

TAX LEGAL ADVISORY REVIEW

LA REVISTA PARA EL MUNDO ECONÓMICO-EMPRESARIAL

3er Aniversario

PRESENTACIÓN

Tax Legal Advisory Review, desde su creación en el año 2022, es una publicación diferente que pretende ser un cauce para acercar y, en lo posible, conectar, a profesionales, docentes, alumnos y a todos aquellos apasionados del mundo de la Propiedad Industrial e Intelectual, el Derecho Económico y la Consultoría Empresarial; así como divulgar y debatir temas de otras disciplinas transversales. Se trata, por tanto, de una publicación abierta, a través de la cuál llamamos a todos los que puedan estar interesados a colaborar en la investigación y divulgación de nuestras disciplinas.

Los objetivos de esta publicación son ambiciosos: lo que pretendemos es compartir conocimiento y llegar, por muchos años, a lectores de diferentes tipos y disciplinas, invitándoles a colaborar con sus artículos, entrevistas y opiniones, y con el ánimo de contribuir a la actualización permanente de nuestros lectores.

TLARev surge de la conjunción perfecta entre universidad y visión profesional del Derecho y, en este sentido, permite ofrecer una visión realmente novedosa de los temas tratados, sin dejar de lado el rigor metodológico y aspira a convertirse en el corto plazo en una publicación de referencia para los operadores jurídicos del ámbito del Derecho económico y empresarial.

UN PROYECTO ACADÉMICAMENTE AVALADO

Tax Legal Advisory Review se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:



BIBLIOTECA
NACIONAL
DE ESPAÑA



INTERNATIONAL
STANDARD
SERIAL
NUMBER
SPAIN



ESTRUCTURA

COMITÉ DE DIRECCIÓN

Daniel E. Márquez Lasso

Socio Director · Stellvest tax legal advisory
Profesor Doctor en Derecho Financiero y Tributario ·
Director del Área de Derecho Privado · Universidad
Internacional de la Rioja

Jonathan Márquez Lasso

Socio Director · Stellvest tax legal advisory
Presidente de la Comisión de Formación y
Vicepresidente de la Comisión Técnica Tributaria ·
Colegio de Economistas de Las Palmas
Profesor de Economía Aplicada y Fiscalidad
Internacional · MBA Business School

Miriam Martínez Pérez

Socia Directora · Stellvest tax legal advisory
Profesora Doctora de Derecho Mercantil y Defensora
Universitaria · Universidad Internacional de la Empresa

COMITÉ EJECUTIVO

Carlos Sosa Sáenz

Director Comercial y de Marketing Paradisus Gran
Canaria · Meliá Hotels International

Eduardo Walls Barrios

CEO y Socio Fundador · Strategio Business Consulting

COMITÉ ACADÉMICO

Alberto Herranz Torres

Profesor Doctor de Sistemas Jurídicos
Contemporáneos · Coordinador de la División de
Derecho · CES Cardenal Cisneros

Amelia González Méndez

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario ·
Universidad de Santiago de Compostela

Carmen Rodilla Martí

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil ·
Universidad de Valencia
Presidenta de la Comisión de Defensa de la
Competencia de la Comunidad Valenciana

Enrique Ortega Burgos

Profesor Doctor de Derecho Mercantil · Universidad Rey
Juan Carlos

Harold Bertot Triana

Profesor Doctor de Derecho Internacional Público y
Director del Grado en Relaciones Internacionales ·
Universidad Internacional de la Empresa

Inmaculada de la Haza de Lara

Partner en Balder IP Abogados · Presidenta del
Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial

Isabel Antón Juárez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado ·
Universidad Carlos III de Madrid

Jaume Martí Miravalls

Profesor Titular de Derecho Mercantil · Universidad
de Valencia
Of Counsel Roca Junyent

José Manuel Almudí Cid

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario y
Director de la Escuela de Práctica Jurídica ·
Universidad Complutense de Madrid

José Manuel Iglesias Casais

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario ·
Universidad de Santiago de Compostela

Juan José Nieto Montero

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario ·
Universidad de Santiago de Compostela

Laura Miraut Martín

Profesora Titular de Filosofía del Derecho ·
Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Lia Tevosyan

Lecturer of Law Department · Eurasia International
University

María José Molina García

Profesora Contratada Doctora de Derecho
Administrativo · Secretaria General Universidad
Internacional de la Empresa

Miguel Abel Souto

Catedrático de Derecho Penal · Universidad de
Santiago de Compostela

Miguel Ángel Martínez Lago

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario ·
Universidad Complutense de Madrid

ESTRUCTURA

EVALUADORES EXTERNOS

Adriana Lozada Hernández

Profesora de Derecho de la Unión Europea ·
Defensora Universitaria de la Universidad
Internacional de la Empresa (España)

Angelo Viglianisi Ferraro

Director MICHR Università degli Studi Di Reggio
Calabria «Mediterranea» (Italia) – Coordinador del
Programa ERASMUS

Antonio Sorela Castillo

Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Chiapas
(México)

Antonio Tirso Ester Sánchez

Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Las
Palmas de Gran Canaria (España)

Beata Stępień-Załucka

Dr. hab. Professor of the University of Rzeszow
(Polonia)

David Enrique Pérez González

Profesor Contratado Doctor de la Universidad de La
Laguna (España)

Elena Carolina Díaz Galán

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y
Relaciones Internacionales de la Universidad Rey
Juan Carlos (España) – Coordinadora del Grado en
Relaciones Internacionales

Ignacio Ara Pinilla

Catedrático de Filosofía del Derecho de la
Universidad de La Laguna (España)

Jorge Taboada Villa

Profesor Doctor de Derecho Financiero y Tributario de
la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Rubén Miranda Gonçalves

Profesor Contratado Doctor de la Universidad de Las
Palmas de Gran Canaria (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Pablo Cabrero Martín

Abogado · Profesor de la Universidad Internacional de
la Empresa

Iván Docasar García

Asesor Fiscal AZ Soluciones Contables · Instituto
Universitario de Investigación en Economía Social,
Cooperativismo y Emprendimiento · Universidad de
Valencia

José Luis Quintana Cortés

Abogado · Socio en Rodríguez Castaño Abogados ·
Universidad Carlos III de Madrid

Katherine González H.

Abogada Asociada · Corral Rosales · Ecuador

José Manuel Sendín Rodríguez

Abogado Sistemius · Universidad Internacional de la
Rioja

Sara de Torres Riveiro

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos
Humanos · Naciones Unidas
Universidad de Valencia · Universidad de Santiago de
Compostela

Sonia Regueiro Lemos

Abogada · Universidad de Vigo · Universidad de
Santiago de Compostela

Natalia Pais Wyka

Técnico Jurídico · Xunta de Galicia · Universidad de
Santiago de Compostela

SECRETARÍA

Diego E. Márquez Sosa

Universidad Carlos III de Madrid

NORMAS PARA AUTORES

Las contribuciones escritas se presentarán en formato Word con una extensión máxima de cuatro folios:

- Tipo de letra Times New Roman.
- Punto 12.
- Espacio sencillo.

Las contribuciones se adaptarán a alguna de las siguientes secciones de TLAREv:

- Estudios: 20 páginas de extensión máxima, incluyendo notas al pie.
- Estudios breves: 8 páginas de extensión máxima, incluyendo notas al pie.
- Comentarios de jurisprudencia: 3 páginas de extensión máxima, incluyendo notas al pie.
- Opinión: 3 páginas de extensión máxima, sin notas al pie.
- Tendencias: 1 página de extensión máxima sobre noticias de actualidad.
- Referencias bibliográficas: 2 páginas de extensión máxima sobre obras publicadas de actualidad.
- La entrevista: 4 páginas de extensión máxima que recojan entrevistas de interés.

La autoría de la contribución puede ser individual o colectiva, debiendo hacer constar el cargo de cada uno de los autores.

Junto con la contribución, el autor o autores deberá adjuntar una breve reseña bibliográfica y una fotografía profesional con buena calidad.

Se trata de una publicación de carácter trimestral, cuyos números se distribuyen en los siguientes períodos: enero-marzo, abril-junio, julio-septiembre y octubre-diciembre. Los plazos de entrega serán:

- Número enero – marzo: entrega de originales hasta el 15 de marzo.
- Número abril – junio: entrega de originales hasta el 15 de junio.
- Número julio – septiembre: entrega de originales hasta el 15 de septiembre.
- Número octubre – diciembre: entrega de originales hasta el 15 de diciembre.

Las contribuciones se enviarán a la dirección de email: tlarev@stellvest.com.

Se pueden consultar todas las normas de publicación en: <https://tlarev.com/publicar-en-tlarev/>

EN ESTE NÚMERO

ESTUDIOS:

- INTELIGENCIA EN LA EMPRESA, APLICABILIDAD Y LÍMITES NORMATIVOS: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA INTELIGENCIA LABORAL 9
- LA CIBERCRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL 27
- THE ANTIABUSE RULE IN THE TAX FIELD AND THE REQUIREMENT OF ADMINISTRATIVE REASONING IN THE CLASSIFICATION OF LEGAL TRANSACTIONS 39
- LOS FACTORES ECONÓMICOS QUE JUSTIFICARÍAN LA REFORMULACIÓN DE LA CONFLICTIVA ESTRATEGIA PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA 62

ESTUDIOS BREVES:

- OBLIGACIONES TRIBUTARIAS INFORMATIVAS EN MATERIA DE PAGOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO 253/2025 74
- EL ANTICIPO DE LEGÍTIMA Y LA DONACIÓN FRENTE AL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES EN PERÚ: UNA DISTINCIÓN INDEBIDA 80

OPINIÓN:

- LA CLASE MEDIA EN MUTACIÓN: EL CENTRO DE LA PIRÁMIDE QUE SE DESVANECE 86

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA:

- EL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA, TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1427/2024, DE 30 DE OCTUBRE 93
- LOS EFECTOS DEL RETRASO INJUSTIFICADO EN LA COMUNICACIÓN DE OPERACIONES BANCARIAS NO AUTORIZADAS, TRAS LA STJUE, ASUNTO C-665/2023, DE 1 DE AGOSTO DE 2025 97

EN ESTE NÚMERO

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS:

- EL CONCEPTO DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO ESPAÑOL: ¿PRINCIPIO, OBLIGACIÓN O DERECHO? PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA 105
- EMPRESAS QUE NACEN SILVESTRES ¿POR QUÉ MUCHAS EMPRESAS ESTÁN CONDENADAS AL FRACASO? 107

ESTUDIOS

GARCÍA TRONCOSO, X., Inteligencia en la empresa, aplicabilidad y límites normativos: especial referencia al caso de la Inteligencia Laboral.

CABRERO MARTÍN, P., La cibercriminalidad en el ámbito empresarial.

MÁRQUEZ LASSO, E. D., The antiabuse rule in the tax field and the requirement of administrative reasoning in the classification of legal transactions.

FIERRO RODRÍGUEZ, D., Los factores económicos que justificarían la reformulación de la conflictiva estrategia procesal de la Administración Tributaria.

INTELIGENCIA EN LA EMPRESA, APLICABILIDAD Y LÍMITES NORMATIVOS: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA INTELIGENCIA LABORAL

BUSINESS INTELLIGENCE, APPLICABILITY AND REGULATORY LIMITS: SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF WORKPLACE INTELLIGENCE

Recibido: 12.12.2025 / Aceptado: 22.12.2025



XÍÁN GARCÍA
TRONCOSO

Técnico jurídico en el sector TIC

 0009-0001-8771-2793

Resumen:

Las organizaciones adoptan decisiones en contexto donde la información abunda, pero es difícil de seleccionar, evaluar e integrar para convertirla en conocimiento útil. La Inteligencia, entendida como proceso de obtención, análisis e integración de la información, aparece como actividad clave para disminuir riesgos, anticipar escenarios y reducir incertidumbre. Aplicar modelo de Inteligencia en las organizaciones con encaje en nuestro ordenamiento, se configura como herramienta capaz de apoyar la toma de decisiones y generar ventaja competitiva, encontrando un ejemplo ilustrativo en la Inteligencia Laboral.

Palabras clave:

Inteligencia, Inteligencia Empresarial, Inteligencia Laboral, fuentes abiertas; OSINT, Ciclo de Inteligencia, toma de decisiones; incertidumbre, análisis de información e investigación corporativa.

Abstract:

Organizations make decisions in contexts where information is abundant, but difficult to select, evaluate, and integrate in

order to transform it into useful knowledge. Intelligence, understood as a process of obtaining, analyzing and integrating information emerges as a key activity to reduce risk, anticipate scenarios, and decrease uncertainty. Applying Intelligence models within organizations, aligned with our regulatory framework, becomes a tool capable of supporting decision-making and generate competitive advantage, finding an illustrative example in Labor Intelligence.

Keywords:

Intelligence, Business Intelligence, Labor Intelligence, open sources, OSINT, cycle of Intelligence, decision making, uncertainty, information analysis and corporate investigation.

I. Inteligencia. ¿De qué hablamos?**1. La definición de la Inteligencia**

Las organizaciones deben adoptar decisiones constantemente sin la información adecuada, asumiendo riesgos elevados derivados de la incerteza, pues el mercado actual tiene por definición la incertidumbre, a pesar de tener a su alcance una cantidad abrumadora de información, apareciendo la Inteligencia como actividad que puede ser distintiva para el desarrollo y supervivencia de las entidades.

Cuando escuchamos la palabra Inteligencia, viene a nuestra cabeza el mundo del espionaje, operaciones militares o el ejercicio de influencia para alterar el curso de algún país, pensándola como una actividad estatal que genera tanto rechazo como curiosidad.

Pero, realmente, ¿esto es la Inteligencia? ¿es posible transformar una actividad muchas veces rodeada de fantasía, en una actividad útil y práctica para cualquier organización?; y lo más importante, ¿nuestro ordenamiento permite que realicemos esta actividad?

Como veremos, la Inteligencia va mucho más allá de ser una actividad restringida a los Estados y, su finalidad, no tiene por qué ser militar. Encontrándonos en un mundo incierto, con elevada incertidumbre, la Inteligencia representa una oportunidad para organizar la inmensa cantidad de información que tenemos disponible y maximizar el proceso de toma de decisiones, de forma legítima. Tal como podremos observar en el ejemplo de la Inteligencia laboral, siendo conveniente un estudio más profundo.

La Inteligencia es un concepto multidimensional, pudiendo diferenciar un resultado, pues en palabras de RODRIGUEZ MARCOS es «el producto que resulta de la evaluación la integración, el análisis y la interpretación

de la información reunida»[1]; y, también un proceso, de forma que, autores como MUÑOZ la definen como «un proceso metodológico mediante el cual la información sometida a una serie de estadios, por unos productores, dentro de una organización, y en concomitancia con el consumidor de inteligencia, genera un producto que servirá para ayudar a reducir la incertidumbre y servir como apoyo al proceso en la toma de decisión»[2].

Nos encontramos pues, que la Inteligencia, es un proceso que nos ayuda a evaluar y tratar la información que necesitamos para adoptar decisiones, reunida por personas específicamente destinadas a satisfacer las necesidades de información junto con las personas que requieren su uso, así como el resultado del tratamiento de todos estos datos, presentándose como un producto procesado que permite adoptar decisiones.

Si bien es cierto que, tradicionalmente, esta actividad se asocia con agentes estatales y aplicaciones político-militares, la Inteligencia, con el cambio en la cultura de la seguridad[3], y la aparición de conceptos como la Inteligencia Competitiva[4], se ha expandido entre la sociedad civil.

No es de extrañar, que las organizaciones adopten de manera consciente o inconsciente acciones que pueden enmarcarse en la Inteligencia, ya sea a través de medidas de ciberseguridad para proteger su información[5] (contrainteligencia) o de investigaciones, como estudios de mercado; aunque, en muchos casos, responden a acciones espontáneas y no planificadas[6].

2. El Ciclo de Inteligencia

Tratándose la Inteligencia de un proceso ordenado,

existen modelos para organizar el cómo cubrir la necesidad de información, surgiendo, entre otros, el llamado Ciclo de Inteligencia, que será el que utilizaremos como referencia al ser el más cercano y habitual en nuestra cultura. Este modelo, se divide en cuatro fases: la dirección, la obtención, la elaboración, y la difusión[7].

2.1. Planificación y dirección

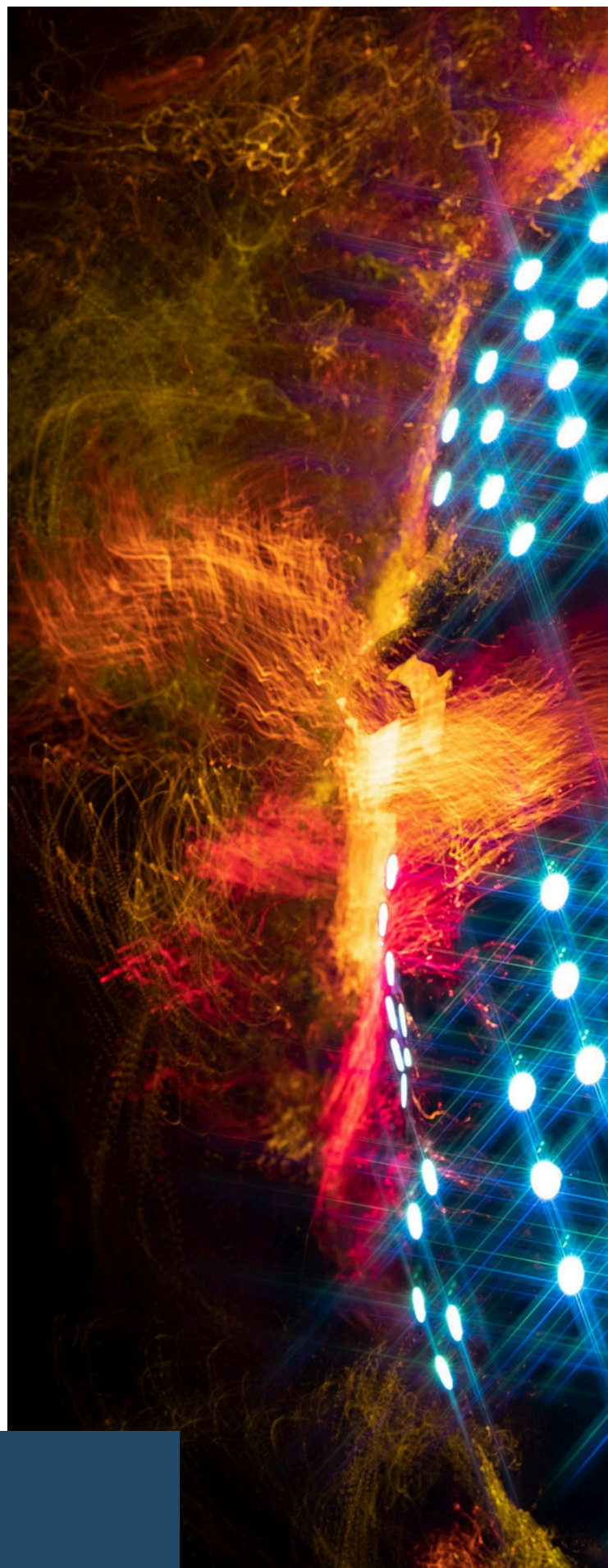
En esta fase, los responsables de las decisiones finales se encargan de establecer las necesidades de conocimiento sobre materias generales o concretas, identificando los objetivos y requerimientos informacionales; si bien en algunos casos, pueden intervenir perfiles especializados en identificar las necesidades, proporcionando a los responsables de la decisión apoyo en la definición de objetivos.

Es importante el papel del destinatario final de la información, que será quien adopte las decisiones y quien establecerá la necesidad de información; siendo, por otra parte, inherente a toda función de dirección, la necesidad de establecer una planificación para disponer los recursos suficientes para cumplir con el objetivo.

En el caso de la inteligencia, la planificación dividirá los objetivos en áreas y subáreas de interés (Aspectos Esenciales de Inteligencia y Componentes de Inteligencia), donde el encargado de reunir la información indicará sugerencias para satisfacer las necesidades, denominándose estas Aspectos Básicos de Inteligencia; de forma que, posteriormente, se diseñe un Plan que defina los Programas de Adquisición, no siendo otra cosa que, el conjunto de tareas orientadas a obtener la información definida.

2.2. Obtención

Esta fase referencia la adquisición y reunión de datos e información de interés según la Planificación y los Programas de Adquisición definidos anteriormente, de manera que, tendrá características diversas según las necesidades de información trasladadas.



La obtención puede producirse de formas muy variadas, pudiendo distinguir diferentes métodos según la fuente de la información, que podríamos clasificar según la siguiente tabla, siendo las más relevantes el HUMINT, donde la fuente son las personas, el OSINT, basada en fuentes abiertas y accesibles, y el SOCINT, resultante de las redes sociales.

TIPO	FUENTE	EJEMPLO
HUMINT (Human Intelligence)	Personas, directamente	Espías, infiltrados, confidentes, testigos, agentes, interrogatorios...
OSINT (Open Sources Intelligence)	Abiertas y accesibles	Internet, medios de comunicación, páginas web, informes técnicos, análisis sociológicos, declaraciones, estudios, fuentes bibliográficas, publicaciones oficiales...
TECHINT (Technical Intelligence)	Tecnología	Cámaras, grabadoras, radares, tacógrafos, dispositivos de geolocalización...
IMINT (Imagery Intelligence)	Imágenes	Cámaras, satélites, drones, medios aéreos
SOCMINT (Social Media Intelligence)	Redes sociales	Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn...
SIGINT (Signal Intelligence)	Señales electromagnéticas o acústicas	Emisiones electromagnéticas de Sistemas TIC; datos en nube o en ficheros digitales
MASINT (Measure and Signature Intelligence)	Señales no atribuidas a otras categorías	Acústica (ACINT), Radar (RADINT), Infrarrojos (IRINT), Laser (LASINT), Nuclear (NUCLINT), Óptica (OPINT), Radiación no intencionada (URINT); Química y Biológica (CBINT); Radiofrecuencia (RFINT)

Tabla 1. Fuentes de Inteligencia (elaboración propia) [8].

2.3. Elaboración

Es la fase donde se reúnen los datos obtenidos para proceder a su valoración, análisis, integración e interpretación, siendo el momento donde la información trasciende su carácter para convertirse en la Inteligencia como producto[9].

En esta fase, nos encontramos con cuatro operaciones esenciales, la valoración, dónde se evaluará la utilidad, credibilidad, oportunidad y exactitud de las fuentes; el análisis, donde se extraen los datos de interés y relevantes que respondan a las necesidades; la integración, donde se relacionan los datos de interés con aquellos otros de los que ya se dispone; y la interpretación, donde se extraen conclusiones por personas especializadas para responder las necesidades de conocimiento y proporcionar previsiones sobre la evolución de la situación.

2.4. Difusión

La fase final del Ciclo, consistente en hacer llegar al destinatario sus resultados, teniendo en consideración

la oportunidad, pertinencia, conveniencia y seguridad. La Inteligencia no se presenta en cualquier momento, sino que debe proporcionarse en el momento oportuno, siendo por lo general en respuesta a necesidades urgentes.

Con pertinencia, pues debe asegurarse que la información la conozca quien debe conocerla, es decir, quien puede adoptar las decisiones ella.

De manera comprensible, pues puede concentrar gran variedad de datos complejos, y de forma segura, garantizando que se recibe exclusiva e íntegramente por las personas previstas, ya que es la confidencialidad lo que también garantiza la ventaja que puede proporcionar la información, puesto que, en caso contrario, podrían variar los escenarios y quedar obsoleta la información disponible.

