en ciertos contratos de una desigualdad de inicio de las partes y de una asimétrica posición a la hora de acordar su contenido, ha dado lugar a un *ensanchamiento del contenido imperativo* de dichos contratos. La finalidad que pretende satisfacer este contenido imperativo busca siempre proteger de la parte más frágil: el consumidor o, cuando se trata de contratos bancarios o financieros, el cliente financiero. En esta ocasión, este tipo de soluciones respondería principalmente a una lógica de justicia distributiva.

Con todo, esta finalidad no solo se protege a través de normas de derecho privado. También las normas de derecho público cumplen el objetivo de protección de los clientes o usuarios, aunque el derecho público consigue ese objetivo de forma indirecta, sin necesidad de entrar en el núcleo de derechos y obligaciones que se deben correlativamente operadores y clientes, mediante la protección de la solvencia y la confianza.

Los cambios sociales y económicos, la fragilidad y vulnerabilidad que se han manifestado en este ámbito con ocasión de las crisis recientes y de los cambios tecnológicos de la digitalización, han requerido

por parte de nuestro ordenamiento la adopción de nuevas medidas, de distinta naturaleza, entre las que se encuentran las diseñadas para tutelar el acceso y prestación de ciertos servicios esenciales o vitales, como en es caso de las cuentas de pago básicas. Para ello el legislador ha optado por modular, aún más intensamente, el contenido de las relaciones jurídico-privadas, de los derechos y deberes que correlativamente se deben los actores del mercado financiero mediante la imposición de nuevas obligaciones.

Junto con esta imposición de obligaciones y ante el, en no pocas ocasiones, ineficaz control judicial para garantizar la tutela de las posiciones de las partes, se ensayan *sistemas extrajudiciales de carácter alternativo*. Ello, no obstante, no impacta en la determinación de la naturaleza jurídica de estas relaciones. Lo que cambian son las técnicas o *modalidades jurídicas* a las que recurre el legislador, que sí son relativamente nuevas, en particular si lo observamos con cierta perspectiva histórica. Hasta no hace tanto, para la prestación de ciertos servicios esenciales y su garantía en contextos de insuficiencia o escasez, el ordenamiento jurídico recurría a técnicas típicamente jurídico-públicas, como son las propias del servicio público o del fomento. Debido a las limitaciones presupuestarias, el legislador se ha visto en la necesidad de recurrir al sector privado para garantizar la protección de situaciones de vulnerabilidad a los que el sistema de mercado no alcanza.

Al momento de decidir poner en marcha la nueva modalidad que es la imposición de obligaciones a terceros, ha influido en el legislador la facilidad que supone recurrir a los operadores que ya vienen funcionando para garantizar ciertos servicios. A ello que hay que añadir, en mi opinión, el papel que ha tenido la concepción ideológica dominante al momento de adoptar ciertas regulaciones. En no pocos casos, aunque no siempre, la opción por este tipo de medidas responde a una cierta cosmovisión acerca del papel de la empresa en la sociedad y del modo en que han de relacionarse las esferas pública y privada.

En última instancia, el análisis de estos instrumentos remite a la cuestión jurídica sobre el alcance de la función social de la empresa y de la propiedad y de si la responsabilidad frente a la vulnerabilidad de las personas debe o no ser un factor determinante de las decisiones y conducta de empresarios y propietarios. Esto es, si la protección frente a las situaciones de vulnerabilidad forma o no parte de dicha función social y, en última instancia, de con qué criterio se ha de repartir el coste de su protección, en atención al principio democrático y de igualdad ante las cargas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez-Valdés y Valdés, M. «Síntesis histórica de la normativa jurídica española sobre la banca privada», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 57, 1995, pp. 73-102.

Belando Garín, B., «La autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero», en Belando Garín, B., (dir.) *El derecho de los usuarios de servicios financieros. Digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos,* Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2024, pp. 117-142.

— (dir.) *El derecho de los usuarios de servicios financieros. Digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos,* Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2024.

Bobes Sánchez, M. J., «El Fondo de Garantía de Depósitos», Muñoz Machado, S., y Vega Serrano , J. M. (dirs.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 899-923.

Darnaculleta i Gardella, M. M. y Salvador Armendáriz, M. A., «Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera», *Revista de Administración Pública,* 2010 núm. 183, pp. 139-177.