Con el Ciclo de Inteligencia nos encontramos, en definitiva, con un método amplio y adaptable para poder organizar la manera de cubrir las necesidades de conocimiento en los contextos actuales de las organizaciones, facilitando el uso de la información, especialmente, con las oportunidades que brinda la tecnología.

II. Inteligencia en la empresa

Dada la utilidad que representa en la toma de decisiones, y no siendo otra cosa que un método ordenado de obtención de información no es de extrañar que, como decíamos, las organizaciones realicen hoy en día actividades de Inteligencia.

1. ¿Ya generamos Inteligencia?

Como hemos visto, nos encontramos con las empresas realizan de manera planificada una serie de actividades hoy en día que podrían clasificarse de inteligencia.

Sólo hay que pensar en el DAFO o en los estudios de mercado, siendo el primero una técnica habitual de análisis de situación, permitiendo conocer a la organización sus debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades, pues se determinan las necesidades de conocimiento por la Dirección empresarial, para posteriormente definir cómo obtener la información necesaria, elaborarla (analizando, evaluando e

integrándola) y presentarla, mediante matrices, gráficos o informes, adoptando decisiones en base a los resultados.

En el segundo caso, puede observarse que la Dirección de la empresa también define las necesidades de información que requiere cubrir, para después establecer una planificación destinada a obtener los datos necesarios, siendo evaluados e integrados, y posteriormente presentados en un informe; siendo, en todo caso, la Dirección de la empresa quien tiene una necesidad informativa a satisfacer, y quien, tras realizar todo un proceso ordenado destinado a satisfacerla, adopta decisiones tomando como referencia su resultado.

Y no únicamente, sino que también viene realizando este tipo de actividades cuando se prevé un conflicto con posible desenlace judicial, pues sólo hay que pensar la actividad que despliega cualquiera de las partes en un litigio para obtener la prueba que acredite su posición o la argumentación que pretende introducir, además de proteger el descubrimiento de su estrategia; si bien en estos casos, las necesidades informativas y su obtención suelen estar guiadas por la dirección jurídica letrada.

Ciertamente, se realizan numerosas acciones de inteligencia en el día a día de las organizaciones, de manera espontánea y no consciente, pues con el contexto cambiante del entorno se requiere la búsqueda y tratamiento de información diversa para poder afrontar los cambios; desde la búsqueda de financiación, hasta el estudio de la competencia, pasando por el conocimiento de los clientes, el cómo generar una mayor campaña de marketing o incluso, el investigar un fraude interno.

Son numerosas las actividades de inteligencia que se realizan, si bien son pocas las entidades que disponen de unidades especializadas para elevar estas actividades a una necesidad de negocio propia. No obstante, por su facilidad de implantación, su evidente utilidad y su uso inconsciente, se tratará el caso de la Inteligencia Laboral.

2. El ejemplo de la Inteligencia Laboral

Uno de los ejemplos donde podemos observarla aplicación de la Inteligencia actualmente en las

organizaciones de manera más clara, es en el caso de la Inteligencia laboral, siendo conveniente un estudio más profundo por las oportunidades y problemáticas que plantea.

Como veremos brevemente, la Inteligencia laboral dispone de una perfecta adaptación del ciclo de inteligencia tanto para la parte empresarial como para la parte sindical, destacando su utilidad para ambas, siendo la regulación muy flexible, lo que plantea un buen encaje en nuestro ordenamiento.

2.1. Utilidades y oportunidades de la Inteligencia

Comenzando por la utilidad que representa aplicar específicamente la Inteligencia en el ámbito de las relaciones laborales, deben mencionarse los beneficios que plantean tanto a los efectos de mantener o aumentar los niveles de productividad y motivación, siendo de relevancia para el control del desempeño, pero también para la negociación colectiva, permitiendo adquirir ventaja sobre la contraparte; y sobre todo, para la preparación de prueba y aplicación judicial en situaciones de fraude o, incluso, en cualquier despido.

Así pues, siendo la Inteligencia el proceso de tratamiento de información para cubrir necesidades de conocimiento, y su producto, podemos ver su aplicabilidad, por ejemplo, con la necesidad de conocer el nivel de desempeño y su cobertura a través del control de la actividad, posibilitado por el propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20, apartado 3.

La recopilación de información y el control de actividad, a través por ejemplo, del establecimiento de medios tecnológicos de monitorización como permiten algunos *software*, el control de la presencialidad mediante geolocalización, o el control de la seguridad mediante cámaras, son sólo algunos de los mecanismos que emplean hoy en día las organizaciones y que tienen plena validez judicial; proporcionando información sobre deslealtades, pero también sobre el nivel de rendimiento y cómo mejorarlo.

En la negociación colectiva, por su lado, adquiere una relevancia significativa la confidencialidad,

disponibilidad y detección de la información, pues desde la perspectiva empresarial, conocer la reacción de la plantilla ante las medidas que vaya a implantar o proponer resulta crucial para poder aplicarlas con la menor resistencia posible, pero también para saber hasta qué punto llegar en la negociación, al conocer las posibles acciones de resistencia que podrían existir, como la posible duración de una parada, los descensos en los niveles de productividad o las personas influyentes, siendo una oportunidad incluso para canalizar cambios en conformidad con la plantilla.

Desde la perspectiva laboral, para el ámbito sindical la Inteligencia también representa una oportunidad, en tanto puede facilitar la búsqueda de información para reforzar la capacidad argumentativa en caso de conflicto, o la recolección de documentación para comprobar el cumplimiento y apoyar la implantación de nuevas demandas; en el conocimiento de la situación de la plantilla entre la competencia para reclamar mejoras similares, o en el diseño de estrategias destinadas a reforzar la implantación sindical; pero también en el conocimiento de qué acciones en un conflicto pueden ser más eficaces para promover una negociación, de cuáles pueden ser las vías de comunicación más efectivas para ampliar el apoyo social y entre personas trabajadoras o, incluso, de anticiparse a un despido colectivo o modificaciones negativas en el trabajo y promover la búsqueda de alternativas viables a la reducción de la plantilla o al empeoramiento de las condiciones.

Y lógicamente, la Inteligencia también goza de una eminente utilidad judicial, al poder cubrir las necesidades de información para acreditar incumplimientos en el caso de un despido, incluso en situaciones de fraude como la simulación de incapacidad temporal; o, desde la perspectiva contraria, la posibilidad de reunir prueba e información suficiente como para destapar un fraude en la contratación, incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales o situaciones de discriminación y de acoso.

Además de, en ambos casos, permitir anticipar la argumentación y la prueba disponible por la parte contraria, permitiendo diseñar estrategias de defensa más efectivas, incrementando las posibilidades de éxito y favorecerse la resolución extrajudicial.

La Inteligencia es un proceso ordenado para satisfacer las necesidades de información, por lo que, fácilmente puede deducirse su papel en la tarea probatoria; pero como hemos visto, no únicamente, pues en el marco de las relaciones laborales, como en tantos otros ámbitos, son muchas las ocasiones en las que, disponer de información adecuada, precisa y confidencial, permite obtener una ventaja frente a los cambios del entorno.

2.2. Del Ciclo de Inteligencia General al Ciclo de Inteligencia Laboral

Sabiendo algunas de las posibles utilidades que puede representar la Inteligencia en el mundo del trabajo, para facilitar la creación de modelos de Inteligencia aplicados a las relaciones laborales, es necesario adaptar el Ciclo a sus peculiaridades.

2.2.1. Dirección

Es preciso mencionar, en primer lugar, las diferencias que presenta la fase de dirección, pues en la parte empresarial nos encontramos con que estará regida por los órganos directores de la empresa, incluyendo accionistas y administradores, según el modelo organizativo y quien adopte las decisiones, al ser quien tendrá la necesidad informativa.

Por la parte laboral, lo será el Comité Ejecutivo del Sindicato o la agrupación de trabajadores que se encarguen de la actividad sindical en la empresa, aunque en mayor medida, será dirigida por la representación jurídica, pues cuando la parte laboral habitúa a satisfacer sus necesidades informativas suele realizarlo de manera individual, en procura de una solución jurisdiccional a un conflicto; aunque, dado su papel en la negociación colectiva, no puede negarse un proceso dirigido por los Comités Ejecutivos de los Sindicatos, los Comités de Empresa o por la propia sección mismamente, en función del tipo y grado de implantación sindical existente en la empresa.

2.2.2. Obtención

La fase de obtención, por parte de la empresa, se ejecutará desde cualquier puesto directivo, independientemente de su nivel, sin perjuicio del uso de perfiles especializados, siendo principalmente los encargados de primera línea y mandos intermedios

quienes recojan la información, al quienes estén en contacto estrecho con las fuentes, aunque en ocasiones se recurra a personas especializadas como, por ejemplo, los detectives privados.

En la parte laboral, será el propio trabajador el encargado de obtener la información, ya tenga intención individual o colectiva, pues es quien tiene conocimiento de situación, al ser quien desarrolla la actividad con acceso a documentación, testigos y otras fuentes.

Precisamente, es en las fuentes donde encontraremos otra peculiaridad ya que, la parte laboral, como decíamos, es en sí misma una fuente de información, teniendo acceso a documentación interna de la empresa y al conocimiento del desarrollo de las actividades y sus entresijos, lo que le proporciona ventaja frente al empleador; si bien pierde esta ventaja frente a la enorme capacidad de control que la legislación otorga al empleador, y a la enorme disponibilidad de medios de este para hacerla efectivas.

No hay que obviar que las grandes categorías de inteligencia, como la de fuentes humanas (HUMINT), fuentes abiertas (OSINT), redes sociales (SOCMINT), tecnologías (TECHINT), imágenes (IMINT) y de señales (SIGINT), gozan de plena virtualidad en el trabajo; siendo frecuente encontrarnos el primer tipo en los

testigos, confidentes, peritos y especialistas como los detectives, que aportarán un informe con su valoración personal pero también, como decíamos, en los propios trabajadores, que tendrán a su disposición numerosa información relevante y confidencial.

También es frecuente encontrarnos el uso de fuentes abiertas, como la disponible en el Registro Mercantil, protocolos, documentos en materia de prevención, calendarios y distribución de horarios, vacaciones o registros salariales, además de publicaciones en foros, videos promocionales o declaraciones en medios de comunicación; siendo relevante el papel de las redes sociales, constituyéndose como categoría de fuente propia.

Y sobre todo, nos encontraremos con Inteligencia proveniente de tecnología al disponer el empleador de un creciente número de dispositivos y sistemas destinados a facilitar el control, como es el caso de la geolocalización o los *software* de monitorización, pero donde podemos incluir también los resultados del tacógrafo o cualquier sensor tecnológico; siendo relevante también el uso de imágenes y audio tanto en forma de videovigilancia, como en forma de grabaciones *ad hoc* por la parte laboral para acreditar incumplimientos; añadiéndose, en el uso de cualquiera de estas fuentes, las posibilidades que supone la Inteligencia Artificial en el tratamiento de la



información.

Debe destacarse, que los límites en la obtención y uso de la prueba se flexibilizan más en este ámbito que en otros, como el penal, ya que ambas partes son agentes privados, encontrando el límite principal en el respeto a los derechos fundamentales, aunque se flexibilizará más o menos según se trate de la parte empresarial o laboral, al tener una posición de desigualdad la segunda, y disponer de mayores medios la primera.

2.2.3. Elaboración

En lo que se refiere la elaboración, la peculiaridad nos la encontramos en que, muchas veces, las personas que obtienen la información son quienes la tratan, como es el caso de los mandos intermedios, el equipo directivo o los administradores, con una especial relevancia de los departamentos legales de las entidades, al provenir de estos departamentos en muchas ocasiones las necesidades informativas a satisfacer, sea para mitigar o prevenir riesgos, o para afrontar un conflicto ya abierto.

En la parte laboral, muchas veces será la dirección jurídica quien elabore la información, al ser quien la requiera en función de la actuación prevista en juicio y los hechos que se pretendan probar; si bien cuando se actúa de manera colectiva, la elaboración podría realizarse por el propio trabajador que la obtiene, la propia sección o órganos como el Comité de Empresa, sin que debamos olvidar el papel que pueden ejercer la Inspección de Trabajo que, de informaciones aisladas (indicios) puedan promover su investigación.

2.2.4. Difusión

Por último, la difusión, también tiene ciertas peculiaridades, en tanto la información empresarial muchas veces se encuentra a disposición de algún trabajador, facilitando su filtración y dificultando una conservación segura, por lo que será habitual encontrarnos medidas técnicas como el cifrado de documentos, ejemplificándose una actividad de contrainteligencia; mientras que, la parte laboral, al difundirla, puede adquirirse por el empresario más fácilmente, por revelaciones o el propio control.

Pero también existen peculiaridades en los destinatarios, ya que podrán ser otros trabajadores, pero también Administraciones Públicas, al ser quienes

pueden aplicar la competencia sancionadora o intervenir contra el empleador, como el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación, los Juzgados, el Servicio de Solución de Conflictos del Consejo de Relaciones Laborales, la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Inspección de Trabajo o la Autoridad Independiente contra la Discriminación.

III. Límites en nuestra regulación a la actividad de Inteligencia

El régimen jurídico de la Inteligencia puede definirse por su difusión normativa, debiendo acudir a leyes de diverso rango para encontrar sus límites, siendo, en general, permisivo.

1. Panorama normativo

Debe diferenciarse la actividad estatal, realizada por los servicios de inteligencia como el Centro Nacional de Inteligencia, regulado por la Ley 11/2002 y la Ley Orgánica 2/2002, o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, regidos por la Leyes Orgánicas 2/1986, 4/1997 y 7/2021; además de, por supuesto, la Ley 9/1968, sobre secretos oficiales.

Fuera del ámbito estatal, militar y policial, debe mencionarse la relevancia de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la norma base para determinar su aplicabilidad como prueba en un juicio, y ser el ámbito donde principalmente se aplicará; pero también son relevantes la Ley 5/2014, que regula el ejercicio de los detectives privados, o la LOPDGDD, que establece prescripciones respecto al uso de determinados medios.

También, en función del ámbito donde se aplique la Inteligencia, nos encontraremos normativa de interés variada que establecerá límites como la Ley 1/2019, de secretos empresariales; la Ley 24/2015, de patentes; la Ley 17/2001, de Marcas; la Ley 3/1991, de competencia desleal, e incluso, el Real Decreto Legislativo 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; además de, por supuesto, el Código Penal en lo que a revelación de secretos se refiere.

Es importante también tener presente, los límites

que impone la Constitución, en tanto garante de los derechos fundamentales de los individuos, y de las obligaciones que establecen normativas como el RGPD y la LOPDGDD a nivel de protección de datos personales, pues en muchas ocasiones, esta actividad recogerá un gran número de datos que permitirán identificar a las personas, siendo información que, en algunas circunstancias, podría suponer un riesgo elevado; lo cual plantea también la aplicabilidad de normativas técnicas aplicables al sector en materia de seguridad de la información, como podría ser en el caso de las entidades bajo el ámbito de aplicación DORA o NIS2.

Precisamente, también merecen mención normas de la Unión Europea como la Directiva (UE) 2019/1937, relativa a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, y su transposición en la Ley 2/2023, de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas, además del Reglamento (UE) 2024/1689, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

2. Límites a la actividad de Inteligencia

2.1. La obtención

La actividad de Inteligencia encontrará límites, principalmente, en lo que se refiere a los medios de obtención admisibles en nuestro ordenamiento, que ciertamente resultan amplios, siempre que se respeten los derechos fundamentales, no existan intromisiones en la esfera de la intimidad, ni en ámbitos que, legítimamente, con reconocimiento normativo o no, se pretendan mantener como secretos y se apliquen medidas destinadas a alejarlas del público en general.

Así pues, nos encontramos los límites en tipos como el espionaje industrial (artículos 273 y siguientes CP), cuando se revelen elementos relacionados con patentes, modelos industriales, marcas o elementos de la propiedad intelectual protegidos; pero también en la revelación de secretos empresariales (artículos 278 y siguientes CP) cuando se apodere de información que no goza del mismo nivel de protección, que tiene su reflejo en el tipo de revelación de secretos (artículos 197 y siguientes CP) cuando la obtención y descubrimiento de información confidencial repercute sobre un particular.

2.2. El tratamiento

También el tratamiento tendrá limitaciones, en tanto el RGPD y la LOPDGDD establecen la necesidad de un interés legítimo que, en ocasiones, podría tener más dificultad de justificarse, a la vez que establecen una serie de obligaciones de información que podrían repercutir sobre el carácter confidencial de la Inteligencia, si bien el propio interés legítimo podría amparar que, en algunas ocasiones, se obtuviera sin consentimiento ni información previa.

En líneas generales, existiendo una necesidad de conocimiento a satisfacer, con repercusión por la decisión que se derivará de ella, se justifica el interés legítimo.

Será pues, la proporcionalidad, considerada en su triple sentido, el criterio que aparece como esencial para valorar la admisibilidad de adquirir y mantener la información, debiendo evaluar si el método empleado es idóneo, siendo susceptible de conseguir el objetivo; si no existen otras medidas más moderadas con idéntica eficacia (necesidad) y, si de ella derivan más beneficios para el interés general que perjuicios para otros bienes en conflicto (proporcionalidad estricta), la cual podrá justificarse, especialmente, donde la competitividad o supervivencia de la organización se vea amenazada.

Este es el criterio determinante también para admitir una técnica de obtención, en tanto será el Juzgado quien finalmente determine si las medidas adoptadas fueron legales y apropiadas, siendo el criterio de la proporcionalidad el habitualmente adoptado para ponderar estas actividades que pueden tener injerencia en los derechos de otras personas.

3. La admisibilidad de la Inteligencia como prueba: el caso de la Inteligencia Laboral

Que sea una actividad sujeta a límites, no implica que sea una actividad imposible de realizar, y mucho menos, que no sea empleada actualmente y que goce de admisibilidad judicial, pudiendo ser ejemplificado con el supuesto de la Inteligencia Laboral.

Es habitual que el empleador, emplee diversos medios de prueba que pueden encontrar su equivalente en medios de obtención de Inteligencia

como son el Detective Privado (HUMINT), la geolocalización (GEOINT), la videovigilancia (IMINT) y la grabación de audio (SIGINT), la monitorización (TECHINT) o las redes sociales (SOCINT); sin perjuicio de que la parte laboral también emplee estos métodos de prueba, con especial empleo de los testigos (HUMINT) y del apoderamiento directo de información, que por su cercanía, equivaldría a fuente abierta (OSINT).

Actividades todas ellas que, el empleador, puede utilizar como medios de control empresarial, en virtud de la amplitud que concede el artículo 20.3 ET, llegando a omitir la necesidad de consentimiento por la parte laboral, si bien de acuerdo con los artículos 88 y siguientes de la LOPDGDD será importante la información expresa; aunque, en ocasiones, como veremos, podrá llegar a omitirse.

Comenzando por la prueba de detective, encontramos como limitación principalmente la Ley 5/2014, que recoge en su artículo 48 la sujeción a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, encontrándose la razonabilidad siquiera en la sospecha fundada, pues de acuerdo con la STS 551/2023, *«la concurrencia de ligeras sospechas, de meros indicios o de indicios relevantes no determinan la licitud o ilicitud de la prueba»*; bastando pues, que sea proporcional, pues es un medio apropiado, en tanto, conforme la STJS Comunidad Valenciana 1362/2010, de 10 de mayo de 2010 (Rec. 2676/2009) *«el respeto del derecho a la intimidad del trabajador no puede anular la facultad de vigilancia que integra el poder directivo del empresario y que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad»*; siempre que sea *«en la esfera de actuación externa del trabajador y no existen otros medios eficaces para controlar el cumplimiento de los deberes y obligaciones laborales»*; siendo importante que se busque comprobar incumplimientos, y no existan medios más idóneos, según las características y forma de prestación de la actividad.

Existen ciertas prohibiciones, como la de investigar el domicilio y lugares anexos donde existe exclusión y expectativa de privacidad, pero más allá de este respeto a la intimidad será la proporcionalidad el baremo determinante de su admisibilidad; y estas serán las variables que, como veremos, se repetirán en el resto de los tipos de prueba.

En cuanto al tratamiento procesal, debe mencionarse que la prueba de detective se valora como testifical, conforme a las normas de los artículos 360 y siguientes de la LEC, pues así lo vienen reiterando diversas sentencias[10]; si bien es ineficaz por tener características de la pericial, aunque tampoco conviene su entrada como tal por su falta de imparcialidad; planteando un problema en todo caso, pues la documentación presentada, con independencia de su entrada, generará una imagen que podrá dar lugar a prejuzgar la cuestión sin permitir impugnación directa.

La geolocalización, por su parte, definida como actividad que ubica geográficamente un sujeto, un bien o un suceso, de manera precisa o aproximada, es fácil de imaginar que siempre generará una intromisión en la intimidad, pues conociendo la ubicación de una persona se conocerán las rutinas, contactos o ubicaciones protegidas, como el domicilio; lo cual no determina la invalidez de su uso en las organizaciones, sino que, lejos de ello, es habitual encontrarnos el uso de estos dispositivos en tareas, por ejemplo, de reparto.

Si bien en este caso, por indicación del art. 90.2 LOPDGDD, habrá que informar expresa, clara e inequívocamente sobre la existencia y características de estos dispositivos, siendo aquí determinante la proporcionalidad en la intensidad de los datos que recogerán los dispositivos, pues en algunos casos, finalizará con la jornada; aunque en otros, permanecerá fuera de ella, pues deberes adicionales, como el de custodia, junto a una puesta a disposición de los medios, podrían justificar su recopilación, como observamos por ejemplo en la STS 766/2020 de 15 de septiembre de 2020, (Rec. 528/2018).

Información geoespacial que, si normalmente es empleada por el empresario para controlar la productividad y garantizar la seguridad de sus medios productivos, también es posible que sea utilizada por el trabajador para destapar irregularidades, como podría ser el caso de horas extraordinarias no remuneradas. Destaca en este sentido la STSJ Cantabria 21/2022 de 19 de enero de 2022 (Rec. 826/2021)[11], donde el trabajador aporta justificantes de geolocalización generados por sí

misimos, no debiendo perder de vista que, con el teléfono móvil, cada trabajador puede generar datos fuera del alcance y conocimiento del empresario con utilidad probatoria.

La videovigilancia, por su parte, se encuentra regulada en la LOPDGDD principalmente, habilitando el artículo 22 para tratar imágenes con cámaras o videocámaras dentro de las propias instalaciones, sin más límites que el deber de información, que puede cumplirse mediante un mero dispositivo informativo[12], con ciertas matizaciones en el ámbito laboral, donde para poder emplear la videovigilancia como control establece también en el artículo 22.8 el deber de información previa expresa, clara y concisa.

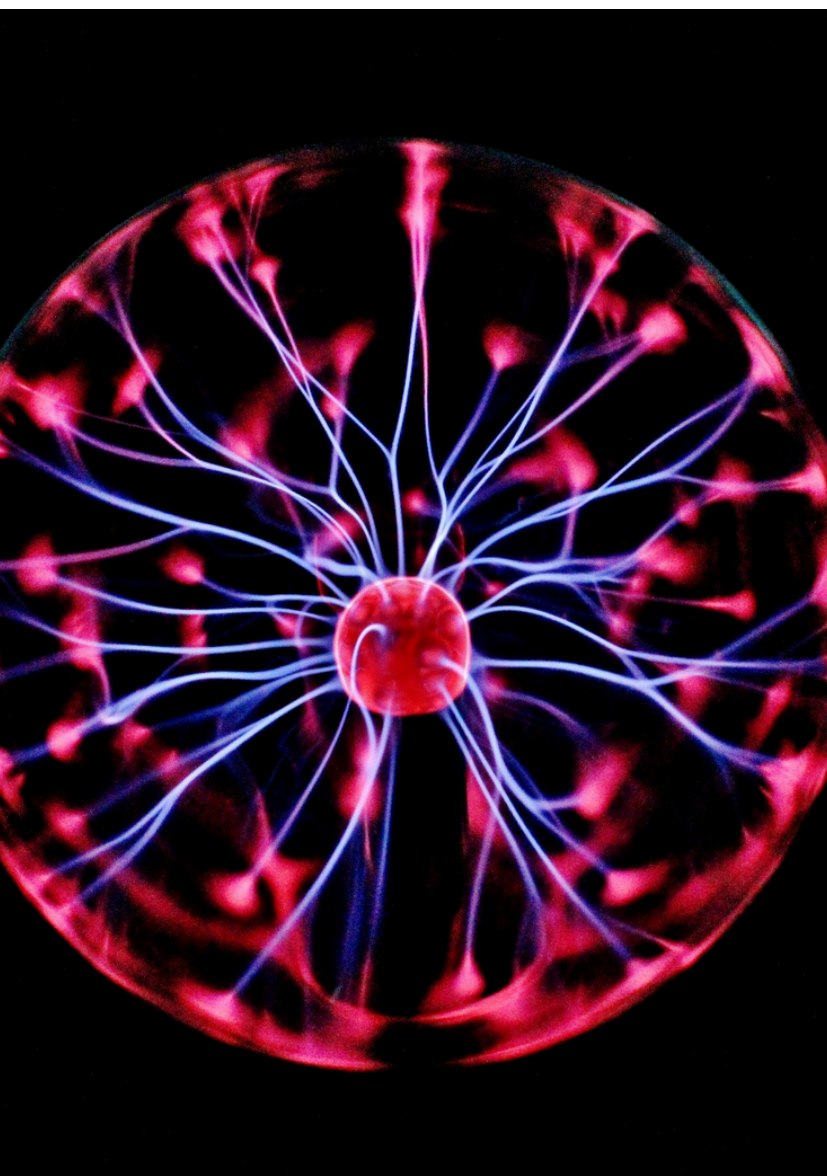
Al igual que sucedía con la prueba de detective, el artículo 89.2 prohíbe la captación en lugares

«destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos», y la incorporación de audio es legítima, pero puede plantear problemas en cuanto a su necesidad, pues no se aceptará si la imágenes suficiente para acreditar el hecho, como sucede en la SJS número 1 de Guadalajara 141/2022 de 15 de marzo de 2022, (Rec. 705/2020).

Deben diferenciarse cámaras visibles, anunciadas o fácilmente localizables, de las encubiertas u ocultas, cuya existencia o localización pudo o no notificarse, sin que se cumpla el deber de información, admitiéndose su validez aunque con justificación más intensa, pues en palabras de la STC 39/2016, (Rec. 7222/2013) recogida por la STS 692/2022, de 22 de julio de 2022, (Rec.701/2021), «el incumplimiento (...) del deber de información previa solo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada»; siendo lo relevante su proporcionalidad, pues también podemos distinguir entre sistemas permanentes y sistemas instalados ad hoc, tras existir sospechas, donde las obligaciones de información, de acuerdo con la STS 692/2022, (Rec.701/2021), «podrán excepcionalmente modularse».

Tal es el punto de la flexibilidad en la actividad, que si bien podría llegar a determinarse un incumplimiento en la legislación en materia de protección de datos, podría cumplir el objetivo para el que se obtuvo la información, como pudo ser la justificación de despido, siendo relevante en este sentido STS 827/2021, de 21 de julio de 2021, (Rec. 5143/2019), ya que establece que «puede ser relevante, sin duda, desde la óptica del cumplimiento de la legislación de protección de datos por parte de ambas entidades, pero no debe llevar necesariamente a impedir que aporte en un juicio laboral unas grabaciones que pueden ser necesarias para satisfacer la carga de la prueba que sobre ella recae», de forma que el hecho de que «la prueba no fuera nula desde la perspectiva de la impugnación judicial de la sanción disciplinaria impuesta al trabajador, no impide que la empresa pueda ser responsable en el ámbito de la legislación de protección de datos».

Y nada impide que sea el propio empleado quien solicite el acceso a imágenes captadas por cámaras instaladas en la empresa o que las capte él mismo, al ser el único



medio adecuado, necesario y proporcional para acreditar algunos hechos, como la falta de medidas de seguridad; siendo muy frecuente, que nos encontremos el uso de grabaciones de audio por parte de trabajadores, siendo admitidas sin mayor problema por nuestra jurisprudencia, si bien son valoradas según las normas de la libre valoración de la prueba.

Todas las imágenes obtenidas por videocámaras, si implican vídeo, serán tratadas por la vía del artículo 382 de la LEC, es decir, como medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen; con idéntico tratamiento el audio, aunque no conlleve imagen, lo cual puede ser limitante, al ser excluida de la revisión en suplicación este tipo de prueba en el orden jurisdiccional social conforme a la LRJS, pudiendo ser fundamental un nuevo visionado. No obstante, es posible que se presenten fotografías, las que, en su caso, serían presentadas como prueba documental por la vía del artículo 268 y el artículo 324 y siguientes de la LEC, pudiendo ser completadas con análisis de inteligencia, con pleno acceso a revisión en suplicación.

También es habitual encontrarnos la monitorización o control del cumplimiento a través de software en medios informáticos o mediante la intervención directa de los dispositivos, incluyendo el control de las comunicaciones a través de medios corporativos.

En este caso, para determinar la admisibilidad judicial será determinante el establecimiento de instrucciones relativas al uso del dispositivo y la existencia de una expectativa de intimidad, entendida como la creencia de que los datos generados permanecerán fuera del conocimiento de sujetos indeseables, siendo relevante, en términos de la STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007, (Rec.966/06), la *«existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, de manera que se verá vulnerado el derecho a la intimidad, cuando se pretenda hacer valer el contenido derivado de su uso existiendo dicha expectativa»*, destruye mediante la prohibición expresa de uso para fines privados[13].

Estas instrucciones, cumplirían con el deber de información, también exigido por el artículo 87 de la LOPDGGDD, al requerir la protección de la intimidad en el

uso de los dispositivos digitales, debiendo establecerse criterios de uso con respeto a los estándares mínimos de protección a la intimidad, si bien también puede omitirse esta información cuando existan sospechas fundadas, como las que pueden derivarse de un control periódico de inventario, como puede verse en la STSJ Andalucía de Málaga 1222/2020 de 8 de julio de 2020 (Rec. 42/2020), o de un hallazgo casual, como en la STSJ Cataluña 1208/2023 de 20 de febrero de 2023 (Rec. 6314/2022).

No obstante, estas instrucciones son relevantes, al punto de que, existiendo advertencia previa, aún si el contenido extraído vulnera la intimidad, se admite la prueba, pues lo relevante es el uso indebido, por ejemplo, acreditando las conexiones no autorizadas[14].

En todos estos casos, será relevante la proporcionalidad de la medida, pues deberá valorarse que con el uso de los dispositivos digitales se genera mucha información sensible que queda almacenada[15], gozando también de la protección de la intimidad al ser información derivada del seguimiento del uso personal de Internet[16].

Por otra parte, merece referenciarse la posibilidad de los trabajadores de adquirir información confidencial para la denuncia de infracciones, por su cercanía a la misma, pues la adquisición de información confidencial se protege por la Directiva 2019/1937, recogiendo su artículo 21 que *«los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito»*, transpuesto en el artículo 38 de la Ley 2/2023[17], y extendiendo la protección, *«a la comunicación de informaciones realizadas por los representantes de las personas trabajadoras, aunque se encuentren sometidas a obligaciones legales de sigilo o de no revelar información reservada»*[18].

En este sentido, a modo ilustrativo, cabe referenciar la STSJ Madrid 514/2022, de 22 de septiembre de 22, (Rec. 596/2021) en la que, ante un despido objetivo donde se alegaron distintas medidas para justificar

las pérdidas[19], se aceptó la documentación confidencial presentada por la trabajadora, a la que tenía acceso por su trabajo, al considerar que *«se efectúa con la finalidad de defensa de sus intereses, sin que conste utilización de los mismos fuera de esa actuación o perjuicio algún a la demandada»*[20].

En palabras de la STC 213/2002, (Rec. 5372/2000), *«no existe un deber genérico de lealtad absoluto y omnímodo, que implique la total sujeción del trabajador al interés empresarial»*, especialmente, cuando el interés informativo para proteger otros derechos es superior, lo cual no quiera apuntar a una posibilidad absoluta de apoderamiento de información, pues habrá que acudir también al juicio de proporcionalidad, no siendo lícita la adquisición para fines personales, sin que se admita, por ejemplo, una pretensión de denuncia, cuando transcurrido un tiempo dilatado sin presentar acción, se alega en un momento desfavorable (STSJ Cataluña 8533/2005 de 9 de noviembre de 2005, Rec. 1273/2005); debiendo atender a las circunstancias y a la finalidad[21].

Por último, cabe referenciar la prueba obtenida a través de redes sociales, es decir, a través de multitud de plataformas digitales que permiten a sus usuarios generar contenido e interactuar, según sus propias características y finalidades, pudiendo ir desde el compartir imágenes, conversaciones o ideas.

Estas redes permiten cierto control sobre lo publicado, limitando el alcance del contenido, si bien no son evitables los accesos no autorizados, a través, por ejemplo, de terceros sí autorizados, añadiéndose que la información siempre quedará registrada, aunque el usuario quiera eliminarla[22].

El usuario se convierte en generador de información, desplegando su actividad en el ámbito digital sin que en muchas ocasiones conozca las repercusiones de lo publicado, al difundirse ampliamente mensajes de forma no prevista, llegando a proporcionar una información de sí mismo que supera su expectativa.

La prueba obtenida a través de estos medios, carece de regulación, determinándose su admisión por las condiciones de fondo, ya que, en tanto el acceso a una publicación sea legítimo, que lo será en todo caso

cuando la cuenta sea abierta al público, es legítimo su uso, como muestra la STSJ Comunidad Valenciana 1022/2024, de 11 de abril de 2024 (Rec. 3317/2023), admitiendo el despido de una empleada, en situación de IT, al acreditar sus publicaciones la realización de actividades de coach nutricional[23]; y siendo privada, es indiferente si se agrega a la persona, pues ya tiene acceso, como se desprende de la STSJ Cataluña 5693/2022 de 28 de octubre de 2022 (Rec. 7521/2021), admitiendo la aportación de las publicaciones al aceptar a una superior jerárquica entre sus contactos[24].

En el ámbito laboral, lo importante es la conexión de laboralidad, la cual se observa más claramente en las situaciones de conflicto colectivo, donde entra en juego la libertad de expresión, no siendo extraño que un empleado publique lo acontecido en su centro, si bien en estos casos, no importa la publicidad, pues no se precisa gran difusión, bastando con que puedan consultarse (STSJ Madrid 804/2019, de 19 de julio de 2019, Rec. 223/2019)[25], ya que, *«es libre de expresar sus ideas y opiniones en las redes sociales, más tal derecho tiene un límite representado por el honor de las personas a las que se refiere y también, en este caso, por el buen nombre de la empresa para la que trabaja»*.

De forma que también puede verse afectado el derecho a la libertad sindical, ya que muchas veces las manifestaciones se producen en conflicto, que por sus características, conlleva mayor probabilidad de improperios[26] y de exageraciones, debiendo ser más flexible aquí el derecho a la libertad de expresión[27]; tomándose como referencia el valor de la dignidad, de manera que se excede cuando con las manifestaciones *«se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando desagradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en su caso alguno compatible con él»*[28].

En todas estas actividades, el límite más relevante, como hemos visto, es la proporcionalidad, llegando a omitirse el deber de información en muchas ocasiones, especialmente, si existen indicios de

irregularidades; siendo actividades que, hoy, realizan las empresas y trabajadores, en mayor o menor medida, con mayor o menor planificación; siendo, además de generadoras de ventaja, admitidas en nuestra práctica judicial.

Así pues, en las relaciones laborales puede verse ejemplificada la utilidad que puede suponer la Inteligencia, especialmente cuando se orienta al control de la actividad o hacia una finalidad judicial, aceptándose por nuestro ordenamiento que agentes privados, como empleadores y personas trabajadoras, adopten ciertas acciones que puedan ser limitativas de algún derecho fundamental, sin que ello suponga un quebranto de alguna norma; siempre, eso sí, que la actuación pueda justificarse desde la óptica de la proporcionalidad.

IV. Conclusiones

Observando las posibilidades que crea la Inteligencia en el ámbito de las relaciones laborales, y vista su admisibilidad, es fácilmente observable la potencialidad que tiene en otros ámbitos para resolver las necesidades informativas en cualquier entidad.

Sea en el ámbito de la competencia, con un conocimiento más profundo del entorno y los principales competidores; sea en el ámbito del negocio, con mayor información sobre las tendencias; sea en el ámbito del marketing y de las ventas, con mayor posibilidad de acercamiento al cliente; en el ámbito de la innovación, con la identificación de las colaboraciones necesarias, o sea en las relaciones laborales, con un mayor control y alineación de las personas que integran la organización, parecen todos ámbitos en los que poder adaptar el Ciclo de Inteligencia y explotar las ventajas que plantea.

La Inteligencia, proporciona un método ordenado para reducir la incertidumbre, y en un entorno como el actual, es clave para el éxito y supervivencia de las organizaciones, sin suponer necesariamente un elevado coste en recursos, dadas las posibilidades en tecnología de las que se disponen actualmente, y sin que exista un marco jurídico estricto que limite esta actividad excesivamente.

En las relaciones laborales, representa un buen ejemplo

de la facilidad de su adaptación, de las utilidades que supone y de la admisibilidad de la que gozan estas actuaciones, pues es una práctica que ya se viene realizando de manera inconsciente; con la contrapartida, que al no volver consciente esta actividad, no se explotan sus posibilidades, e incrementa el riesgo de errores por falta de planificación.

Es por eso, que las organizaciones deberían considerar integrar modelos de Inteligencia dentro de su estrategia de negocio, pues podrían verse beneficiadas de una adopción de decisiones más eficiente y más segura, reduciendo significativamente los riesgos en sus operaciones.

V. Referencias bibliográficas

- [1] RODRIGUEZ MARCOS A. N. / LARRIBA HINOJAR, B. / COHEN VILLAVERDE J. / JIMÉNEZ VILLALONGA R. / LOPEZ MUÑOZ, J. / MARTÍN ROY, J. / PALACIOS J. M. / BLANCO NAVARRO J. M. / MARTÍNEZ ISIDORO, R. / CANO CARRILLOJ. S., Manual de Inteligencia, Tirant lo Blanch, 2029, p. 41.
- [2] RODRIGUEZ MARCOS A. N. / LARRIBA HINOJAR, B. / COHEN VILLAVERDE J. / JIMÉNEZ VILLALONGA R. / LOPEZ MUÑOZ, J. / MARTÍN ROY, J. / PALACIOS J. M. / BLANCO NAVARRO J. M. / MARTÍNEZ ISIDORO, R. / CANO CARRILLOJ. S., Manual de Inteligencia, cit., p. 26.
- [3] Abarcando aspectos como la sanidad, la energía, la economía y la ciberseguridad, entre otros, tal como puede desprenderse de la publicación de MINISTERIO DE DEFENSA, Inteligencia: situación actual y desafíos futuros, Cuadernos de Inteligencia, 2023.
- [4] Para ampliar, consultar ESTEBAN NAVARRO M. A. / CARVALHO, A.V., Inteligencia: Concepto y práctica, en VELASCO FERNÁNDEZ, F. / LARRIBA HINOJAR, B. / CARVALHO, A. V. / SERRA DEL PINO, J. / MIRATVILLAS, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / NAVARRO BONILLA, D. / MELLÓN, J. A. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. / ARCOS MARTÍN, R. / ESTEBAN NAVARRO, M. A., Inteligencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 47-51; y IZQUIERDO TRIANA, H. Manual de inteligencia Económica y competitiva 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2022.
- [5] Lo cual, tampoco resulta exclusivo de nuestros tiempos, encontrando ejemplos de inteligencia económica en la Edad Media, a través de los servicios

creados en Venecia para proteger la industria del vino, el sistema de espionaje del cardenal Granvela o en los antiguos gremios, como indica IZQUIERDO TRIANA, H., «Actores y evolución de la inteligencia aplicada a la empresa», pp. 41-54, en IZQUIERDO TRIANA, H., Manual de inteligencia Económica y competitiva 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2022.

[6] En muchos casos, se hace espontáneamente como respuesta a una necesidad informativa urgente (con GARCÍA MADURGAM. A y ESTEBAN NAVARRO M. A en «La inteligencia competitiva y la dirección de empresas», en GARCÍA MADURGA M. A. / ESTEBAN NAVARRO M. A., Inteligencia competitiva y dirección de empresas, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 21-26). No obstante, hay organizaciones en las que se crean unidades especializadas en obtener y tratar inteligencia, especialmente, en el sector bancario, retail y comunicaciones, de acuerdo con MURPHY, C., «Competitive Intelligence: What corporate documents can tell you», Business Information Review, 2006, vol. 23, n. 35, pp. 35-42; y CUBILLO, J., «La inteligencia empresarial en las pequeñas y medianas empresas competitivas de América Latina. Algunas reflexiones», Ciencias de la Información, 1997, vol., 26, n. 3, pp. 260-267; mientras que, en las empresas más pequeñas, se opta por modelos donde los directivos son quienes reciben y generan la información, de acuerdo con BERGERON, P. / HILLER C., «Competitive Intelligence», Annual Review of Information Science and technology (ARIST), 2002, vol. 36, pp. 353-390.

[7] JIMÉNEZ VILLALONGA R., «El ciclo de inteligencia: una explicación didáctica», Global strategy reports, núm. 22, 2020.

[8] Tabla de elaboración propia con información extraída de JIMÉNEZ VILLALONGA, R., «Tipos de Inteligencia», pp. 96-122, en RODRÍGUEZ MARCOS A. M. / LARRIBA HINOJAR, B. / COHEN VILLAVERDE, J. / JIMÉNEZ VILLALONGA, R. / LÓPEZ MUÑOZ, J. / MARTÍN ROY, J. / PALACIOS, J. M. / BLANCO NAVARRO, J. M. / MARTÍNEZ ISIDORO, R. / CANO CARRILLO, J. S., Manual de Inteligencia, Tirant lo Blanch, 2019; y ESTEBAN NAVARRO M. A. / CARVALHO, A.V., «Producción y transferencia de tecnología», pp. 107-168, en VELASCO FERNÁNDEZ, F. / LARRIBA HINOJAR, B. / CARVALHO, A. V. / SERRA DEL PINO, J. / MIRATVILLAS, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / NAVARRO BONILLA, D. / MELLÓN, J. A. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. / ARCOS MARTÍN, R. / ESTEBAN NAVARRO, M. A., Inteligencia, Tirant lo Blanch,

2012; MORRIS, J. L., MASINT, «An “INT” Still in Transition», American Intelligence Journal, 2019, núm. 36(2), pp. 21-27.

[9] MUÑOZ-LÓPEZ, J., «Términos de Inteligencia», pp. 11-34 en RODRÍGUEZ MARCOS A.M. / LARRIBA HINOJAR, B. / COHEN VILLAVERDE, J. / JIMÉNEZ VILLALONGA, R. / LÓPEZ MUÑOZ, J. / MARTÍN ROY, J. / PALACIOS, J. M. / BLANCO NAVARRO, J. M. / MARTÍNEZ ISIDORO, R. / CANO CARRILLO, J. S., Manual de Inteligencia, Tirant lo Blanch, 2019.

[10] Como las SSTS 3687/1996, de 17 de junio de 1996 (Rec. 1611/1995); 6216/2011, de 16 de junio de 2011, (Rec. 3983/2010); o en otras STSS, de fechas de 08/10/1986 (RJ 1986, 5422), 27/10/1986 (RJ 1986, 6663), 24/11/1986, 27/11/1986 (RJ 1986, 6730); o en palabras de la STS 3687/1996, de 17 de junio de 1996 (Rec. 1611/1995), *«el informe no es un documento, sino un testimonio documentado o, más exactamente, un testimonio que se prestó en juicio con el apoyo de un documento y de un medio mecánico de reproducción de las imágenes», considerándose «parte de la prueba testifical practicada en el juicio mediante el examen del detective».*

[11] Existiendo discrepancia entre los justificantes presentados por el trabajador y el registro empresarial, se señala la posibilidad de apreciar *«la prevalencia de los justificantes de la geolocalización respecto al sistema de fichaje y hacerlo a pesar de que fueron impugnados por la empresa»*; apreciando que *«los criterios tradicionales respecto a la carga de la prueba que se alegan siguen vigentes y presenta especial trascendencia la obligación empresarial de registro de la jornada»*, siendo *«una norma que pretendía subsanar las dificultades de reclamación por parte de los trabajadores»*, pues la ausencia de tal registro *«coloca a las personas trabajadoras en situación de indefensión que no puede atemperarse»*, justificándose *«la existencia del registro»*, sin que vulnere *«el artículo 217 de la LEC y los principios rectores de la carga de la prueba»* el otorgar valor superior a los documentos presentados por el trabajador.

[12] *«Sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control»*, pues *«lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato»* (STS 96/2017 de 2

febrero de 2018, Rec. 554/2016).

[13] STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/06; STSJ Andalucía Sevilla 905/2019 de 28 de marzo de 2019, Rec. 744/2018; STSJ Comunidad Valenciana 2220/2020, de 12 de junio de 2020, Rec. 378/2020; STSJ Cataluña 4573/2008 de 3 de junio de 2008, Rec. 2818/2008; STSJ Galicia 90/2015 de 23 diciembre de 2014, Rec. 3458/2014).

[14] Como puede verse en las SSTSJ Andalucía de Granada 2440/2018 de 25 de octubre de 2018, Rec. 1262/2018 y 1582/2017 de 22 de junio de 2017, (Rec. 288/2017), admitiéndose en esta última la intervención de correos electrónicos.

[15] Como puede observarse en la STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007, (Rec. 966/2006) donde se valora el impacto sobre la intimidad en relación a unos «archivos temporales, que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet. Se trata más bien de rastros o huellas de la navegación en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado. Pero hay que entender que estos archivos también entran, en principio, dentro de la protección de la intimidad».

[16] Y es que, en palabras de la STS 6128/2007, de 26 de septiembre de 2007, Rec. 966/2006 «esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladoras sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.)».

[17] Estableciendo que «no se considerará que las personas que comuniquen información sobre las acciones u omisiones recogidas en esta ley o que hagan una revelación pública de conformidad con esta ley hayan infringido ninguna restricción de revelación de información (...) siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública de dicha información era necesaria para revelar una acción u omisión».

[18] Debiendo mencionar también aquí, la prohibición de represalias del artículo 36, que incluyen desde la suspensión del contrato de trabajo (artículo 36.3.a), daños reputacionales, económicos, intimidaciones, acoso u ostracismo (artículo 36.3.b); referencias negativas (artículo 36.3.c); inclusión en listas negras que dificulten el acceso al empleo (artículo 36.3.d); denegación de licencia o permiso (artículo 36.3.e), de

formación (artículo 36.3.f) o discriminación (artículo 36.3.g).

[19] Tales como que «los socios no percibiesen cantidad económica alguna por su actividad; que se había prescindido de la contratación de agencias de comunicación, elemento fundamental para la captación de fondos; que se habían eliminado los viajes fuera de España; que se habían prescindido de gastos de oficina; que no se había abonado retribución variable, etc.».