Darnaculleta i Gardella, M. M., García-Andrade Gómez, J., Leñero Bohórquez, R. y Salvador Armendáriz, M. A., *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*, Madrid, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2022.

Defensor del Pueblo, *Retos de la inclusión financiera. Servicios bancarios y personas vulnerables*, Madrid, 2024 (*https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2024/05/InclusionFinancieraEspana.pdf*).

Demirgüç-Kunt, A., Klapper, L., Singer, D. y Ansa, S., *The Global Findex Database 2021. Financial Inclusion, Digital Payments, and Resilience in the Age of COVID-19,* Washington, World Bank Publications, 2022.

Díaz Alabart, S. «Educación financiera de los consumidores e información sobre el proceso de concesión de créditos», *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios: (Directiva 2014/17/UE),* Reus, 2015, pp. 53-103.

— *La protección del Consumidor en los créditos hipotecarios: (Directiva 2014/17/UE),* Reus, 2015.

— «Financiación del Consumidor I. Contratos de Crédito al Consumo», *Manual de Derecho de Consumo,* Editorial Reus, 2023, pp. 175-90.

Diez Picazo, L. M., «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en Muñoz Machado, S., y Esteve Pardo, J. (dirs.), *Fundamentos e instituciones de la regulación,* Madrid, ed. Iustel, 2009, pp. 409-424.

Esteban Ríos, J., «Las cuentas de pago básicas ¿el primer paso hacia una nueva vía de intervención pública sobre la actividad bancaria?», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 158, 2020, pp. 159-190.

— *El Mecanismo Único de Supervisión. Oportunidad, configuración y problemas planteados,* Madrid, ed. BOE, 2021.

— «La actividad bancaria como servicio de interés económico general. De la regulación a la prestación obligatoria de servicios», *Revista de Derecho del Sistema Financiero. Mercados, operadores y contratos,* núm. 3, 2022.

— «El dinero en efectivo en la encrucijada. Impulso, restricciones y convivencia con el euro digital», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria,* núm. 128, 2024, pp. 104-141.
— «Nuevos derechos de los consumidores financieros frente a la digitalización. El principio de prestación personalizada y más allá», en Belando Garín, B., (dir.) *El derecho de los usuarios de servicios financieros. Digitalización y sistemas alternativos de resolución de conflictos,* Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2024, pp. 17-70.
Esteve Pardo, J., «La regulación de la economía desde el Estado garante», *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales, II. Congreso de Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* Madrid, 2007, pp. 79-126.
— *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis,* Madrid, ed. Marcial Pons, 2013.
Fernández Rodríguez. T. R. «Estudio preliminar. El ordenamiento crediticio y bancario español: reflexiones después de la crisis», en Fernández Rodríguez. T. R. (dir.) *Cometarios a la Ley de Disciplina e Intervención en la entidades de crédito,* 2.ª ed., Madrid, ed. CECA, 1991.
García-Andrade Gómez, J. «Fundamento y características de la regulación bancaria», en Muñoz Machado, S., y Vega Serrano , J. M. (dirs.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 15-141.
Gómez Urquijo, L., «El acceso a cuentas de pago básicas en el mercado interior europeo», *Revista General de Derecho Europeo,* núm. 32, 2014.
Guerrero Lebrón, M. J., «El giro postal», en Petit Lavall, M. V., (dir.) *Régimen jurídico del sector postal, comentario a la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal*, Valencia ed. Tirant LoBlanc, 2011, pp. 487-507.
Jiménez Muñoz, F. J., «La regulación española de LA obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho civil,* vol. 59, núm. 2, 2006, pp. 743-792.
Kindleberger, C. P., (1991) *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras,* (traducción de B. Ribera de Madariaga), Barcelona ed. Ariel, 1991.
La Ley Unión Europea, «Derecho a una cuenta bancaria básica para todos los ciudadanos europeos»*, La Ley Unión Europea*, núm. 15, 2014, pp. 56-57.
Lahiri, A. «The Great Indian Demonetization», *The Journal of Economic Perspectives*, 34, núm. 1, 2020, pp. 55-74. (*https://www.jstor.org/stable/26873529*).
Lämermamm, S: «Financial exclusion and access to credit», European Social Catch Report 2010, *http://www.socialwatch.eu/wcm/financial_exclusion.html*.
Lara Ortiz, M. L., *La supervisión bancaria europea. Régimen jurídico*, Madrid, ed. INAP, 2018.
Llorente San Segundo, I., «La exclusión financiera y el acceso a los servicios bancarios básicos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 1 (enero-marzo), 2019, pp. 399-443.
Lucas Durán, M. J., «Las aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito desde la perspectiva del Derecho Financiero y Tribu-

tario», Cuvero Truvo, A., (dir.), *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanc, 2018, pp. 333-355.