[20] Razona la sentencia de instancia que, «analizada la documental aportada no se aprecia uso por simple utilidad personal. La carta de despido objetivo señalaba la existencia de causas económicas centradas en la cantidad comprometida para el fondo que gestionaba BSV, los resultados de 2019 y las medidas de ahorro (...) Gran parte de la documentación aportada por la trabajadora, fue requerida por el Juzgado a la empresa, y a la totalidad de la aportada se tuvo acceso mediante el programa BOX durante vigencia de la relación laboral, teniendo la actora claves que permitían el citado acceso, sin que conste anulación de sus credenciales tras la comunicación del despido objetivo y antes de su fecha de efectos (...) por lo que no puede hablarse de acceso inconsentido a la información. Es más, no consta acreditado (...) ni su revelación o difusión a terceros ajenos, sino tan sólo su aportación en su propio juicio de despido, siendo una documentación de utilidad para desmontar la concurrencia de causa económica y organizativa invocada por la empresa».

[21] Por ejemplo, en cuanto al traslado de material peligroso, como explosivos, es más estricto que en otros ámbitos, sin que, para considerar acreditada la vulneración, como indica la STSJ Andalucía de Granada 1170/2023 de 1 de junio de 2023, (Rec. 2341/2022), se requiera que se «haya favorecido el conocimiento por terceras personas de información confidencial sobre los servicios a los que se hace referencia, por el mero hecho de ser vigilante y el acuerdo de confidencialidad suscrito tenía la obligación legal y el compromiso contractual de no difundir información sobre la realización de los trabajos que ejecutaba; y por lo tanto con independencia de los posibles perjuicios que pudieran derivarse para la empresa demandada lo cierto es que su conducta es lo suficientemente reproachable».

[22] Pues no debe obviarse la posibilidad de que



otros usuarios copien y compartan el contenido, produciendo una cadena digital difícilmente eliminable al completo; a lo que se le suma la posibilidad de haber concedido un acceso más limitado a la publicación, para posteriormente ampliarlo, y viceversa, lo que dificulta controlar los sujetos que acceden realmente a la publicación.

[23] Considerándose su aptitud para trabajar porque «realizar publicaciones casi diarias (aunque sean digitales) requiere una tarea de selección de contenidos y fotos que no es automática, en definitiva, un esfuerzo, concentración y atención que son incompatibles con un déficit cognitivo y de memoria y, en definitiva, con un trastorno psíquico incapacitante».

[24] Especialmente, cuando dichas publicaciones «son unas fotografías cuyo contenido no se refiere estrictamente a hechos, datos o circunstancias afectantes al reducto íntimo de la vida o persona de la actora y/o su familia que se reserva frente al conocimiento ajeno»; lo cual es cuestionable, pues como se indica en esta sentencia «se trata en este caso de fotografías que la actora publicó en su Facebook que se relacionan con el desarrollo de su actividad o trabajo en una actitud o actividad concreta de la misma, en el desarrollo de su trabajo a distancia (...) incumpliendo

las condiciones de esa modalidad de prestación de servicios cuando, como refleja la sentencia de instancia, (...) en las fotos se observaba que la demandante estaba en un chiringuito con el portátil de la empresa»; de lo cual se evidencian datos relativos a la ubicación geográfica de la misma, de sus gustos y preferencias, y que confrontan también con la facultad de organización del trabajo a distancia.

[25] Si bien como puede desprenderse de esta sentencia, para acreditar el incumplimiento basado en faltas de respeto, las personas objeto de crítica en los mensajes deben resultar identificables; téngase en cuenta que donde se ratifica un despido provocado tras «publicar desde su perfil público en la red Twitter en la que mantiene una notable actividad, entre otras cosas, una serie de comentarios sobre la empresa para la que presta servicios y, en ocasiones, relativos también a compañeros de trabajo», afirmando que «se trata de comentarios escritos desde el perfil público del actor en una conocida red social, alguno de ellos, al menos, lanzado en tiempo de trabajo, cual por su contenido sucede con el referido a una compañera del departamento de postventa, que se nos antojan totalmente gratuitos, inapropiados y poco edificantes y, lo que es peor, ofensivos para algún trabajador de la

empresa, incluidos sus directivos, que son fácilmente identificables por los datos facilitados, amén de indicativos de un estado de cosas en el centro de trabajo en el que presta servicios que no parece, precisamente, serio y halagüeño, redundando, en suma, en perjuicio del nombre y la posición competitiva de la demandada en el mercado».

[26] En cuanto a la afectación al honor, debemos recordar que, como recoge la STSJ Madrid 386/2022, de 29 de abril de 2022 (Rec.145/2022), *«la difusión en línea de ataques personales, que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida por el artículo 10 del Convenio Para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (Sentencia TEDH de 16 de enero de 2014, asunto Tierbefeier E.V. c. Alemania)»; si bien se «exige un alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite a los representantes del ciudadano en cualquier ámbito, en particular cuando actúan como opositores políticos, utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate (Sentencias TEDH de fechas 25/02/2010, dictada en el asunto Renaud c. Francia, §38, y 13/07/2012, dictada en el asunto Mouvement Raëlien Suisse c. Suiza, de la Gran Sala)».*

[27] Llegando a solución contraria la STSJ Región de Murcia 448/2017, de 26 de abril de 2017 (Rec. 1240/2016), que confirma el despido a una trabajadora por considerar una extralimitación en el ejercicio de su libertad de expresión, y ello, con independencia de la veracidad de las informaciones.

[28] Siendo ello cuestionable, ya que al tratarse de un ámbito en el que las condiciones laborales pueden tener el mismo efecto corrompedor de la dignidad, se justifica una mayor intensidad en sus manifestaciones, existiendo una elevada subjetividad en la percepción de ambas partes.

LA CIBERCRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

CYBERCRIME IN THE BUSINESS ENVIRONMENT

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado: 23.12.2025



PABLO CABRERO
MARTÍN

Abogado · Profesor de Derecho Financiero
y Tributario · UNIE Universidad



0009-0006-0435-0667

Resumen:

El artículo analiza la cibercriminalidad en el ámbito empresarial como un fenómeno delictivo en expansión directamente vinculado a la digitalización de la actividad económica y a la creciente dependencia de las empresas de sistemas tecnológicos y de información. Partiendo de datos empíricos recientes y del marco estratégico nacional e internacional, el trabajo examina la evolución normativa penal y administrativa en España y la Unión Europea, destacando las reformas del Código Penal y el papel complementario de instrumentos como la Directiva NIS y NIS2 en la prevención del riesgo tecnológico. Asimismo, sistematiza las principales tipologías de ataques y conductas delictivas que afectan a las empresas (desde el *hacking* y el *ransomware* hasta el fraude corporativo basado en ingeniería social), poniendo de relieve la especial vulnerabilidad del entorno corporativo y la relevancia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El estudio concluye subrayando la necesidad de un enfoque integral que combine respuesta penal, cumplimiento normativo, ciberseguridad y formación organizativa como ejes esenciales para fortalecer la resiliencia empresarial frente a un riesgo digital dinámico y estructural.

Palabras clave:

Ciberdelincuencia empresarial; responsabilidad penal de la persona jurídica; ciberseguridad; cumplimiento normativo, fraude informático e ingeniería social.

Abstract:

The article examines cybercrime in the business environment as an expanding criminal phenomenon directly linked to the digitalisation of economic activity and the growing dependence of companies on technological and information systems. Drawing on recent empirical data and the national and international strategic framework, the paper analyses the evolution of the criminal and administrative regulatory response in Spain and the European Union, highlighting the reforms of the Criminal Code and the complementary role of instruments such as the NIS and NIS2 Directives in preventing technological risk. It also systematises the main types of attacks and criminal conduct affecting companies—from hacking and ransomware to corporate fraud based on social engineering—emphasising the particular vulnerability of the corporate environment and the relevance of corporate criminal liability. The study concludes by stressing the need for an integrated approach that combines criminal enforcement, regulatory compliance, cybersecurity and organisational training as essential pillars to strengthen business resilience in the face of a dynamic and structural digital risk.

Keywords:

Corporate cybercrime; corporate criminal liability, cybersecurity, compliance; computer fraud and social engineering.

I. Introducción

La ciberdelincuencia es una dinámica delictiva en auge, auspiciada por la transformación digital y el desarrollo de nuevas tecnologías, utilizadas fundamentalmente en el ámbito criminal para la comisión de diversos delitos cada vez más avanzados, más sofisticados y menos rastreables, que no solamente se dirigen a la víctima como persona física, como tradicionalmente se han venido desarrollando, sino que especialmente en los últimos tiempos ha virado su radar criminal hacia el ámbito mercantil, societario, empresarial, donde las personas jurídicas se convierten en el nuevo objetivo de este tipo de delitos. La ciberdelincuencia tiene un radio de acción mucho más amplio que la delincuencia tradicional, pretendiendo vulnerar no solamente el patrimonio, sino también la identidad, la integridad, la reputación y las comunicaciones de la víctima.

Además, su carácter transnacional, el anonimato y la facilidad y rapidez con la que pueden ejecutarse estas acciones incrementan su impacto y dificultan su detección y persecución. Por ello, la ciberdelincuencia no solo afecta a bienes individuales, sino que también compromete la seguridad colectiva, la confianza en los sistemas informáticos y el funcionamiento normal de empresas y corporaciones.

Este artículo pretende acercar al lector al fenómeno de la ciberdelincuencia en el ámbito empresarial, considerado un desafío de primer orden, debido fundamentalmente a la digitalización de la actividad económica, la expansión y diversificación de los medios de pago electrónicos y la delicada información

estratégica y sectorial que reúnen los sistemas informáticos de las sociedades, así como la reputación corporativa.

Las empresas constituyen objetivos prioritarios para la ciberdelincuencia por el valor de sus activos, la información y la dependencia cada vez más creciente de infraestructuras tecnológicas, y tienen un elevado impacto en el negocio, la reputación y la estabilidad financiera, más relevante si cabe que los ataques a víctimas individuales.

Estas nuevas conductas delictivas, especialmente en el ámbito corporativo, suponen un desafío complejo que ha de resolverse desde diferentes enfoques, actuando de forma coordinada y transversal (especialmente una coordinación efectiva entre el ámbito penal, criminológico y de cumplimiento normativo corporativo) en una respuesta contundente y eficaz que permita reaccionar ante el delito y anticiparse ante este tipo de delitos. Es imprescindible dotar a las organizaciones y operadores la información, instrumentos y estrategias suficientes para limitar la expansión de estas conductas y minimizar los daños y perjuicios que se puedan ocasionar.

En fecha 30 de abril de 2019 se publicó en el BOE núm. 103 la Orden PCI/487/2019[1], de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional, estableciendo dentro de la propia estrategia una definición de cibercriminalidad: «el

término cibercriminalidad, hace referencia al conjunto de actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas; en función de la naturaleza del hecho punible en sí, de la autoría, de su motivación o de los daños infligidos, se podrá hablar así de ciberterrorismo, de ciberdelito o en su caso, de hacktivismo". Asimismo, se alude a que son tres los ámbitos en los que se desenvuelve la lucha contra la cibercriminalidad: (i) el ciberespacio como objetivo directo de los hechos delictivos, o de la amenaza; (II) el ciberespacio como medio clave para su comisión; y (III) el ciberespacio como medio u objeto directo de la investigación de cualquier tipo de hecho ilícito»[2].

Centrando el análisis en datos actuales, la cibercriminalidad ha seguido una línea de constante aumento, pues si en 2016 la cibercriminalidad representaba un 4,6% del total de la delincuencia por hechos conocidos, en el año 2019 la cibercriminalidad representó un 9,9% del total de infracciones penales registradas en España. Y desde entonces las cifras no han dejado de aumentar. En el año 2019, del total de hechos conocidos relacionados con la cibercriminalidad, el 88% fueron fraudes informáticos[3].

Entre el año 2019 y 2023, los hechos conocidos por ciberdelincuencia pasaron de 218.302 en 2019 a 472.125 en 2023, es decir, más del doble en cuatro años, donde los delitos de fraude informático representaron el 90,5% del total de hechos conocidos.

No obstante, los hechos esclarecidos también se han duplicado en ese margen de cuatro años (pasando de 30.841 hechos esclarecidos en 2019 a 60.197 en 2023) y las detenciones e investigados siguen la misma tendencia (8.194 detenidos e investigados en 2019 a 17.173 en 2023).

En 2025, las cifras relacionadas con la ciberdelincuencia, lejos de reducirse, han seguido aumentando, representando los delitos de ciberdelincuencia en 2025 un aumento del 8%, teniendo en cuenta que, a fecha de esta publicación, aún no han sido consolidados los datos del año 2025, si bien todo

parece indicar que seguirá en aumento. Los datos más recientes, publicados por el Ministerio del interior el 1 de diciembre de 2025, respecto del balance de criminalidad del tercer trimestre del año 2025 por provincias en España, arrojan diversos datos de interés, como por ejemplo, que la provincia que más ha visto incrementada la cibercriminalidad ha sido La Rioja, donde este tipo de delitos ha aumentado un 27,2%, en la Comunidad de Madrid la cibercriminalidad ha aumentado un 5,4%, mientras que en provincias como Tarragona o Barcelona la cibercriminalidad ha descendido un 11,8% y 4,4% respectivamente.

Según datos facilitados por INCIBE para 2024, El sector público ha sufrido un incremento del 190% de ciberataques respecto de 2023. En 2024, los ciberataques a empresas crecieron un 15% y el 96% de las compañías sufrieron al menos un ataque[4].

Aunque los informes oficiales del Ministerio del Interior sobre ciberdelincuencia ofrecen cifras generales, existe una limitación apreciable para el presente estudio, y es que actualmente no existe un desglose de estos datos que indique con precisión cuántos de estos hechos afectan específicamente a empresas; es decir, no existe con carácter desagregado del total de delitos cibernéticos conocidos, cuántos ciberdelitos se producen en el ámbito corporativo. No obstante, los datos que publica INCIBE permiten realizar una aproximación al fenómeno, pues esta institución gestionó en 2024 un total de 97.348 incidentes de seguridad, de los cuales el 32,4% afectaron a empresas (pymes, micropymes y autónomos)[5]. Si bien es cierto que estas cifras corresponden a incidentes de seguridad gestionados no necesariamente considerados delitos o procedimientos judicializados, reflejan la relevancia del riesgo tecnológico para las corporaciones.

II. Marco teórico y modificaciones normativas

Desde el punto de vista jurídico penal, en nuestro ordenamiento jurídico, el Código Penal de 1995 ya recoge tipos delictivos relacionados con las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC's), aunque de manera dispersa, clasificados en función del bien jurídico vulnerado. Puede considerarse que esta tipificación se ha

mostrado ineficaz, desarrollada especialmente para un entorno puramente analógico, de interacción personal, pero la criminalidad digital rompe esa lógica, ya que el manejo y disposición de nuevas tecnologías permite realizarlo mediante sistemas informáticos, *bots* o interfaces digitales.

En este contexto, ya no encajan las nuevas formas delictivas como el phishing corporativo, el fraude al CEO, *ransomware*, al operar de manera automatizada, transnacional y de forma anónima. La falta de contacto directo entre victimario y víctima, unido a la mediación de sistemas tecnológicos y digitales complejos diluyen los elementos clásicos de la responsabilidad penal. Se hace necesario transformar el Derecho penal reestructurando conceptos, tipos penales y obligando a fortalecer y mejorar los mecanismos de prevención, detección y sanción frente a la cibercriminalidad, más sofisticada, automatizada y de alcance global.

Resulta especialmente relevante en esta materia el Convenio sobre Ciberdelincuencia, elaborado en Budapest el 23 de noviembre de 2001[6], que constituye la primera piedra en la colaboración internacional contra la ciberdelincuencia. Su aprobación responde a la necesidad de abordar y regular de forma común y armonizada las nuevas conductas delictivas auspiciadas por el desarrollo y utilización de las TIC's, estableciendo un marco común de actuación en cuanto a la tipificación mínima de delitos, aplicación de medidas procesales y cooperación internacional. Los Estados firmantes se comprometen a tipificar como delitos acciones dolosas que supongan «*el daño, supresión, deterioro, alteración o supresión de datos electrónicos*», y adoptar medidas para buscar e incautar datos electrónicos, así como a obligar a proveedores de servicios, dentro de la capacidad técnica existente, a recopilar y/o registrar tales datos. Es sin duda, la herramienta inicial de carácter internacional que establece la base en la lucha contra la ciberdelincuencia.

Como se ha mencionado anteriormente, el Código Penal español clasifica los tipos de delitos en función del bien jurídico vulnerado, tipificando la ciberdelincuencia de forma dispersa y no mediante un título específico o ley penal especial. Así, podemos encontrar, a lo largo del Código Penal, de forma resumida y esquemática, delitos

contra la confidencialidad y disponibilidad de los datos en los artículos 197 y 264 CP; mientras que los delitos patrimoniales los encontramos en los artículos 248 a 251 y 399 bis del mismo texto legal.

Esta dispersión normativa, si bien responde a la lógica sistemática de nuestro Código Penal, puede generar dificultad interpretativa al no presentar una visión unitaria del fenómeno delictivo, especialmente para operadores jurídicos que deben enfrentarse a conductas ilícitas de carácter tecnológico cada vez más complejas. Sin embargo, también es cierto que la regulación ha mostrado una notable capacidad de adaptación mediante recientes reformas, modernización y adaptación de los tipos penales, dotando al sistema de mayor flexibilidad y facilitando una respuesta jurídica más ajustada a la evolución constante de las amenazas tecnológicas y la ciberdelincuencia.

La reforma del código penal operada a través de la LO 5/2010[7], introdujo nuevos tipos y reformuló otros ya existentes, como es el caso del *hacking*, entendido éste como el acceso indebido o no autorizado a sistemas informáticos, o los daños informáticos del artículo 264.1 y artículo 264.2 del CP, como el borrado, el daño, deterioro, alteración o supresión de datos y/o programas ajenos, añadiendo además agravantes como la participación mediante organización criminal, número elevado de sistemas o daños a estructuras críticas.

Todo ello en cumplimiento con la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información[8], que tiene la finalidad de armonizar sanciones por acceso y ataque a sistemas informáticos e inspira directamente la redacción de los artículos 197 y 264 CP.

No obstante, la modificación legislativa no se detiene, fruto de la mutabilidad tecnológica incesante y exponencial de los últimos tiempos, en la que la ciberdelincuencia evoluciona y con ella debe evolucionar también la respuesta penal de forma que se alinee el Derecho penal con las nuevas manifestaciones de «*riesgo tecnológico*», y es que en el ámbito empresarial dicha evolución resulta aún más necesaria si cabe, pues la empresa actual

gestiona y recoge grandes volúmenes de datos personales, financieros, estratégicos y cuya exposición a la ciberdelincuencia justifica la expansión y actualización de la respuesta penal; una respuesta penal dinámica y actualizada a los cambios tecnológicos.

La reforma penal más relevante hasta la actualidad sobre este tipo de delincuencia viene de la mano de la Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal, promovida por la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013[9], relativa a los ataques contra los sistemas de información, que deroga la Decisión Marco 2005/222/JAI[10] y mediante la cual se pretende aumentar la protección de determinados bienes jurídicos y proporcionar seguridad jurídica tanto para víctimas de estos delitos como para operadores (económicos, jurídicos) al delimitar con

claridad las conductas punibles en los nuevos entornos tecnológicos y digitales. Esta modificación de ley amplía los tipos penales (artículos 197 bis, ter, quater y quinquies) relacionados con el *hacking* y el tráfico ilícito de datos), como también la modificación de los artículos 248 a 251 CP relacionados con las estafas informáticas, ampliando la definición del tipo y consolidando modalidades delictivas como el *phishing* o *skimming* (figuras delictivas que se analizarán más adelante). Además, se refuerza la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31 bis CP), promoviendo en ellas el establecimiento y desarrollo de medidas de prevención eficaces, donde adquiere especial relevancia la figura del *compliance officer*, encargado del *corporate compliance* o cumplimiento corporativo, definido por la World Compliance Association (WCA) como «el conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos»[11].

En este contexto, la independencia funcional del *compliance officer*, su acceso a información relevante y su capacidad de reporte son elementos esenciales para demostrar una diligencia debida de la empresa en un eventual procedimiento penal. Aunque no constituye el centro de análisis de este artículo, es destacable pues su papel contribuye a fortalecer la cultura del cumplimiento y a situar la ciberseguridad como un componente estratégico fundamental dentro de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Con el objetivo de reforzar los bienes jurídicos protegidos y mejorar la respuesta ante estos ilícitos, la Ley Orgánica 14/2022[12], en consonancia con la legislación europea (Directiva UE 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo)[13], ha procurado dotar de una mayor claridad el marco jurídico-penal relacionado con este tipo de delito, especialmente con estafas y ciberdelincuencia patrimonial al recoger en el artículo 249 del CP las conductas de ciberestafa y otros actos preparatorios dirigidos a su ejecución, dejando de ser la estafa informática un «apéndice» del fraude tradicional para configurarse como una modalidad autónoma, identificando expresamente la manipulación



informática de datos que permita una transferencia patrimonial no consentida, no solo mediante pagos en efectivo sino también mediante tarjetas, cheques o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial.

En esencia, las reformas de 2010, 2015 y 2022 no responden a una iniciativa aislada del legislador español, sino que son fruto de un proceso de alineación progresiva con los estándares europeos e internacionales, generando así un marco normativo consolidado de actuación unificada y coordinada frente a la ciberdelincuencia en el ámbito empresarial.

Con el objetivo de establecer un nivel común de «ciberseguridad» en la Unión Europea, se establece la Directiva (UE) 2016/1148 transpuesta en nuestro ordenamiento por el Real Decreto ley 12/2018[14], que regula la seguridad de redes y sistemas información, conocido como Directiva NIS. Esta directiva obliga a los operadores de redes y sistemas de información (servicios esenciales, servicios digitales e infraestructuras críticas) medidas técnicas y organizativas adecuadas para gestionar riesgos, detectar y prevenir incidentes que afecten a la continuidad y seguridad de sus servicios, obligándoles a notificar incidentes de seguridad con impacto en la prestación de sus servicios y que permita un marco de cooperación, facilitando así el intercambio de información, coordinación y respuesta conjunta frente a amenazas y ciberataques a nivel europeo.

Posteriormente, la Directiva NIS2, (Directiva (UE) 2022/2555[15]), sustituye la anterior, aún en proceso de transposición en España mediante el anteproyecto de ley de Coordinación y Gobernanza de la Ciberseguridad, reforzando y ampliando su contenido a un mayor número de sectores y empresas que antes no estaban obligadas a cumplir con la normativa NIS, pasando ahora a tener responsabilidades concretas en materia de ciberseguridad, estableciendo estrategias comunes a seguir para un óptima seguridad, la designación de autoridades competentes, implementación de medidas de gestión de riesgos, sistema de sanciones por incumplimiento y obligación de notificación de incidentes y divulgación responsable. Ambas directivas constituyen un pilar normativo fundamental en la prevención de la ciberdelincuencia empresarial,

estableciendo obligaciones de seguridad y notificación.

Si bien estas directivas no tipifican conductas delictivas, su cumplimiento contribuye de manera directa a la prevención de la ciberdelincuencia empresarial, mitigando los riesgos de ataques como *ransomware*, *phishing* corporativo o DDoS, y complementa el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el artículo 31 bis del Código Penal español, al establecer estándares de diligencia y control sobre los sistemas de información de la empresa.

III. Tipos de ataques: conductas delictivas de ciberdelincuencia en el ámbito empresarial

La ciberdelincuencia en el ámbito empresarial presenta una doble dimensión; por un lado, la empresa como víctima de ataques que comprometen sus activos digitales o patrimoniales y por otro, la empresa como sujeto responsable cuando omite la implantación de controles adecuados para prevenir, evitar o reducir dichas conductas en su ámbito de actuación, incluso negligente, de conformidad con el artículo 31 bis del CP. En este artículo nos centraremos en definir y delimitar conductas delictivas centradas en la empresa como víctima.

En el ámbito empresarial, la ciberdelincuencia se manifiesta a través de un amplio abanico de conductas delictivas que afectan a diferentes activos empresariales, desde los propios sistemas informáticos, sus infraestructuras digitales, los datos contenidos en ellos, relativos a la propia organización y a sus clientes (información sensible y estratégica), incluso los recursos patrimoniales.

Existen numerosas conductas delictivas o ataques que pueden sufrir las entidades empresariales. Para realizar un análisis estructurado podemos adoptar la clasificación realizada por ORTEGO RUIZ[16], quien distingue en el ámbito de la ciberdelincuencia empresarial las conductas ilícitas en función de su «objetivo» y en función del «uso de la tecnología».

En primer lugar, delitos cuyo objetivo es el sistema informático, como son ataques directos a la infraestructura digital (*ransomware*, APT, DDOS,

defacement, *hacking*, *malware*), se centran fundamentalmente en atacar, comprometer o alterar sistemas, datos o redes. Estas conductas explotan vulnerabilidades técnicas o errores humanos, comprometiendo así la integridad, disponibilidad y confidencialidad de los recursos digitales de la organización, creando riesgos operativos, económicos y reputacionales.

En segundo lugar, conductas ilícitas tradicionales que emplean la tecnología como medio. En estos casos, los delincuentes no atacan directamente los sistemas, sino que utilizan o aprovechan las capacidades de los sistemas y redes informáticas para facilitar o encubrir la comisión de delitos, adaptando conductas ilícitas clásicas al entorno digital, que amplifica su alcance y efectividad (*phishing*, *data breach*, suplantación de identidad, *CEO fraud*, *stalking*, amenazas y delitos contra el honor). Estas conductas se benefician del entorno digital para aumentar su alcance, rapidez y eficiencia, lo que hace que los riesgos para las organizaciones y corporaciones sean mayores y requiere de estrategias de ciberseguridad además de formación del personal y controles internos.

Este tipo de delitos, sean nuevas conductas delictivas o ilícitos tradicionales amparados en las nuevas tecnologías, pueden dirigirse a diferentes objetivos. Por un lado, pueden centrarse en la integridad de los sistemas, afectando a la estructura digital y alterando el funcionamiento normal de los sistemas, aplicaciones o redes corporativas. Estas acciones generan interrupciones operativas, pérdida de disponibilidad de recursos y exposición a riesgos tecnológicos y reputacionales significativos. En resumen, son considerados delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas (artículos 197, bis, ter, quater, quinquies y 264, bis y ter del CP). Conocido comúnmente como *hacking*, interceptación de comunicaciones y sabotaje informático, los cuales consisten en dañar programas, sistemas o datos.

Por otro lado, existen conductas ciberdelictivas que tienen como finalidad obtener un beneficio económico de forma ilícita, recurriendo a fraudes digitales que combinan la explotación de vulnerabilidades técnicas con técnicas de ingeniería social para apropiarse de recursos patrimoniales de la organización. Este tipo de

delitos son considerados patrimoniales y financieros (artículos 248 a 251 y 399 bis del CP). Consisten en estafas, apropiación indebida y falsedad documental.

Asimismo, algunos ataques tienen como finalidad acceder a información protegida o sensible, incluyendo datos estratégicos, secretos comerciales o información confidencial de clientes y empleados, lo que puede ser utilizado para fines ilícitos como la extorsión, fraude o competencia desleal. Son considerados delitos contra la protección de datos y secretos empresariales (artículos 278 a 280 del CP).

En este contexto cabe aclarar un concepto esencial en el ámbito de la ciberdelincuencia como es la ingeniería social: aunque puede considerarse un método quizá menos sofisticado desde el punto de vista tecnológico, su importancia en la ciberdelincuencia es fundamental, ya que no requiere de herramientas informáticas complejas para ser eficaz. Esta técnica consiste en manipular psicológicamente a la víctima, generando en ella engaño bastante, ganándose así su confianza para inducirla a realizar acciones tendentes a facilitar la comisión del delito, como revelar información sensible o ejecutar instrucciones que comprometan sistemas o recursos corporativos[17].

Para comprender mejor su funcionamiento, resultan ilustrativos algunos ejemplos habituales: un empleado que recibe un correo electrónico que imita a su departamento de Recursos Humanos pidiéndole «*actualizar urgentemente sus credenciales*»; una llamada en la que un supuesto proveedor habitual solicita información interna con apariencia profesional; un SMS que informa de un paquete pendiente de entrega e invita a pulsar un enlace; o incluso situaciones presenciales, como una persona que logra acceder a las instalaciones aprovechando que alguien le sujeta la puerta por cortesía. También son frecuentes las interacciones en redes sociales profesionales, donde un perfil aparentemente legítimo establece contacto con un trabajador y, tras generar confianza, comparte un documento que aparenta ser una propuesta de colaboración.

La ingeniería social constituye un elemento central de la cibercriminalidad, dado que muchas de las



intrusiones y fraudes digitales dependen de la interacción humana, pero no por ello menos importante es el uso de ingeniería social en la ciberdelincuencia, técnica a través de la cual los ciberdelincuentes se ganan la confianza de la víctima para conseguir que ésta haga lo que el delincuente pretende, permitiéndole así consumir el delito[18]. Opera con principios psicológicos básicos, como la confianza, la autoridad, la urgencia o la curiosidad dirigido al individuo, es decir, pretende actuar sobre el factor humano. De esta forma se evaden controles técnicos sofisticados y robustos, permitiendo obtener acceso privilegiado mediante la manipulación de la víctima. Es de suma importancia que las empresas y organizaciones cuenten con protocolos y faciliten y promuevan formación entre sus empleados y directivos, permitiendo así reconocer este tipo de conductas evitando así consiguiente perjuicio para la entidad.

Una vez definidas las categorías, resulta necesario contextualizar cómo se manifiestan en la práctica corporativa, donde las amenazas y delitos digitales adoptan diversas formas. A continuación, se exponen las tipologías delictivas con mayor incidencia en el

ámbito empresarial:

Malware: (abreviatura de *malicious software*). Cualquier programa o código informático diseñado para filtrarse, dañar, interrumpir y/o tomar el control de sistemas sin el consentimiento de la organización afectada, comprometiendo así la operatividad de las infraestructuras digitales, que puede ser aprovechado para la sustracción de información confidencial o estratégica. Puede adoptar diversas formas, como gusanos (se propagan en el sistema), virus (infectan el sistema y se replican en otros programas), troyanos (aparenta ser un programa legítimo que al instalarse realiza una actividad no consentida en el sistema), spyware (recopilación de datos para su posterior envío) [19]. Su impacto puede traducirse en pérdidas económicas, interrupción de servicios, exposición de datos y/o deterioro de la reputación corporativa. Un ejemplo frecuente en el ámbito corporativo es el de un empleado que recibe un documento aparentemente legítimo, como, por ejemplo, un archivo adjunto que simula ser una factura de un proveedor habitual, y confiando en su apariencia, lo abre desde su equipo de trabajo. Aunque el documento parece inofensivo, contiene un código malicioso que se activa al

visualizarlo, permitiendo al atacante acceder al sistema corporativo, cifrar información o extraer datos confidenciales. Este tipo de incidentes pone de manifiesto la importancia de la formación interna y de la implantación de controles técnicos y organizativos robustos.

Ransomware: *ransom* (rescate) y *software* (programa informático). Puede considerarse un *malware* cuyo objetivo es infiltrarse en un sistema informático de una compañía para dañar, cifrar, bloquear y/o capturar datos para luego solicitar un rescate por ellos. Este malware se camufla dentro de otros programas o aplicaciones utilizadas frecuentemente (archivos adjuntos de emails, *links*, videos, actualizaciones, etc.) con la intención de que la víctima acceda a ellos para, mediante programas autoejecutables, infectar el sistema. Un ejemplo habitual en el entorno corporativo, donde un empleado puede recibir un correo electrónico que parece provenir de un proveedor legítimo con un archivo adjunto «importante». Al abrir el archivo, el *ransomware* se activa, cifra documentos críticos de la empresa y bloquea el acceso a sistemas esenciales, mostrando un mensaje en el que se exige un pago para restaurarlos.

APT: (*advanced persistent threat*, amenaza avanzada persistente). Menos comunes, pero potencialmente dañinos. Consisten en ataques altamente sofisticado por el nivel técnico, dirigido contra una entidad con el objetivo de infiltrarse y expandirse en el sistema de la víctima y sustraer información sensible o perjudicar los procesos críticos de la organización de forma continuada en el tiempo. Se emplean técnicas avanzadas, sofisticadas y complejas, de tal forma que los protocolos de seguridad habituales no responden ante el ataque y los sistemas de protección resultan insuficientes para detectar y repeler estos ataques, como por ejemplo las vulnerabilidades «0 day», conocidos como fallos de seguridad en el sistema que los propios desarrolladores o programadores desconocen y por tanto no cuentan con una solución o parche de seguridad conocido por el momento. Este tipo de ataques requieren un conocimiento técnico muy avanzado. Sirva a modo de ejemplo, un grupo de atacantes podría infiltrar de forma silenciosa la red de una empresa tecnológica a través de un acceso inicial aparentemente inocuo, como un correo dirigido a un

empleado de un área administrativa. Una vez dentro, los atacantes se desplazan lateralmente por los sistemas, permaneciendo ocultos y recopilando información confidencial sobre proyectos estratégicos y datos de clientes, y logran extraer esta información de manera gradual sin ser detectados por los sistemas de seguridad habituales. Este tipo de ataque demuestra cómo una APT puede comprometer gravemente la confidencialidad y continuidad de los procesos críticos de la organización, requiriendo medidas avanzadas de detección, monitoreo continuo y respuesta coordinada para mitigarlo.

DDOS: ataque de denegación de servicio. Consiste en lograr que un sistema de una organización colapse mediante el envío constante y continuo de un ingente uso de datos que saturan el sistema y hace que no se pueda disponer de él. Se saturan así los recursos hasta que el servicio deja de estar disponible para los usuarios. Es común en que se realice hacia aquellas empresas o corporaciones que prestan servicios en línea y la finalidad de estos ataques es fundamentalmente la extorsión de la víctima. En el ámbito empresarial, un ataque DDOS puede implicar una caída de páginas web corporativas, interrupción de servicios esenciales, bloqueo de operaciones comerciales, daños reputacionales, entre otros daños. Este tipo de ataque no busca la intrusión, sino la indisponibilidad del servicio.

DEFACEMENT: consiste en una alteración de la página web mediante la alteración del código fuente para reflejar algún mensaje reivindicativo o de protesta en la web. No se pretende con ello obtener información sino desfigurar la web para mostrar mensajes no autorizados, generando un daño reputacional inmediato afectando a la imagen pública de la sociedad, lo que puede traducirse en una pérdida de confianza por parte de clientes, socios o inversores. En lugar del contenido habitual, aparece un mensaje ajeno a la empresa, como un texto reivindicativo, una imagen ofensiva o un anuncio que no forma parte de su comunicación oficial. Esta alteración suele aprovechar una vulnerabilidad en el servidor web o en un gestor de contenidos desactualizado. Aunque el atacante no obtiene necesariamente acceso a información interna ni compromete datos

sensibles, el impacto reputacional es inmediato: clientes, proveedores y usuarios perciben la página manipulada y asocian el incidente con una falta de seguridad en la compañía. En muchos casos, la empresa debe inhabilitar temporalmente el sitio web, restaurar copias de seguridad, parchear la vulnerabilidad y comunicar el incidente para mitigar el daño reputacional.

PHISING: una de las amenazas más frecuentes y efectivas, consistente en suplantar la identidad legítima, como un sitio web o una compañía o empresa, con el objeto de inducir a la víctima, mediante engaño, a que revele información confidencial o realice una acción perjudicial, amparándose en la confianza que el usuario tiene al sitio web o compañía, entregando información crítica como contraseñas o credenciales bancarias.

Un ejemplo ilustrativo de *phishing* en el ámbito corporativo se observa cuando los ciberdelincuentes envían a los empleados un correo que simula provenir del departamento de Recursos Humanos, utilizando una estética idéntica a la de las comunicaciones internas de la empresa. En el mensaje se informa de la necesidad de «actualizar la contraseña corporativa» o de cumplimentar un formulario relativo a beneficios laborales, generando así un clima de confianza y legitimidad. Al acceder al enlace incluido, la víctima es redirigida a una página que imita la intranet corporativa, donde introduce sus credenciales creyendo que realiza un trámite ordinario. Este sencillo engaño permite al atacante obtener acceso a sistemas internos, comprometer información sensible o preparar ataques posteriores de mayor alcance, evidenciando cómo la explotación del factor humano continúa siendo uno de los vectores clave de la ciberdelincuencia.

Este tipo de ataques se basan en la explotación de la confianza del usuario en la entidad suplantada, manipulándolo mediante ingeniería social más que mediante vulnerabilidades técnicas, induciendo así el engaño y se materializan principalmente mediante correos electrónicos, mensajes o enlaces fraudulentos que imitan de forma convincente la apariencia, lenguaje y estructura de cualquier comunicación oficial. Esto provoca la filtración de datos sensibles de la compañía, robo de credenciales corporativas o fraudes financieros.

CEO FRAUD, O BUSSINES EMAIL COMPROMISE:

variante cualificada de la suplantación de identidad. Fraude en el ámbito empresarial donde se combina el email y la ingeniería social para incitar a un empleado, víctima, a realizar algún tipo de operación sensible en interés de los atacantes de tal forma que activos y/o recursos (financieros, económicos, información) queden en poder del delincuente. El *modus operandi* se ejemplifica de la siguiente forma: un empleado del departamento económico recibe un correo que aparenta provenir de la máxima dirección, solicitando con urgencia información sobre cuentas o la autorización de un pago, en esencia, una serie de datos sensibles o la realización de una transacción financiera, el pago de una factura o conductas similares, en las que se pone a disposición de un sujeto un monto económico o una serie de datos protegidos. La combinación de autoridad y urgencia hace que la víctima confíe en la legitimidad del mensaje y actúe sin cuestionarlo, facilitando al atacante acceso a información sensible o la posibilidad de ejecutar movimientos financieros indebidos.

Estos correos suelen estar diseñados imitando el estilo corporativo y utilizan direcciones similares a las oficiales, en los cuales, mediante ingeniería social y aprovechando la jerarquía dentro de la entidad, instan a la víctima que, de forma urgente, debido a una necesidad de actuación inmediata, ponga a disposición los activos solicitados. Estas conductas pueden provocar pérdidas económicas directas, compromisos de seguridad en la información y riesgos reputacionales.

DATA BREACH: consiste en una fuga de información de forma deliberada o involuntaria a un tercero que no debería acceder a ella y que tiene capacidad para explotarla con fines ilícitos. Puede ocurrir porque los administradores o empleados no observen las normas de seguridad de la organización o cuando son engañados por terceros mediante técnicas de ingeniería social, mediante correos o llamadas fraudulentas que inducen a revelar información protegida. En este caso la ingeniería social es fundamental para generar el engaño en el sujeto. Puede afectar a información personal, de clientes, financiera, o cualquier activo informacional sensible.

La finalidad de este tipo de brechas suele ser el robo de identidad, el fraude financiero, la venta de información o la extorsión.

IV. Conclusiones

Las empresas y organizaciones se desarrollan hoy en un entorno cada vez más complejo, más digitalizado e interconectado, mostrando una dependencia creciente hacia los recursos tecnológicos para la gestión de sus procesos, comunicación y prestación de servicios. La delincuencia ha sabido también aprovechar este nuevo entorno digital, manifestándose de múltiples formas y adaptándose rápidamente al cambio. Estas conductas delictivas aprovechan las vulnerabilidades y el desconocimiento que generan en las corporaciones, empresas y organizaciones el nuevo orden tecnológico, comprometiendo así la integridad y disponibilidad de los sistemas, facilitando la obtención de beneficios económicos o permitir el acceso no autorizado a información sensible, privada y confidencial.

Ante este panorama, se evidencia la necesidad de que las empresas implementen estrategias integrales de ciberseguridad y cumplimiento normativo, combinando medidas técnicas con protocolos internos de actuación y con una cultura corporativa orientada a la prevención. La formación y la concienciación de los empleados y directivos es fundamental para detectar prevenir y reducir los riesgos asociados a la cibercriminalidad.

Asimismo, la legislación española ha procurado otorgar un marco legal que, aunque disperso, permite adaptarse a las nuevas circunstancias, sancionando una amplia variedad de conductas ciberdelictivas, en consonancia con la legislación europea y los instrumentos internacionales de lucha contra la cibercriminalidad.

Las técnicas empleadas por los ciberdelincuentes son muy diversas y variadas, las aquí mencionadas son solo un pequeño esbozo de todas las existentes, y están en constante evolución para sortear los mecanismos de defensa y protección existentes, por ello es necesario continuar trabajando proactivamente en la prevención y la capacitación de todo el entorno organizacional y corporativo, con el objetivo de reducir riesgos y evitar la

materialización de incidentes que comprometan sistemas, información y recursos.

En conclusión, el presente estudio evidencia que la ciberdelincuencia empresarial constituye un reto complejo y multidimensional, que requiere un enfoque integral, combinando seguridad, desarrollo tecnológico, formación del personal, protocolos internos y cumplimiento normativo. Aunque se ha logrado sistematizar conductas delictivas y sus impactos, el carácter dinámico de las amenazas y la constante evolución tecnológica obligan a continuar investigando y actualizando las medidas de prevención, fortaleciendo así la resiliencia empresarial frente al creciente riesgo digital.

Reflexionar sobre la interacción entre tecnología, personas y procesos se convierte en un imperativo estratégico: solamente a través de este enfoque integral se puede construir un entorno corporativo seguro, resiliente y preparado para enfrentar los riesgos del futuro digital.

V. Referencias bibliográficas

- [1] BOE núm. 103, 30 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/04/30/pdfs/BOE-A-2019-6347.pdf>.
- [2] MINISTERIO DEL INTERIOR, Estudio sobre cibercriminalidad en España, 2019. Disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2019/Estudio-sobre-la-Cibercriminalidad-en-Espana-2019.pdf>.
- [3] PORTAL ESTADÍSTICO DE CRIMINALIDAD, MINISTERIO DEL INTERIOR. Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/balances>.
- [4] INCIBE-CERT, Balance de ciberseguridad 2024. Disponible en: <https://www.incibe.es/incibe/sala-de-prensa/incibe-presenta-su-balance-de-ciberseguridad-2024-con-mas-de-97000-incidentes>.
- [5] Instituto Nacional de Ciberseguridad - INCIBE-CERT, Balance de ciberseguridad 2024. Disponible en: <https://www.incibe.es/incibe/sala-de-prensa/incibe-presenta-su-balance-de-ciberseguridad-2024-con-mas-de-97000-incidentes>.
- [6] Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Disponible en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221.

[7] LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

[8] Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2005-80503>.

[9] Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y que sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81648>.

[10] Directiva (UE) 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que deroga la Decisión Marco 2005/222/JAI. (Consultado el 9 de diciembre de 2025). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81648>.

[11] WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, Qué es el compliance. Disponible en: <https://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>.

[12] LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la UE, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>.

[13] Directiva UE 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/123/L00018-00029.pdf>.

[14] RDL 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-12257>.

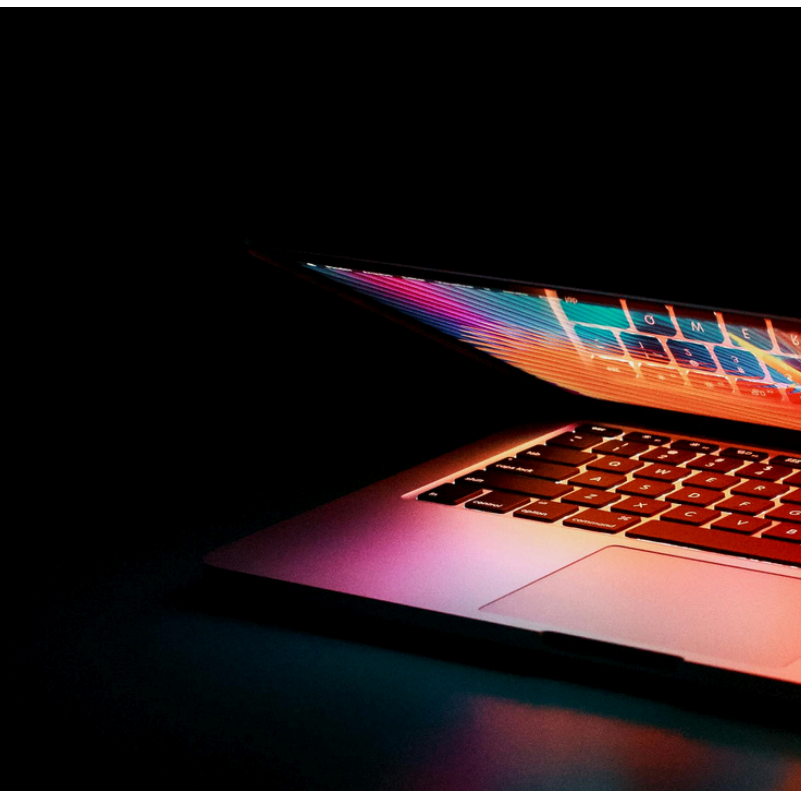
[15] Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) nº 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81963>.

[16] ORTERO RUIZ, M., Manual de privacidad, protección de datos y ciberseguridad, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2025.

[17] INCIBE, Ingeniería Social. Disponible en: <https://www.incibe.es/aprendeciberseguridad/ingenieria-social>.

[18] INCIBE-CERT, Ingeniería social, técnicas utilizadas por los delincuentes y cómo protegerse. Disponible en: <https://www.incibe.es/empresas/blog/ingenieria-social-tecnicas-utilizadas-los-ciberdelincuentes-y-protegerse>.

[19] CENTRO CRIPTOLÓGICO NACIONAL – CCN-CERT. Estructura de Seguridad. Guía de Seguridad de las TIC CCN-STIC 201, 2021. Disponible en: <https://www.ccn-cert.cni.es/es/pdf/guias/series-ccn-stic/guias-de-acceso-publico-ccn-stic/45-ccn-stic-201-estructura-de-seguridad/file?format=html>.



THE ANTIABUSE RULE IN THE TAX FIELD AND THE REQUIREMENT OF ADMINISTRATIVE REASONING IN THE CLASSIFICATION OF LEGAL TRANSACTIONS

LA NORMA ANTIABUSO EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO Y LA EXIGENCIA DEL RAZONAMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA CALIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS

Recibido: 08.12.2025 / Aceptado: 15.12.2025



**DANIEL E. MÁRQUEZ
LASSO**

Abogado · Socio Director de Stellvest |
Profesor Doctor de Derecho Financiero
Tributario · Director del Área de Derecho
Privado · Universidad Internacional de la
Rioja



0000-0003-3014-7890

Abstract:

The principle of legal characterization is established as an ex lege power of the Tax Administration, enabling it to determine the existence and precise configuration of the actual taxable event, irrespective of the form or designation assigned to it by the parties. Since characterization entails an essential interpretative operation and constitutes a clearly anti-avoidance legal mechanism, it must be borne in mind that the influence of European Union law in this area lies precisely in delimiting the scope of such provisions. Accordingly, legal characterization is to be understood as a power subject, inter alia, to the principles of legal hermeneutics and further constrained by a set of limits specifically intended to preclude its abusive application.