Martínez Rodriguez, N. *La obligación legal de alimentos entre parientes,* Madrid, ed. Wolkers Kluver, 2002.

Michavila Núñez, J. M., «Relación especial de sujeción en el sector crediticio y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 54, 1987, pp. 254 y ss.

Pernías Solera, S., «El régimen de aportaciones a los fondos de garantía de depósitos y de resolución tras la unión bancaria», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 150*,* 2015, pp. 191-228.

Ponce Solé, J. «Bancos privados y servicios de interés general. La Directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, y el acceso a cuentas de pago básicas» en Baño León, J. M. (coord.) *Memorial para para reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado,* vol. ii, 2016, Madrid, pp. 2381-2403.

Rodríguez Míguez, J. A. «Las ayudas estatales en forma de garantía a la luz de la reciente práctica de la Comisión», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2004, núm. 232, pp. 64-84.

Ruiz López, E. J. M, «La defensa del consumidor de servicios bancarios», en Sánchez Calero, F, y Sánchez-Calero Guilarte, J. (coords.) *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero,* Elcano (Navarra), ed. Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 763-780.

Ruiz Ojeda. A. y López Jimenez, J. M. (dirs.), *Estudios sobre la resolución bancaria,* Pamplona, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

Salvador Armendáriz, M. A., «Una aproximación a la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero», *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 34, 2002, pp. 99-132.

— «Del concepto de entidad de crédito en el derecho español: evolución y perspectivas», en Muñoz Machado, S., y Vega Serrano , J. M. (dirs.), *Derecho de la regulación económica. X. Sistema bancario,* Madrid, ed. Iustel, 2013, pp. 285-338.

— «El Estado garante y la función administrativa de supervisión en el sector bancario», Parejo Alfonso, L. (dir.), *Estudios sobre la vigilancia y la supervisión como tareas de la administración en sectores de referencia,* Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2017, pp. 227-267.

— «Sistema de fuentes del derecho bancario: cuestiones actuales», González Vázquez, J. C. y Colino Mediavilla, J. L. (dirs.), *Cuestiones controvertidas de la regulación bancaria. Gobierno, supervisión y resolución de entidades de crédito,* Madrid, ed. La Ley Wolters Kluwer, 2018, pp. 25-55.

— «El sistema de pagos dentro de la economía digital», en Valpuesta Gastaminza, E. y Hernández Peña, J. C. (coords.), *Tratado de Derecho digital,* Madrid, ed. La Ley-Wolters Kluwer, 2021, pp. 571-583.

Santamaría Pastor, J. A., *Principios de Derecho Administrativo general I,* 5.ª ed., Madrid, ed. Iustel, 2018.

Tapia Hermida, A. J., «La nueva regulación de las cuentas de pago en la Unión Europea. La Directiva 2014/92/UE y su trasposición al Ordenamiento español mediante el Real Decreto-Ley 19/2017», *La Ley Unión Europea,* núm. 56, 2018.

Villar Rojas, F. J. «Las técnicas administrativas de garantía de las obligaciones de servicio público», en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 11, 2001, pp. 35-54.

Villarubia González, «La unión bancaria y su ansiado tercer pilar: El sistema de garantía de depósitos europeo (y el fondo único de resolución como broche de los dos primeros pilares)», *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos,* núm. 2, 2022, pp. 331-376.

Wilson, T., «Consumer credit regulation and rights-based Social justice: addressing financial exclusion and Meeting the credit needs of low-income Australians», *UNSW Law Journal*, vol. 35(2), 2012, pp. 501 y ss.

World Bank: «Finance for all?: Policies and pitfalls in expanding access», Washington D. C., 2008, International Monetary Fund, Financial Access Survey, *http://fas.imf.org*.

Zunzunegui, F. «Exclusión financiera: actuaciones y propuestas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 169, 2023, pp. 103-54.