Keywords:

Legal characterization, sham, antiabuse rule, abuse of law and business purpose test.

Resumen:

El principio de calificación jurídica se establece como una facultad ex lege de la Administración Tributaria, que le permite determinar la existencia y configuración precisa del hecho imponible, independientemente de la forma o denominación que le asignen las partes. Dado que la calificación implica una operación interpretativa esencial y constituye un mecanismo jurídico claramente antielusión, debe tenerse presente que la influencia del Derecho de la Unión Europea en este ámbito reside precisamente en delimitar el alcance de dichas disposiciones. En consecuencia, la calificación jurídica debe entenderse como una facultad sujeta, entre otros, a los principios de la hermenéutica jurídica y, además, limitada por un conjunto de límites específicamente destinados a impedir su aplicación abusiva.

Palabras clave:

Calificación jurídica, simulacro, norma antiabuso, abuso de derecho y prueba del propósito empresarial.

I. Introduction

As established by the recent judgment of the Spanish Supreme Court of 5 May 2025, the principle of legal classification falls within the powers that the tax legal system grants to the Tax Administration to impose the tax liability on the taxpayer, regardless of the form or designation used. The principle of legal classification is configured as a power conferred by law upon the Tax Administration, allowing it, for tax purposes, to determine the existence of the actual taxable event and to specify its concrete form, irrespective of the form or denomination assigned to it by the parties (Supreme Court judgments of 26 May 2016, cassation appeal no. 60/2015, and 12 July 2016, cassation appeal no. 1272/2015).

As stated by Constitutional Court judgment no. 65/2020 of 18 June, legal classification consists in analyzing whether a specific real-life situation (a fact, act or legal transaction carried out) falls within the abstract statutory provision and, if the outcome is affirmative, subsuming the former into the latter. It is, therefore, an essentially interpretative operation (...) This power conferred upon the Tax Administration by the tax legal order is not without limits, as it falls to the ordinary courts, without prejudice to the oversight exercised by the judiciary, to ensure proper judicial control over the exercise of said power of legal classification (Supreme Court judgment of 2 March 2006, cassation appeal no. 401/2003). Indeed, the power of legal classification

belongs to the Tax Administration, but it is nonetheless subject to judicial review by the contentious-administrative courts (judgment of 22 March 2012, cassation appeal no. 2975/2008). Legal classification must be conceived as a strict legal operation, carried out through legal criteria, which reveal the true legal nature of the facts as they exist, so that it may be said that the mechanism of classification has been properly applied (judgment of 13 January 2011, appeal no. 1451/2006)[1].

In this regard, the judgment of 29 April 2025 states that taking as a starting point the essential Supreme Court judgment of 2 July 2020 (cassation no. 1433/2018), which denies the possibility for the Tax Administration to reclassify income under Article 13 (Legal Ground 4), it is not permissible, on the basis of Article 13 of Law 58/2003 of 17 December, the General Taxation Law, for the Tax Audit authorities to disregard economic activities formally declared by individuals, to reattribute the income obtained (...), and, ultimately, to reclassify it, adding that (...) it requires no particular rhetorical effort to conclude that an action of this nature goes well beyond the mere legal classification of the facts, acts or legal transactions in accordance with their true nature, if only because the tax assessment (and the decision of the Regional Economic-Administrative Court that upholds it, as well as the contested judgment which reproduces it) includes expressions incompatible with

such a general power, such as referring to the presence of apparent sole traders, or the existence of artificially created companies (...) or the ascertained aim of reducing the tax burden that should have been borne by that entity.

These legal institutions were not created gratuitously by the legislator, nor were they placed at the free or discretionary disposal of public servants, but only to the extent that the conditions laid down for each of them are fulfilled. In short, they are not interchangeable.

To assert that tax classification enables an action such as the one under review would be tantamount to granting Article 13 of the General Taxation Law an expansive power that is incompatible with the remainder of the legal framework, for it would render unnecessary the existence of other legal constructs, such as the conflict in the application of the tax rule (fraus legis) or sham.

In other words, the Administration would hardly ever need to initiate the procedures set forth in Articles 15 and 16 of the General Taxation Law, since it would suffice to classify the factual situations, it encounters in practice and adapt them to legality by applying the corresponding regulations. Its power of classification, only with respect to acts, facts or legal transactions, would become practically absolute and all-encompassing regarding any imaginable situation[2].

Therefore, although it is beyond doubt that the legal possibility of classification granted to the Tax Administration by Article 13 of the current General Taxation Law constitutes a clearly anti-avoidance institution, it is equally unquestionable that such power is not only subject, among others, to the principles of legal hermeneutics, but is also conditioned by a series of limits which precisely prevent its abusive use.

Few issues should arise in the context of sham, given that it entails the mere creation of a legal fiction whose sole purpose is to conceal a reality with tax relevance. However, *fraus legis* as well as abuse of law in tax matters involves a higher degree of complexity, since the form or denomination attributed by the parties to the taxable factual situation finds support in a legal provision, or in a set of applicable legal provisions.

Hence, Article 15 of the General Taxation Law provides that there shall be deemed to exist a *fraus legis* when the purpose or effect of the arrangement is to totally or partially avoid the taxable event or to reduce the taxable base or the tax liability, as an initial indication of the existence of tax avoidance. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union has made it unequivocally clear that the mere obtaining of a tax advantage does not, in and of itself, constitute tax avoidance (understood in terms of abuse of law)[3].

The key issue lies in determining whether the conduct of the parties is solely aimed at obtaining a tax advantage which is, moreover, the direct consequence of such conduct.

To this end, the Court has developed through its case law a business purpose test, under which the tax administration must conduct, in light of all the facts and circumstances, a thorough analysis to determine whether the main objective of a given structure or transaction is the attainment of a tax advantage, which, by itself, would reveal the subjective intent (main purpose) of the actors involved[4].

II. The principle of legal classification in the tax field

1. Background

Pursuant to Article 12 of the General Taxation Law, the interpretation of tax rules shall be governed by the provisions of Article 3.1 of the Civil Code, which states that legal rules shall be interpreted in accordance with the proper meaning of their words, in relation to their context, legislative history, and the social reality at the time of their application, having particular regard to the spirit and purpose of the rules. In this respect, if the terms of a contract are clear and leave no room for doubt as to the intention of the contracting parties, the literal meaning of the clauses shall prevail.

However, the logic inherent in the interpretative process indicates that, if the wording appears to contradict the manifest intention of the parties, such intention shall prevail over the literal terms (Article 1281 of the Civil Code); and that, in order to determine the intention of the contracting parties,

primary attention must be paid to their contemporaneous and subsequent conduct (Article 1282 of the Civil Code). Furthermore, no matter how general the terms of a contract may be, they shall not be construed as including matters or cases other than those to which the parties intended their agreement to apply (Article 1283 of the Civil Code).

For its part, Article 13 of the General Taxation Law provides that tax liabilities shall be determined in accordance with the legal nature of the act, transaction or arrangement carried out, regardless of the form or designation given by the parties and notwithstanding any defects affecting its validity[5].

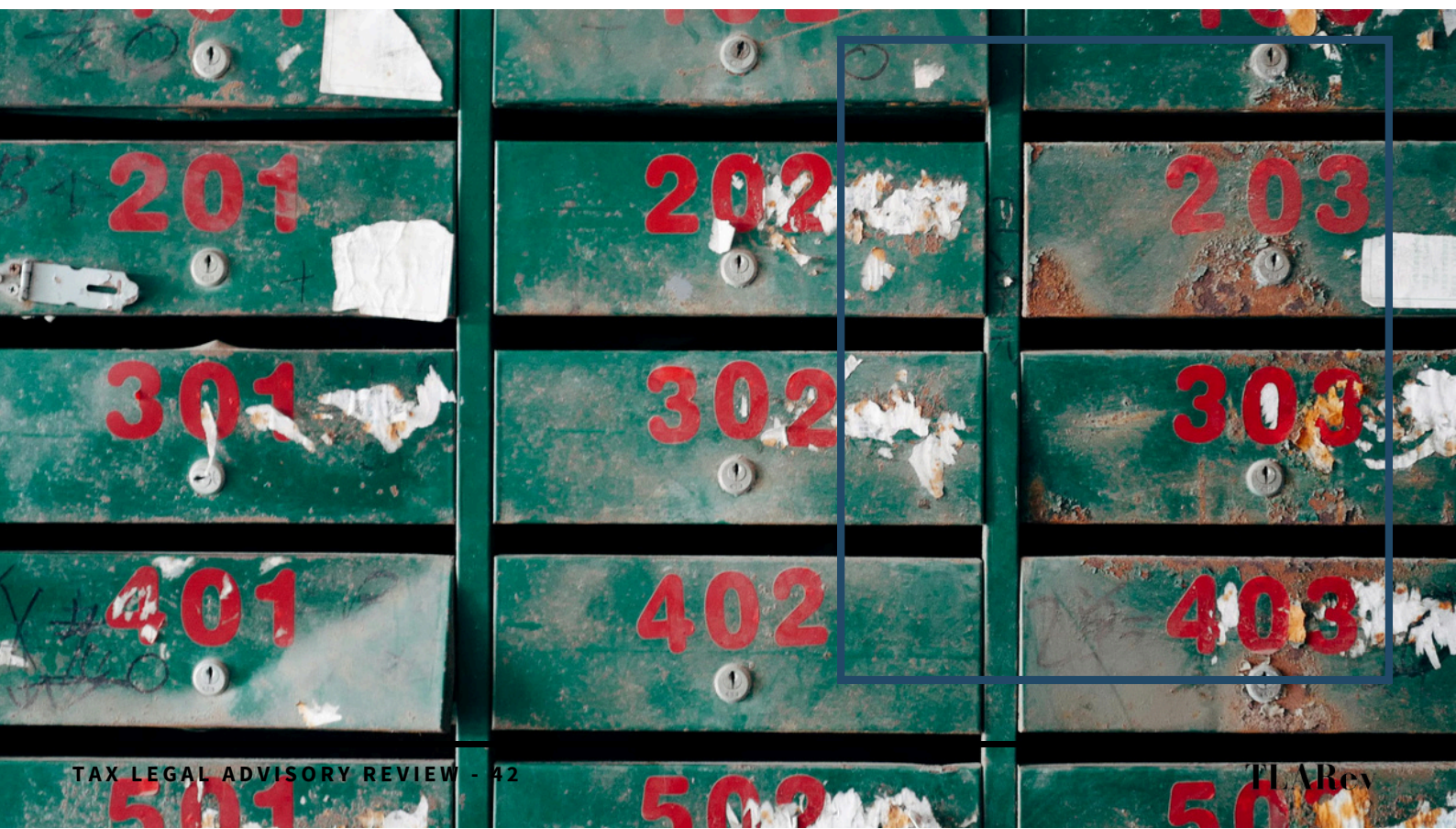
This entails granting the Tax Administration the power of legal classification for the purposes of establishing and enforcing tax obligations, without prejudging the civil law characterization of such acts. However, this does not imply conferring upon such power an expansive effect that would be incompatible with the remainder of the legal framework, as this would render other legal constructs (such as *fraus legis* or *sham*) superfluous (Supreme Court judgment of 2 March 2006, cassation appeal no. 401/2003).

2. The concept of legal tax classification and tax avoidance: criteria for distinguishing between tax planning, avoidance, *fraus legis*, *sham* and abuse

As GARCÍA FREIRÍA insightfully points out, in contrast to the wealth of doctrinal studies that, in the field of tax law, have examined the concept of interpretation, the same cannot be said of the notion of legal classification. For decades, scholarly attention has focused primarily on analyzing the specific features of legal interpretation within the tax domain, as well as on the hermeneutical rules guiding the interpretative process.

This has given rise to a rich body of literature and to the emergence of a wide array of doctrinal schools, sometimes radically opposed to their approaches. The limited interest shown in tax classification is merely a reflection of the way this concept has been understood by much of Spanish legal scholarship from the outset.

Thus, legal classification, as an intellectual operation, was originally regarded as merely part of the broader interpretative process, lacking autonomy and substantive content of its own sufficient to warrant treatment as a distinct and independent object of study. Few scholars in Spanish domestic tax law have sought to delineate the concept of legal classification. Little attention has been paid by the doctrine to the



analysis of the legal nature of this figure, its legal effects, or the appropriateness of its regulatory configuration by the tax legislator. And yet, numerous disputes have arisen in which tax classification has played a highly significant role, often being the central issue in the controversy[6].

Indeed, as previously noted, there are now numerous judgments in our case law warning that the Tax Administration may not, in the course of a tax audit or inspection, without invoking, as appropriate, the mechanisms set out in Articles 15 or 16 of the General Taxation Law, construe what was actually performed as something other than what was declared by the taxpayer — that is, to consider as real an activity different from the one actually carried out and to derive the corresponding tax consequences from this alternative reality, without observing the procedural guarantees and requirements laid down in the abovementioned Articles 15 and 16. When the Administration characterizes certain arrangements or activities as artificial, it is a *sine qua non* condition that the assessment decision formally and explicitly invoke either the existence of a conflict in the application of the tax rule under Article 15 of the General Taxation Law, or a case of sham under Article 16 of the same statute. Otherwise, the Administration's conduct would amount to a procedural irregularity with invalidating effect[7].

2.1. Tax planning and tax avoidance

A first premise that emerges when addressing, from a terminological standpoint, the notion of tax avoidance and its various manifestations is that its examination may lead to the conclusion that the differences between such categories are, on certain levels, substantively insignificant. This is because, regardless of the mechanism employed to reduce the tax burden, the practical effect pursued remains the same: for the taxpayer, taxation is perceived as a direct cost on business or patrimonial income, against which there exists a natural inclination to minimize its impact by resorting to legally available techniques.

Nevertheless, any strategy aimed in that direction inevitably operates on a boundary line, within which a distinction must be drawn between, on the one hand, entirely lawful conduct protected by the principle of tax planning, and, on the other, conduct that veers into two

typical forms of unlawfulness: the first, in which the conduct formally conforms to the legal text (*secundum legem*) but contravenes its purpose or spirit (*contra legem* in substance); and the second, in which both formal and substantive elements of unlawfulness are simultaneously present (fully *contra legem*).

In this respect, classical legal doctrine has tended to draw a tripartite classification among: (i) direct violations of the rule (blatant breaches of its letter and spirit); (ii) indirect or oblique violations (which adhere to the literal wording of the rule but undermine its purpose); and (iii) conduct that is consistent both with the literal meaning and the normative purpose of the rule[8].

Indeed, semantic ambiguity has been a constant feature in the treatment of the concepts of tax avoidance, abuse of law, fraud, and evasion, which have at times been used interchangeably, as if they were overlapping or even synonymous in meaning. Such is the terminological disparity that the Court of Justice of the European Union itself has acknowledged that the notions of tax evasion, tax fraud, and abuse of tax law differ substantially across Member States. This asymmetry is reflected in its case law, which varies depending on the applicable legal framework and the fundamental freedoms at stake in relation to the provisions of the EU Directives. In its rulings, the Court has employed inconsistent terminology such as avoidance[9], fraud[10], evasion[11] or, more generally, they have used the term abusive practices[12] reaching to assimilate the concept of fraudulent practices[13]. In any case, it is well-established doctrine that the definition of the taxable event must be based on legal acts and transactions—primarily under private law—as manifestations of taxable economic capacity. In this respect, it is expressly recognized that taxpayers enjoy full freedom to structure their economic activity and to make decisions in accordance with their own interests, including the option to choose the legally most efficient route from a tax perspective, by virtue of the principle of freedom of contract, provided that such choice does not distort the legal forms employed or undermine their economic and legal purpose.

In the Anglo-Saxon legal tradition, this principle of freedom of contract is closely related to the Westminster principle^[14], whereby every man is entitled to arrange his affairs, if he can, in such a way that the amount of tax payable is as low as possible. In line with this, the incorporation into Spanish law of the expression tax planning as representative of the various possibilities open to taxpayers to structure their legal and economic relations in the manner that is least burdensome from a tax standpoint, was conceived from the perspective of the exercise of private autonomy in the service of efficient tax planning—resulting in a reduced tax burden within the framework of applicable law^[15].

Therefore, it may be affirmed that tax planning encompasses any form of optimization in the use of existing legal provisions with the aim of reducing tax burdens, deferring them over time, or even eliminating them entirely^[16]—always within the strict bounds of legality. Nonetheless, it must be acknowledged that determining the negative formulation of its limits poses a considerable challenge, given its ongoing tension with the boundaries of *fraus legis* and the various forms of anomalous transactions. Even more complex is the task of positively defining its content and scope with precision.

The construction of such formulation by the Supreme Court—both in its positive content and in its negative delimitation—is evidenced in its assertion that tax planning is structured around two notions.

The first is a classical notion, understood as the explicit offering by the legal system of equally valid legal alternatives, and encompasses those situations in which the legal rule expressly provides the taxpayer with various options, allowing the selection of the one involving the lowest tax cost, without such choice amounting to tax avoidance strategies or abusive manipulation of legal configurations. This notion corresponds to the so-called tax options, which constitute a right conferred by law upon the taxpayer, placed in a specific legal position with respect to the tax, to freely exercise an option that affects the determination of the applicable tax regime. The second notion encompasses those cases in which the alternatives arise implicitly within the legal rule^[17].

Evidently, explicit tax planning presents no difficulty in its application or even in its distinction from other related legal constructs. This is not the case, however, with so-called implicit tax planning, the delimitation and scope of which proves significantly more complex.

In this respect, it is necessary to address a question which, in our view, is essential, namely, whether tax planning, and therefore tax structuring, may be regarded as a true subjective right of the taxpayer, conferring upon them the ability to organize their economic affairs in such a way that their tax liability is reduced. This position appears to be supported by the Supreme Court, which has stated that tax planning arises in those cases where the legal system offers the taxpayer various possibilities for action, among which they may choose the one that best suits their interests and expectations^[18].

However, various authors dispute the notion that tax planning may constitute subjective rights, arguing that the possibility afforded to taxpayers to choose the legal form of their transactions in a way that results in a lower tax burden is merely the natural consequence of the tax system attaching tax effects to certain legal acts. From this perspective, tax planning is nothing more than the use of tax options where such options are expressly provided for. In the case of tax rules serving strictly fiscal purposes, the above constitutes an exception, since taxpayers cannot choose the applicable tax burden in disregard of the economic capacity that has been demonstrated through the transaction or activity carried out^[19].

In our view, tax planning is inescapable; it is embedded in the law and in its proper application, and it derives its advantages for the legal transaction underway from the very alternatives offered by the legal system. It consists in creating advantageous scenarios permitted by the legal framework.

Tax savings do not reflect any legal defect; rather, they constitute an element of the ideal contract^[20]. For this reason, we uphold the thesis that tax planning, *stricto sensu*, constitutes a genuine subjective right of the taxpayer, provided that their

conduct remains within the bounds of legality. The real difficulty, therefore, arises at the point of determining which transactions must be regarded as tax-avoidance and thus unacceptable, and which may be considered as implicit within legitimate tax planning and therefore acceptable.

This issue has only served to deepen not only the terminological confusion between tax planning and fiscal planning more broadly, by treating them as isolated and unrelated terms, but has also led certain authors (particularly in the international sphere) to equate planning with tax avoidance, a conceptual identification which, in our view, is entirely misguided.

A relatively restrictive position would limit the legitimacy of tax planning exclusively to those actions that are expressly contemplated by law, thereby excluding any actions initiated by the taxpayer that are based on the exploitation of implicit options afforded by the legal system. Under such a view, one could defend the theory that whatever is not expressly permitted by law is implicitly prohibited. However, such conduct (although departing, in principle, from the spirit of the law) is not per se illegitimate, insofar as it does not go beyond the pursuit of a tax advantage because of the legal system offering alternatives concerning the subjection of facts, acts or legal transactions to taxation.

The problem, therefore, arises when the option exercised by the taxpayer is not explicitly provided for in the relevant legal provisions, and its potential consequence—always within the limits of legal interpretation—leads to a result not foreseen by the legislature.

Indeed, there have been numerous judicial decisions that place strong emphasis on the spirit of the tax law that is being circumvented, even where this is done through a lawful contractual mechanism or through an undesirable form of tax planning[21]. This interpretative approach leaves very limited room for the recognition of implicit tax planning strategies and for stricto sensu fiscal planning, on the basis that certain behaviors or transactions, although lawful and typical under private law, are deemed to be fiscally unlawful, insofar as they are used, under a restrictive interpretation, to frustrate

the intent of the tax legislator.

The judgment of 30 May 2011 makes it unequivocally clear that tax planning can under no circumstances be understood as conferring upon the taxpayer the power to structure transactions or economic situations with tax implications in the absence of valid economic reasons and for the sole purpose of obtaining a tax advantage. Therefore, if tax planning is based on the possibilities derived from the freedom to structure legal transactions, which includes the ability to enter arrangements aimed at securing a tax benefit or saving, it is necessary, as case law has emphasized, to ensure that such freedom does not distort the proper and natural application of tax rules. This distortion arises when resort is made to contractual devices that fall under the category of anomalous legal transactions, which includes acts contrary to the law in *fraudem legis*, indirect transactions, fiduciary arrangements and simulated transactions. The presence of a valid economic reason becomes the test for the recognition of legitimate tax planning. However, the conceptual distinction between these legal categories, which externally and negatively delimit the scope of tax planning, does not eliminate the practical difficulties inherent in its application. Because of the foregoing, tax planning is based on the taxpayer's ability to choose among various lawful legal alternatives depending on their lower tax burden—not solely on that fiscal consideration, however, but also on the presence of another legally or economically relevant effect, namely the existence of a valid economic reason.

When that element is absent, one undoubtedly enters the domain of tax avoidance, whose prevailing definition rests on the idea that there is no direct infringement of any mandatory legal provision. The taxpayer's conduct remains formally lawful, yet it deviates from the spirit or purpose of the rule under which it is ostensibly sheltered, since the tax benefit is obtained using atypical or anomalous legal structures. Tax avoidance thus refers to an outcome that can be achieved by distorting contractual or transactional activity through the pursuit of lawful instruments whose objective is to avoid or reduce the tax burden, while formally complying with the

applicable legal provision at least in their literal dimension.

Within the European Union[22], tax avoidance is defined as conduct by the taxpayers in the organization and structuring of their economic interests aimed at reducing their tax liabilities using arrangements that are formally in conformity with strict legal requirements yet contradict the intention or purpose of the law they purport to comply with.

In the German legal system[23], effective taxation is ensured based on a factual situation that gives rise to the mandatory tax liability, even where the taxpayer chooses an atypical legal arrangement that does not fall directly within the scope of the law, pursuant to Article 42 of the Fiscal Code (Abgabenordnung)[24].

The German legal tradition does not literally identify this concept with tax avoidance but rather assimilates it to the notion of abuse of law. This merely confirms the asymmetric use of these terms across different legal systems, as is likewise the case in the French legal system[25]. In the Anglo-Saxon legal system, there is no general anti-avoidance rule (GAAR) codified in a single legislative text; rather, there exists a set of judicial responses developed through a range of decisions, which have given rise to a body of case law doctrine on the matter[26], as is also the case in the U.S. legal system, where anti-avoidance doctrines have been developed as genuine policy instruments that influence the elasticity and efficiency of the tax system.

In the latter case, a step forward has been taken in the codification of U.S. anti-avoidance doctrine through Section 7701(o), introduced by Section 1409 of the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010[27].

Ultimately, what is indisputable (because it is commonly accepted) is that the key element for determining the lawfulness or unlawfulness of the possibilities arising from the freedom to structure legal transactions with



the aim of obtaining a tax benefit or saving lies in the cause of the legal transaction. That is, in the use of legal forms for purposes other than those which justify their protection by the legal system.

The difference between tax planning and legitimate tax structuring, on the one hand, and tax avoidance, on the other, accordingly resides in the fact that the former does not infringe the spirit or purpose of the law, whereas *fraus legis* does. It is thus understood that in addressing the use of legal constructs to achieve the desired result with a lower tax burden than that associated with the usual acts or legal transactions expressly contemplated by the tax rules, three doctrinal categories are generally used: tax avoidance, which does not breach tax law but circumvents its application; tax evasion, which directly violates the law; and tax planning, which involves the lawful choice among several legal alternatives that result in a lower tax burden. In this way, it may be stated that, unlike in tax planning, in cases of tax avoidance the legal system intends taxation to occur, even though the taxpayer has resorted to valid legal acts or transactions not formally covered by the rule as taxable events. Thus, to prevent tax avoidance, various legal categories are employed, which may be grouped around two distinct traditions: one based on the concept of *fraus legis*, either in its classical formulation under private law or in its specifically tax-oriented version; and the other relying on anti-avoidance clauses, whether general or specific. Additionally, the doctrines of piercing the corporate veil and fiscal transparency are also used in a complementary manner[28]. And, in the sense outlined above, we can indeed identify two of the most severe manifestations of tax avoidance under Spanish law in what is known as conflict in the application of the tax rule (formerly referred to as tax fraud in the form of *fraus legis*) and sham.

2.2. Fraus legis and sham

Fraus Legis is characterized by using an artificial arrangement which, while appearing lawful, serves to avoid the occurrence of the taxable event. Its essential element lies in the absence of any direct breach of a legal provision: the conduct in question is, on its face, in accordance with a covering rule, yet produces a result that is contrary to another rule, to several others, or to the legal system (defrauded rule)[29].

This refers, therefore, to conduct by the taxpayer that produces a result contrary to a legal rule, relying instead on another provision enacted for a different purpose.

Paradoxically, in certain cases, the covering rule may even consist of the absence of a specific legal provision governing the act in question. This figure corresponds, in principle, to the general notion set out in Article 6(4) of the Spanish Civil Code, which states that acts carried out under the literal wording of a rule that pursue a result prohibited by the legal system, or contrary to it, shall be deemed to have been performed in fraud of law and shall not prevent the proper application of the rule that was intended to be circumvented[30].

Within the legal order of the European Union, there is no positive definition of conflict in the application of the rule (i.e., tax fraud in the form of *fraus legis*); however, the Court of Justice of the European Communities (CJEC) has gradually developed the concept over time (albeit with still diffuse contours) and its doctrine can only be properly understood if one takes into account that each element of the national anti-abuse tax framework must be defined in a manner that is coherent with, or aligned to, the fundamental freedoms.

Given that, in most cases, an operation or transaction carried out in exercise of the fundamental freedoms cannot be regarded as abusive, one may observe a trend toward interpreting general anti-abuse rules in accordance with the parameters established by the CJEC. In particular, the concept is increasingly structured around a business purpose threshold when assessing whether a given arrangement constitutes tax fraud in the form of *fraus legis*[31] as can be inferred from the very wording of current Article 15 of the General Taxation Law[32], which refers to artificial or improper acts.

To state that an act or transaction is improper implies a judgment based on frequency. By contrasting the adverb frequently, which denotes what is usual, with the expression notoriously improper used in Article 15, it is not difficult to discern the conceptual void toward which we may be heading. Let us not forget

toward which we may be heading. Let us not forget that the disjunctive conjunction employed (improper versus proper) opens the door to the application of the clause solely based on unusualness[33].

It is therefore necessary to resort to what is known as the appropriateness test to determine whether the legal arrangement under consideration was suitable for achieving the intended purpose. This implies that by using the term improper transaction, Law 58/2003 acknowledges that, to produce certain legal-economic effects, the legal system establishes standard and typical legal transactions.

This implies elevating to the level of an essential element of the legal transaction the legal control that the typical cause exerts over the legitimacy of the purposes pursued by each specific act or transaction.

Therefore, in order to determine whether a specific legal transaction may trigger the application of the provision governing *fraus legis* (that is, whether it has been abusively used by private parties to avoid the occurrence of the taxable event or to obtain a tax advantage) the Tax Administration will be required to ascertain whether the typical legal act or transaction in question pursues the socio-economic purposes inherent to it, i.e., the practical ends protected by the legal system through the essential element of the legal transaction: its cause[34].

Accordingly, the appropriate test may also be understood as a causa-based test[35]. Sham, for its part, entails the creation of an apparent legal reality that conceals either a different legal reality (relative sham) or the complete absence of any legal act or transaction (absolute sham), in accordance with Article 16 of Law 17/2003.

A certain sector of legal scholarship argues that two figures so clearly distinguished at the theoretical level overlapped in practical application, blurring their respective contours to the point of making them nearly indistinguishable. It has been stated that from a technical perspective, *fraus legis* is based on the existence of valid legal acts or transactions carried out under the protection of a certain legal provision (covering rule) that does not adequately shield them,

and thus the tax rule that should truly apply (defrauded rule) must be applied considering the surrounding circumstances.

By contrast, sham involves the creation of an apparent (simulated) legal reality that conceals a different (underlying) one. It is precisely in the sham of the causa of the transaction—given its imprecise configuration under Spanish law and its close connection with the purpose pursued by the parties—where the overlap with *fraus legis* emerges: when a contract is entered into not for its ordinary purpose (typical causa) but to achieve a singular outcome, it suffers from a defect in its causa, to the point of lacking it altogether and thus deserving to be qualified as simulated.

In both cases alike, the legal system provides for the imposition of the tax liability that would have corresponded to the avoided taxable event. The possible concurrence of sham and *fraus legis* arises when the simulated transaction is also fraudulent, and the fact that part of the legal doctrine (under Article 24 of the 1963 General Taxation Law) required the presence of a subjective element in tax *fraus legis* (namely, proof of the deliberate intent to avoid the tax)[36], leads to an unavoidable overlap between the two figures[37].

Another strand of legal scholarship, for its part, maintains that although the theoretical distinction between the two is clear, practical difficulties may arise in determining whether a given case involves sham or *fraus legis*, because in a certain sense (though certainly not in the strict legal-technical sense) those who engage in a transaction in *fraus legis* do not so much pursue the typical legal effects of that transaction as they do its economic consequences[38]. Another line of legal doctrine, for its part, holds that despite the clarity of the theoretical distinction, practical difficulties may indeed arise in determining whether a given case involves sham or a situation of *fraus legis*, because, in a certain sense—though not in the strictly legal-technical sense—those who engage in transactions in fraud of tax law do not seek the typical legal outcome of such transactions, but rather their economic consequences.

Indeed, both types of conduct share a common defining element: whereas in conflict in the application of the rule the taxpayer obtains a tax advantage by exploiting potential normative loopholes (through the interplay of the defrauded rule and the covering rule), in sham there is a deviation from the typical purpose of the transaction, relying instead on an artificially constructed arrangement designed solely to achieve one objective: the intended tax benefit^[39]. However, the nuance that may be identified as a distinguishing factor lies in the very definition of artificial, meaning something done or devised with craft, skill, and artifice—disguised, cautious, duplicitous. This matters because, in conflict in the application of the rule, as previously noted, the transaction executed between the parties is genuinely intended and fully utilized in its legal nature and cannot be said to be concealed or to lack full effect between the parties and vis-à-vis third parties. By contrast, sham necessarily involves an act that conceals another which is considered the true one—an act which does not exist, has no real effect between the parties, and is not opposable to third parties. Therefore, in this context, we may conclude that conflict in the application of the rule entails a form of relative artificiality, whereas sham involves what may be regarded as absolute artificiality.

2.3. Abuse of law

Under Spanish law, Article 7 of the Civil Code provides that rights shall be exercised in accordance with the requirements of good faith and that the law does not protect the abuse of rights or their antisocial exercise. Any act or omission which, by reason of the intention of its author, its object, or the circumstances in which it is carried out, clearly exceeds the normal limits of the exercise of a right, causing harm to a third party, shall give rise to the corresponding compensation and to the adoption of judicial or administrative measures to prevent the continuation of the abuse. If we attempt to grasp the full scope of the provision in question, we soon realize that its wording does not offer a clear and precise definition of the concept of abuse of rights, in particular, in terms of what is to be understood by normal limits in the exercise of a right, or, more simply, where such a limit is to be drawn. In this regard, the Constitutional Court has held, in numerous judgments, that the reasonable use of a right is found in what is justified and non-arbitrary (see STC 84/1987 of 29 May,

Legal Ground 3), and subsequently extended the notion to encompass what is ordinary, normal, and reasonably to be expected (see STC 30/1987 of 11 March, Legal Ground 2; STC 69/1989 of 20 April, Legal Ground 1).

The notion of abuse of law is therefore derived from the perspective of the lawfulness of the reasonable exercise of one's own rights or the reasonable fulfilment of a legal obligation. This must be assessed by reference to the purposes the law intended to serve when recognizing such rights and obligations. That which clearly exceeds the normal limits of the exercise of a right, according to the legal standards of good faith, morality, and public decency, may be considered abusive and, accordingly, unreasonable. Indeed, abuse of law does not consist in the transgression of a rule per se, but rather in the appearance of compliance: a legal semblance of conformity that conceals conduct which, though formally permitted, ought not to be carried out under the normative framework that is properly applicable. Abuse thus presupposes that, through the exercise of a recognized subjective right protected by a legal rule, harm is caused to a third-party interest (whether individual or collective, private or public) which is not protected by a specific legal prerogative and which, by its very nature, may be deemed ethically reprehensible^[40].

However, this initial construction is, in our view, open to criticism due to its fundamental linguistic inconsistency regarding the term “ethically reprehensible. As this paper has already sufficiently examined, globalization has profoundly impacted the breakdown of economic borders—not only through the internationalization of markets, but more fundamentally in the way it drives and establishes new implementation processes. This evolution, as is often the case, advances at a pace far beyond the reach of the ordinary legislator, who must watch as judicial rulings are repeatedly required to fill the legal gaps resulting from the poor quality of legislative technique.

Moreover, in our view, ethics as a constitutive element of any limitation on a subjective right always presents an inherent obstacle that is difficult to

overcome: namely, the moral condition of the person asserting that right.

In any case, focusing exclusively on the European *acquis*, it may be stated at the outset that the notion of abuse of law is by no means novel in this context. Since the seminal *Van Binsbergen* judgment^[41], the Court of Justice of the European Union—although not expressly using the term abuse—laid down the initial foundations of its jurisprudential construction. However, in the process of developing the concept, the Court has employed a wide variety of terms as if they were interchangeable, synonymous, or, in some cases, indistinct elements devoid of their own autonomous meaning.

The jurisprudential construction of the concept of the unusual transaction can be found (developed in considerable depth) within the case law of the Court of Justice of the European Union in its numerous rulings on abuse of law. In the vast majority of these cases, the Court has accepted the compatibility with EU law of anti-abuse measures adopted by Member States, provided that their purpose is essentially to dismantle artificial or anomalous arrangements (lacking real economic substance) that have been devised to obtain an advantage or benefit which would not have arisen in the absence of such abusive conduct, and provided that, in analyzing the exercise of the fundamental freedoms,

no abuse thereof is committed.

It is therefore evident that every anti-abuse rule must necessarily establish a link between the objective pursued by the rule being circumvented and that pursued by the person exercising their right to obtain a benefit or advantage.

In this regard, the Court consistently holds that the fundamental freedoms of the European Union may not be used abusively to access a more favorable legal regime than the one avoided, by means of artificial or anomalous arrangements. In other words, all actions recognized as valid under the legal system are subject to a single limiting condition: the presence, in their exercise, of an additional element of abuse^[42].

In line with this approach, the Court holds that the determination of the existence of abuse requires the interpretation of Community law, since conduct that falls within the essential content of the rights conferred upon individuals by Community law can never be regarded as abusive^[43].

And, fundamentally, to determine the existence of abusive conduct, it is required that even if such conduct is formally lawful, it nevertheless deviates in substance from the purpose or actual objective of the

provision that has been circumvented, by means of artificial or anomalous mechanisms derived from the exercise of fundamental freedoms.

Subsequently, the Court's construction of the concept of abuse of law progressed towards a more fully developed formulation, or in other words, the establishment of the first abuse test, which requires the presence of specific elements to conclude that conduct is abusive.

The first element is objective: a formally valid arrangement, protected by EU provisions, but which, in essence, diverges from the purpose or real object of the rule used to justify the behavior, as compared to the rule that has been circumvented.

What is required, in short, is proof that the conditions created have been artificially devised and with an objective different from that intended by the rule. This requires a case-by-case analysis, both the meaning and purpose of the applicable EU rule and of the conduct of prudent economic operators who manage their affairs in accordance with the relevant legal norms and in line with prevailing commercial and economic practices in the sector concerned. The second element is subjective: the intention to obtain a benefit under EU law by deliberately creating the conditions required for its application.

It must be shown that the transaction or factual arrangement at issue was essentially carried out with the sole aim of obtaining a benefit that is incompatible with the objective of the EU provision invoked. In this regard, the need to consider the elaboration of a non-exhaustive inventory of factual indicators of artificial arrangements has already been highlighted—for instance, the creation of a secondary establishment intended to supply goods or services from another territory without any real economic substance or material activity taking place therein, or, more generally, transactions that lack any commercial purpose (or that may even run counter to general business interests), where such transactions have been undertaken solely for the purpose of avoiding taxation.

As the Court of Justice of the European Union has also stated in some depth, the existence of abuse must be assessed on a case-by-case basis, since presumptions

iuris et de iure of abuse are rejected as overly general or inadequate for achieving the intended aim, namely, preventing the abuse of fundamental rights and freedoms under EU law.

To the extent that the primary objective of a rule is to prevent the use of avoidance mechanisms, the principle of proportionality requires that the contested rule be applied only to prevent wholly artificial arrangements.

However, although it is correct to state that the Court of Justice, in most of its judgments, accepts only those anti-abuse rules whose purpose is to prevent transactions that are artificial, lacking any economic reality, and whose sole or main objective is to obtain a tax advantage without any valid commercial reason, the real difficulty lies in defining the term artificial. The concept is framed in such a way that it closely approximates sham, due to the total absence of economic substance. In addition, a close cause-and-effect relationship is required between the suspicious transaction and the tax advantage obtained, which implies that any anti-abuse rule must establish a clear connection between the taxpayer's aim of securing a favorable tax treatment and the definition of a wholly artificial arrangement. This once again calls for a substance-over-form analysis to determine whether the arrangement in question is, in fact, purely artificial. In this respect, the so-called Business Purpose Test is to be understood as a development of the purposive or teleological interpretation of tax law, and encompasses various doctrines that share a common core: the denial of legal protection to acts or transactions carried out without a genuine commercial purpose, or that abuse legal provisions by using recognized legal forms to obtain a result (the tax advantage) that is not the purpose for which the rule was created[44].

Accordingly, it becomes evident that it is appropriate to apply a test based on three elements, through which one may distinguish between a wholly artificial arrangement and a legitimate exercise of the freedom of establishment. The first requirement concerns the actual establishment of the subsidiary in the host State. The second relates to the effective nature of

the services provided by the subsidiary, understood in terms of the level at which decisions concerning those services are made.

This implies that, if all decisions are taken outside the subsidiary, the latter is reduced to a mere instrument of execution, which would amount to classifying it as an artificial arrangement. Finally, the third requirement, concerning the added value generated by the activity of the subsidiary, is undoubtedly more difficult to assess where the services in question genuinely correspond to real economic activity carried out in the host State. This criterion allows for consideration of the objective situation in which the services provided by the subsidiary lack any economic interest in relation to the activity of the parent company. In such a case, it could be concluded that the arrangement constitutes a wholly artificial construction, insofar as the parent company's payments for the services lack any real consideration and may therefore be regarded as a mere transfer of profits from the parent to the subsidiary.

It is from the *Emsland-Stärke* judgment^[45] onward that the Court more precisely defines the notion of a wholly artificial arrangement, requiring for this purpose the concurrence of two elements: on the one hand, a subjective element, consisting in the intention to obtain a tax advantage; and on the other, that such intention be evidenced by objective and verifiable factors, particularly concerning the physical presence of the establishment in terms of premises, personnel, and equipment.

This leads to the conclusion that, although the formal conditions laid down by EU law may have been fulfilled, the objective pursued by the freedom of establishment has not been achieved. If, upon verification of these elements, it is determined that the establishment constitutes a fictitious set-up that does not carry out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, such creation must be regarded as a wholly artificial arrangement. This may occur, in particular, in cases involving so-called shell, letterbox, or phantom companies.

In this sense, abuse arises from the conjunction of these two intrinsically linked criteria: the subjective element, consisting in the intention to obtain a tax advantage,

which must be established through the combination of several factors verifiable by third parties; and the objective element, consisting in the existence of a contradiction between the result achieved and the purpose pursued by the provision or the fundamental freedom concerned.

However, the mere contradiction between the outcome obtained and the objectives pursued is not sufficient to characterize an abusive practice. It is also necessary that the advantage obtained through EU law provisions cannot be objectively justified by any reason other than that of circumventing the provisions of national law.

Accordingly, the analysis must focus on identifying the objectives pursued by the relevant EU rule; once these are determined, it must be assessed whether the factual situation under examination falls within the scope of those objectives. The objective element entails two distinct requirements: first, a complete departure from the purpose for which the circumvented rule was created; and second, the carrying out of operations whose essential (if not sole) purpose is to obtain a benefit that could not have been achieved otherwise. The subjective element is more problematic, as it must be further refined to include the requirement that such benefit be obtained by deliberately creating the conditions necessary for its acquisition.

Starting from the premise that a Union national cannot be deprived of the possibility of invoking the provisions of the Treaty merely because they seek to benefit from the tax advantages lawfully offered by the legislation in force in a Member State other than that in which they reside^[46], the subjective element (which the Court expressly identifies as the intention to obtain a tax advantage) must be interpreted with great caution.

In this regard, what is referred to as the subjective element of abuse does not alter the interpretative nature of the concept itself, since the Court of Justice linked that subjective element to the conclusion that the situation giving rise to the application of a given EU rule was merely artificial. That conclusion of artificiality must not be based on an assessment of

the subjective intentions of those invoking EU law but rather must be determined based on a series of objective circumstances, verified in each specific case. The intention, therefore, is not decisive for establishing abuse. Rather, it is the activity itself, itself, objectively considered, that constitutes the essential core of this legal figure.

The party's intention to obtain a benefit abusively is simply inferred from the artificial nature of the situation, which must be assessed considering a series of objective circumstances. The subjective element is relevant only to the extent that it confirms the purpose behind the activities carried out to obtain the intended avoidance outcome.

The finding of abusive conduct must thus be based on objective and verifiable elements, accessible to third parties, and relating to factual indicators which, if absent, could lead to the conclusion that the structure constitutes a wholly artificial arrangement and, ultimately, that we are faced with an abusive use of the rule. Around this definition of artificiality, the concept of abuse of law has been extensively constructed as a practice consisting in the unlawful attainment of a tax advantage through wholly artificial arrangements lacking any real economic substance and designed solely to circumvent the application of tax legislation which, under normal circumstances, would have been binding.

The difficulty arises, however, when the term artificial is defined in such a way that it closely approximates sham and conflict in the application of the rule, due to the total absence of economic substance, making it difficult to distinguish these concepts from one another. This leads to the inference that, for the Court, the concept of abuse is effectively equivalent to that of sham, as it focuses on behaviors that resemble gross or blatant shams[47], applying the criterion of artificiality as the essential nature of any abusive conduct. Indeed, we share this interpretation, since if one considers that sham involves the creation of an apparent legal reality or the concealment of the inexistence of an act or legal transaction (implying a deliberate distortion of reality by its very nature), then reducing the concept of abuse of law to the absence of any economic substance makes the distinction between the two notions practically

imperceptible.

For a simulated transaction to produce legal effects, it is necessary to justify the requirements set out in Article 1,261 of the Spanish Civil Code, and in particular, the existence of a lawful and genuine cause underlying the act that the parties intended to conceal beneath another that either lacks a cause or is based on a false one[48].

In sham *stricto sensu*, the intentional and subjective element is essential for the conduct of the party to be considered simulated, as sham entails a departure from the typical purpose (*causa*) of the legal transaction, relying on a deliberately constructed deception, with the manifest intention of obtaining a tax benefit that would not have applied had the sham not occurred. However, it is not necessary for a subjective element of intent to be present for a given legal structure to be regarded as abusive, as such a structure may arise from a broad interpretation of the law which, nonetheless, may result in an unintended tax advantage. As previously noted, the conclusion of artificiality must not be based on an assessment of the subjective intentions of those invoking EU law but must rather be determined based on a series of objective circumstances, verifiable in each individual case.

Meanwhile, in the general domain of legal transactions, the essence of sham lies in the divergence between the real cause and the one declared, which may be, as previously stated, either absolute or relative: in the first case, there is no cause whatsoever behind the created appearance; in the second, there is a real cause that differs in content or character from the one declared, insofar as the simulated transaction conceals another that reflects the parties' true intention.

In any case, to establish the existence of a simulated transaction, the sham itself must be duly proven, that is, the constitutive elements of the concept must be demonstrated—namely, the deliberate discrepancy between the declared intent and the parties' true will, and the concealment purpose. Sham, or a simulated legal transaction, therefore, has a factual component subject to a certain degree of evidentiary

assessment or evaluation[49], whereby the subjective element is, in essence, decisive in determining the existence of sham in the conduct of the taxable persons.

With regard to the conflict in the application of the law, we concur that there is a notable convergence between the doctrine developed by the Court and the clause contained in Article 15 of the General Taxation Law, insofar as, under the aforementioned article, the Tax Administration must prove the manifestly artificial or inappropriate nature of the acts or transactions carried out. At first glance, this is not the case under the general anti-abuse clause, where it is sufficient to demonstrate that such acts or transactions give rise to a tax advantage that is contrary to the spirit of the law and was sought as the primary aim of the arrangement. However, it must not be overlooked that this requirement is implicitly contained in the case law of the Court of Justice of the European Union, which seeks to determine in which cases there has been an abuse of law. This objective is usually achieved through the performance of artificial or contrived acts or transactions. Nonetheless, some scholars argue that the doctrine of the Court introduces an additional element not expressly provided for in Article 15 of the General Taxation Law, namely, the requirement that the advantage obtained must be contrary either to the applicable EU Directive or to the domestic tax legislation governing the specific tax at issue[50].

It is worth noting, finally, that in Poland a general rule applies to transactions carried out primarily for the purpose of obtaining a tax advantage, or where one of the main purposes was to obtain such an advantage, if that advantage is contrary to the object or purpose of the tax legislation or any provision thereof. In this regard, the rule establishes that the tax advantage shall not be deemed to have arisen if the transaction or arrangement is considered artificial, if it would not have been implemented by a person acting reasonably and for legitimate purposes, based on predominantly sound economic reasons. These valid reasons, by definition, exclude the sole purpose of obtaining a tax benefit, and their assessment shall take into account various aspects, such as: the unjustified fragmentation of transactions; the involvement of intermediaries despite the absence of economic or business justification; or the existence of elements leading to a situation that is

identical or nearly identical to that which existed prior to the transaction. Other elements that warrant consideration include those that cancel each other out or are mutually offset; the presence of an economic risk exceeding the expected non-tax advantages to such an extent that a prudent person would not have chosen that course of action; situations in which the tax benefit obtained is not reflected in the economic risk borne by the entity or in its cash flows; the occurrence of a pre-tax profit that is insignificant compared to the tax advantage and not directly attributable to a real economic loss; or the involvement of an entity that does not engage in genuine economic activity or perform any significant economic function, or that is established in a country or territory applying harmful competitive tax practices.

The logical consequence of determining the absence of valid economic reasons shall be the application of the tax effects of such transactions based on the situation that would have arisen had the transactions been carried out by an entity pursuing legitimate objectives other than obtaining a tax advantage. In a situation where the circumstances indicate that the sole purpose of the transaction was to obtain a tax benefit, the tax consequences shall be determined based on the situation that would have existed had the transaction not been executed[51]. Along these lines, in February 2023, the Regional Administrative Court of Warsaw issued three rulings in proceedings related to the abuse of law[52], two of which concerned the so-called incentive schemes based on financial instruments.

These essentially constituted artificial arrangements aimed at reducing personal income tax (PIT) liability by creating a basis for payments to be taxed as capital income (at a 19% rate), whereas in reality, they represented remuneration for the work performed by a member of the company's board of directors (taxed at a 32% rate). The financial instrument contracts were concluded in parallel with the employment relationship and had a motivational purpose. However, they did not transfer any investment risk to the taxpayer, nor did they expand their responsibility beyond the professional duties performed within the company. The court

determined that the funds received in this manner effectively constituted a component of the remuneration, of a bonus nature, and thus were subject to taxation under the progressive income tax scale. Of the judgments, the most significant concerned a scheme involving the use of a shell company to execute the sale of shares by a natural person in a limited liability company (sp. z o.o.)[53]. As a result of selling the shares through a company specifically set up for that purpose (to which the shares had been transferred via a tax-neutral share swap) and subsequently dissolved, artificial acquisition costs were generated, which led to the seller avoiding taxation. Before the dissolution of the company, the proceeds from the sale were transferred into the private assets of the shareholders through loans.

The court held that, had there been no opportunity to obtain a tax advantage, the taxpayer would not have opted to carry out the sale through the intermediary company, but would have instead executed the sale directly. Furthermore, in its rulings, the court reaffirmed the doctrine according to which decisions may be issued based on the moment the tax benefit arises (regardless of when the underlying acts or series of acts constituting tax avoidance were performed), and that such benefit shall be deemed to arise for personal income tax purposes upon the closing of the tax year. This interpretation therefore includes the possibility of applying the general anti-avoidance rule (GAAR) to tax obligations arising in the 2016 fiscal year. The court also emphasized the legal nature of decisions issued under the so-called *decyzje klauzulowe* (GAAR decisions), considering them to be declaratory decisions. In the oral reasoning of the judgments, it was stressed that the proper legal act is neither abstract nor does it constitute an independent source of taxation; rather, it must be identified during the tax proceedings, and the corresponding tax consequences must then be established in accordance with the applicable tax provisions.

Conversely, the legal theses put forward during attempts by legal representatives to reinterpret the provisions to argue for the constitutive nature of decisions under the said clause were found to be untenable[54].

III. The requirement of administrative reasoning in the legal classification of transactions

Considering the foregoing, it is undeniable that the legal classification of transactions entered by the taxpayer, as carried out by the tax authorities, constitutes a qualified expression of their interpretative powers, with direct effects on the determination of the tax liability.

This is based on an undisputed premise under European Union law, namely that (...) nationals of a Member State may not, by availing themselves of the opportunities created by the Treaty, seek to abuse fully circumvent the application of their national legislation. Nor may they invoke Community rules in an abusive or fraudulent manner[55].

However, the exercise of the tax administration's power to classify legal transactions cannot be detached from the principle of legality, nor from the formal limits deriving from the *acquis*, which requires that administrative action be not only consistent with the law, but also properly reasoned, proportionate, and aligned with the purposes justifying it. Reasoned justification thereby becomes an essential guarantee for the taxpayer, insofar as it enables both administrative and judicial review of the classification criteria adopted by the tax authorities. This requirement becomes even more stringent when such classification leads to the disregard of the legal form chosen by the parties, rendering the transactions entered into devoid of tax effect by the direct application of Article 13 of the General Tax Act, though necessarily with reference to the figures of sham or conflict in the application of the rule.

As developed throughout this paper, the doctrine of the Business Purpose Test aims to support anti-abuse rules whose purpose is to declare ineffective those transactions or structures deemed artificial due to their sole objective being tax avoidance through abusive use of the legal norms that support them. This means that the assessment is not limited to the validity of the transaction or structure in question — i.e., the existence of valid economic reasons — but must also examine its alignment with the interpretation of the legal provision on which it relies. This is because a given action may simultaneously

result in a tax benefit while also exhibiting economic rationality in its design, thereby providing a seemingly perfect cover within the framework of the doctrine analyzed. Ultimately, it is the essentiality of the tax advantage in the transaction that determines the application of the doctrine, insofar as an inadequate legal form is used for the economic purpose pursued, with no justification other than the tax benefit sought.

The difficulty lies in the fact that, under Spanish law, the notion of artificiality — as thus understood — may fall within either the category of conflict in the application of the rule, as defined in Article 15 of the General Tax Act, or within the concept of sham — whether absolute or relative — under Article 16 of the same legal text.

As this paper has shown, these two figures are distinct under Spanish law, unlike in other jurisdictions, such as the United States, where the doctrine of sham transactions is closely associated with the Business Purpose Test, effectively blurring the boundaries between sham and abuse[56].

For this reason, the case law of the Court of Justice of the European Union requires the proper application of both legal provisions, particularly in relation to the existence of sham, since the substantial difference between these two legal constructs — and the consequences arising therefrom — has led the courts to demand a heightened standard of reasoning when the legal characterization adopted by the parties is modified. Such interference may, in practice, substantially alter the tax effects initially arising from the legal acts performed. Accordingly, Spanish case law has consistently held that the administration must provide a sufficiently detailed and reasoned explanation of the elements that led it to disregard the legal form chosen by the taxpayer, specifying the real legal transaction that is deemed to have taken place. This reasoning cannot consist of general or formulaic statements — such as generic references to fraud of law or the distortion of legal form — without a substantiated account of the facts and the corresponding legal reasoning. As stated in the abovementioned judgment of the Spanish Supreme Court of 29 April 2025, in the tax context, the distinction between legal characterization and sham may be of critical importance, particularly from the perspective of tax penalty law. A case of legal

characterization might be defensible, at least arguably, based on the absence of negligence or a reasonable interpretation of the law, thereby excluding the existence of a tax infringement. However, such defense would not be available in cases of sham, where the concealment inherent in the simulated transaction might even serve as an aggravating factor. Therefore, a distinction which may appear innocuous at first glance can in fact produce highly significant consequences in the realm of sanctioning power. From a rights-based perspective, the requirement for a specific and well-founded justification referring explicitly to the legal concepts of sham, conflict in the application of the legal norm, or abuse of law acquires a structural dimension: it is not merely a formal requirement, but a substantive one[57].

In short, the tax classification of legal acts demands that the tax administration provide a rigorously reasoned explanation, enabling the taxpayer to understand why their legal position has been rejected and on what normative and factual grounds the administration's alternative classification is based. Only in this way can the legitimate exercise of the administration's interpretative and classificatory powers be ensured within the limits imposed by the principle of tax legality. The examination of tax qualification must follow the interpretative criteria laid down by current case law concerning the boundaries between legal qualification, conflict in the application of the rule, and sham. Case law has repeatedly stressed the legal requirement to distinguish appropriately between these figures, and the obligation incumbent upon the administration to tailor the use of its powers of legal qualification, declaration of conflict in the application of the rule, and assessment of sham to the actual characteristics of the legal act, transaction or event with tax relevance that is being reviewed. Only by maintaining the necessary rigor in applying, in each specific case, the figure that is truly pertinent can the legal framework designed by the legislator achieve its intended effectiveness[58].



IV. References

[1] STS 05.05. 2025, ROJ 1931/2015.

[2] STS 29.04.2025, ROJ 1906/2015.

[3] Judgment of 26 September 2000, Commission/Belgium (Case C- 478/98) ECLI:EU:C:2000:497, para. 45; Judgment of 21 November 2001, X e Y (Case C-436/00) ECLI:EU:C:2002:704, para. 62; Judgment of 4 March 2004, Commission/France (Case C-334/02) ECLI:EU:C:2004:129, para. 27 and Judgment of 12 September 2006, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas (Case C-196/04) ECLI:EU:C:2006:544 para. 50.

[4] Judgment of 22 December 2010, Weald Leasing, Case C-103/09, ECLI:EU:C:2010:804, par. 30: It must also be evident from a range of objective factors that the principal purpose of the transactions at issue is to obtain a tax advantage.

[5] Maintaining continuity with the wording of Article 25 of the repealed Law 230/1963, which expressly provided that the tax shall be levied in accordance with the true legal or economic nature of the taxable event. Where the taxable event consists of a legal act or transaction, it shall be classified according to its true legal nature, regardless of the form chosen or the

designation used by the parties, and irrespective of any intrinsic or formal defects that may affect its validity. Where the taxable event is defined by reference to economic concepts, the criterion for its classification shall take into account the economic situations and relationships that in fact exist or are established by the parties, regardless of the legal rules employed.

[6] GARCÍA FREIRÍA, M., «La calificación jurídica en el Derecho tributario», Marcial Pons, 2024.

[7] STS 05.05. 2025, ROJ 1931/2015.

[8] MARÍN BENÍTEZ, G., «¿Es lícita la planificación fiscal?», Thompson Reuters, Valladolid, 2013, p. 44.

[9] Judgment of 3 December 1974, Van Binsbergen, 33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

[10] Judgment of 12 July 1988, Direct Cosmetics Ltd and Laughtons Photographs Ltd v Commissioners of Customs and Excise (Joined Cases 138/86 and 139/86) ECLI:EU:C:1988:383.

[11] Judgment of 17 July 1997, Leur-Blomen (Case C-28/95) ECLI:EU:C:1997:369.

[12] Judgment of 12 March 1996, Pafitis (Case C-441/93) ECLI:EU:C:1996:92.

[13] Judgment of 2 May 1996, Paletta (Case C-206/94) ECLI:EU:C:1996:182, para. 13.

[14] Lord Tomlin, IRC v. Duke of Westminster, 1936.

[15] PONT CLEMENTE, J., «La economía de opción», Informes AEDAF, núm. 6, febrero 2002, p. 1.

[16] RUBIO GUERRERO, J., «Cauces de evasión fiscal y planificación fiscal internacional: procedimientos de actuación en esquemas básicos», MORENO GONZÁLEZ, S. / COLLADO YURRITA, M. (Dirs.), Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria, Colex, Madrid, 2005, p. 687.

[17] STS 30.05. 2011, ROJ 4147/2011.

[18] STS 23.02. 2012, ROJ 1175/2012.

[19] RUIZ ALMENDRAL, V. / SEITZ, G., «El fraude a la ley tributaria (análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)», Revista de Contabilidad y Tributación, núm. 257-258, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004, p. 10.

[20] ROSEMBUJ, T., «El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario», Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1999, pp. 69-72.

[21] STC 17.02. 2000, ROJ 46/2000.

[22] SWD (2012) 403 final, cit.

[23] Abgabenordnung (AO) § 42 Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten: (1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs im Sinne des Absatzes 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht. (2) Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

[24] LEHNER, M., «Elusión fiscal / Evasión fiscal», Cahiers de Droit Fiscal International, Studies on International Fiscal Law, Association Fiscal e Internationale (IFA), Volume LXVIII a, Rotterdam, 1983.

[25] RAPPORT DU SYNDICAT NATIONAL SOLIDAIRES FINANCES PUBLIQUES, «Evasions et fraudes fiscales, contrôle fiscal», 2013: «il existe un autre terme permettant de définir une opération légale effectuée pour payer moins d'impôts ; l'optimisation. En général, une

optimisation est légale, l'évasion consistant à utiliser les mécanismes légaux et/ou illégaux dans le seul but d'éviter l'impôt. Certes, en théorie, la limite juridique entre le légal et l'illégal se situe au niveau de l'abus de droit, qui consiste à utiliser les mécanismes légaux dans le seul but d'éviter l'impôt. Il incombe alors à l'administration de prouver qu'il y a abus de droit. Or, l'administration n'a la possibilité de prouver qu'il y a abus de droit que dans une minorité de cas. On ne peut donc pas valablement s'appuyer sur cette notion pour arrêter la limite qu'il y a entre optimisation et évasion.

[26] PEREZ ROYO, F., «La doctrina de los Lores sobre la elusión fiscal (examen de casos recientes)», p. 2: «*the starting point of this judicial reaction is the Ramsay case, decided in 1981, which gave its name to what may be referred to as the House of Lords' doctrine on tax avoidance, commonly known in this context as the Ramsay Doctrine, Ramsay Principle, or Ramsay Approach.*».

[27] ROBERTSON, J., et al: «Codification of the Economic Substance Doctrine» en Journal of Business Administration Online, vol. 9, núm. 2, 2010: «*the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 (Public Law No. 111-152) contains numerous tax provisions. One of these provisions (Act Section 1409) contains the codification of the Economic Substance Doctrine. This doctrine has been used since the Gregory case in 1935 (Gregory v. Helvering) to deny tax benefits when it is determined that no "economic substance" exists in a particular transaction apart from federal tax considerations. However, there has been some definitional split among the circuits as to exactly what constitutes economic substance. The Treasury Department has argued for codification of the economic substance doctrine for years and Newly adopted Section 7701(o)(1) requires a conjunctive test for determining if a transaction has economic substance.*».

[28] STS 17.03. 2014, ROJ 1060/2014.

[29] STS 20.05. 2012, ROJ 6618/2012.

[30] CLEMENTE CASAS, I., «El fraude de ley tributaria no constituye Delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño: la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone a la tesis del Tribunal Supremo», Actualidad Jurídica Uría Menéndez, núm.12, 2005.

[31] RUIZ ALMENDRAL, V., «El fraude a la ley tributaria

a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general antifraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario», Thompson, Pamplona, 2006.

[32] Art. 15: A conflict in the application of tax law shall be deemed to exist when the taxable event is wholly or partially avoided, or the tax base or tax liability is reduced, through acts or transactions in which the following conditions are met: a) That, whether considered individually or as a whole, they are manifestly artificial or inappropriate for achieving the result obtained; b) That their use does not give rise to relevant legal or economic effects other than the tax saving and those effects that would have been obtained through ordinary or customary acts or transactions.

[33] LÓPEZ TELLO, J., «La «cláusula antiabuso» del Anteproyecto de nueva Ley General Tributaria», Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, núm. 5, 2003, p. 49.

[34] CALATAYUD PRATS, I., «Comentario al artículo 15 de la nueva ley General Tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria», Hacienda Canaria, núm. 10, 2, p. 18.

[35] GARCÍA NOVOA, C., «La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria», Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 365.

[36] Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, Art. 24: 1. In order to prevent abuse of law, and for the purposes of the preceding paragraph, there shall be no extension of the taxable event where actions are taxed that were carried out with the proven intention of avoiding the tax, provided that they produce a result equivalent to that of the taxable event.

[37] LINARES GIL, M., «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria», InDret, núm.3, Working Paper núm. 25, Barcelona, 2004.

[38] ZORNOZA PÉREZ, J., «La simulación en Derecho tributario», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (Dir.), Tratado sobre la Ley General Tributaria, Tomo I, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2010, p. 560.

[39] CLEMENTE CASAS, I., «El fraude de ley tributaria no constituye Delito fiscal porque no implica ocultación ni engaño: la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005 se opone a la tesis del Tribunal Supremo», cit.

[40] PALOMBELLA, G., «El abuso del Derecho, del poder y del rule of Law», en Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 29, Doxa, 2006, pp. 33-57.

[41] Judgment of 3 December 1974, Van Binsbergen, 33/74, ECLI:EU:C:1974:131.

[42] GONZALEZ GARCIA, G., «Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho de la Unión», Documentos de Trabajo, núm. 8, Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p. 42.

[43] MARTÍN JIMÉNEZ, A., «Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas anti-elusión/antiabuso del derecho interno», Documentos, núm. 7, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, p. 6.

[44] RUIZ ALMENDRAL, V., «¿Tiene futuro el test de los motivos económicos válidos en las normas anti abuso? (sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el derecho de la Unión Europea)», Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, núms.329-330, 2010, p. 36.

[45] Judgment of 14 December 2000, Emsland Stärke, C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695.

[46] Judgment of 11 December 2003, Barbier, C-364/01, ECLI:EU:C:2003:665, para. 71.

[47] CALDERÓN CARRERO, J. / MARTÍN JIMÉNEZ, A., «Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test Claimants in the Thin Cap Group», Jurisprudencia Tributaria, núm. 2, Aranzadi, 2007.

[48] CALVO VERGEZ, J., «La simulación en el Derecho tributario: análisis de la reciente doctrina del Tribunal Supremo», Quincena Fiscal, núm. 14, 201.

[49] STS 19.05 2011, ROJ 9066/2011.

[50] RODRIGUEZ MÁRQUEZ, J., «Nuevas aportaciones del TJCE a la doctrina del abuso de Derecho en el ámbito del IVA: la sentencia Weald Leasing», Crónica Tributaria, núm. 2, 2011.

[51] Vid. PIEKIELNIK, T., «Charakter zobowiązania podatkowego powstającego w związku z wydawaniem przez Szefa KAS decyzji z zastosowaniem klauzuli przeciw unikaniu opodatkowania (GAAR)», Przegląd Podatkowy 1/2023, str. 41-49.

[52] wyroki WSA z 21 lutego 2023 r., sygn. akt III SA/Wa 2386/22 oraz III SA/Wa 2387/22 (Sentencias del Tribunal Administrativo Regional de 21 de febrero de 2023, referencias III SA/Wa 2386/22 y III SA/Wa 2387/22).

[53] wyroki WSA z 14 lutego 2023 r., sygn. akt III SA/Wa 1695/22 (Sentencia del Tribunal Administrativo Regional de 14 de febrero de 2023, referencia III SA/Wa 1695/22).

[54] [Finanse.mf.gov.pl](https://www.podatki.gov.pl/), Creative Commons Uznanie Autorstwa 3.0 Polska, en <https://www.podatki.gov.pl/>: Art. 119a. [Unikanie opodatkowania] Dz.U.2025.111 t.j. Czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli osiągnięcie tej korzyści, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, a sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). §2. W sytuacji określonej w §1 skutki podatkowe czynności określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki mógłby zaistnieć, gdyby dokonano czynności odpowiedniej. §3. Za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny. Czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu działania. §4. Jeżeli w toku postępowania strona wskaże czynność odpowiednią, skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby dokonano tej czynności. §5. Przepisy §2-4 nie mają zastosowania, jeżeli okoliczności wskazują, że osiągnięcie korzyści podatkowej było jedynym celem dokonania czynności, o której mowa w §1. W takiej sytuacji skutki podatkowe określa się na podstawie takiego stanu rzeczy, jaki zaistniałby, gdyby czynności nie dokonano. §6. Jeżeli korzyść podatkowa została osiągnięta w rezultacie dokonania czynności, o której mowa w §1, w wyniku zastosowania przepisu ustawy podatkowej określającego warunki przyznania zwolnienia podmiotowego lub przedmiotowego, wyłączenia z podstawy opodatkowania, w tym wyłączenia przychodów (dochodów) z opodatkowania, lub odliczenia od przychodu, dochodu lub podatku, to skutki podatkowe określa się na podstawie stanu prawnego, jaki zaistniałby, gdyby dany przepis ustawy podatkowej nie miał zastosowania. Przepisów §2-5 nie stosuje się. §7. Jeżeli dokonane przez stronę cofnięcie skutków unikania opodatkowania, o którym mowa w art. 81b §1a, w całości uwzględnia ocenę prawną organu podatkowego związaną z unikaniem opodatkowania, zawartą w zawiadomieniu wydanym na podstawie art.

200 §3, organ podatkowy zawiera w decyzji wskazanie korzyści podatkowej lub dochodu stanowiącego podstawę ustalenia dodatkowego zobowiązania podatkowego, o którym mowa w art. 58d. Czytaj więcej w Systemie Informacji Prawnej LEX: <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/ordynacja-podatkowa-16799056/art-119-a>.

[55] Judgment of 7 December 1979, Knors, 115/78, ECLI:EU:C:1979:31.

[56] WARREN KLASING, D., «What is the Sham Transaction Doctrine», in Tax Law Library. This doctrine tends to be applied where a taxpayer attempts to disguise a transaction and make it appear to be something that, in reality, it is not. When it is applied, the courts will ignore the form of the transaction and declare it to be a “sham” and then proceed to ascertain the tax impact based upon the court’s view of the substantive nature of the transaction. A transaction that is labeled a sham when it is deemed to not be motivated by a legitimate business purpose other than its anticipated tax benefits (in other words, tax savings does not qualify as a legitimate tax purpose), will be deemed to lack economic substance because there is no reasonable expectation of profit and thus will be disregarded for tax purposes, so in this cases: a) D.M. Fender v US, CA-5, 577 F2d 934, a sale of bonds to a bank where the taxpayers owned the controlling block of stock was disregarded as non bonafide because they did not in the government’s opinion suffer a genuine economic loss which is a requirement for a loss deduction; In T.F. Abbott, Jr. v Commr, 23 TCM 445, TC Memo. 1964-65, aff’d, per curiam, CA-5, 342 F2d 997, the Court of Appeals in the 5th Circuit affirmed the Tax Court in holding that a major stockholder of a corporation (and not his related corporation) in reality realized a gain from the sale of stock. The major stockholder purportedly transferred stock to the corporation as a capital contribution and then his related corporation turned around and immediately sold the stock at a gain. The Tax Court justified setting aside the form of the transaction by holding that the stockholder in substance had sold stock as an individual using the corporation as a conduit and then contributed the proceeds to the corporation as a capital contribution; In the Est. of S. Ravetti v Commr, 67 TCM 3064, TC Memo. 1994-260, the losses flowing to a limited

partner related to a purchase of a film by a partnership were disallowed because the acquisition was held to lack economic substance. Factors that the court focused on to justify the disallowance were (i) over-inflated purchase price for the film in order to support tax benefits, and (ii) the lack of personal liability of the limited partner. The transaction was held to not be the result of a true arms-length negotiation; In *H.J. Smith, Jr. v Commr*, 50 TCM 1444, TC Memo. 1985-567 a sale of stock at auction was held to be invalid where the seller's son purchased the stock with money given to him by the seller (his father) because the father (in economic terms) did not receive anything for the stock; In *P.J. Batastini v Commr*, 53 TCM 1500, TC Memo. 1987-378; *Milbrew, Inc. v Commr*, 42 TCM 1467, Dec. 38,363(M), TC Memo. 1981-80, *aff'd*, CA-7, 83-2 USTC 9467, 710 F2d 1302; *F.C. LaGrange v Commr*, 26 TC 191, Dec. 21,699 (1956) a series of sale-leaseback transactions were disallowed because the court believed the transactions were entered into solely to inflate the value of the assets used in a school bus business. In reality title to the asset of the business were never transferred to the buyers and the agreed upon purchase price greatly exceeded the true value of the underlying assets. These factors along with others led to the disallowance under the transaction lacked economic substance by the court; In *W.G. Hock v Commr*, 54 TCM 407, TC Memo 1987-444, the limited partners in a mining operation's expenses and losses were disallowed because the investment in the mining operation was held to not be motivated by a valid business purpose. The transactions as a whole lacked economic substance because of the relationship and lack of knowledge or experience in the mining industry of the parties and the overstated purchase price. Moreover, no one was ever mined or sold, and no payments were actually made to the seller, and factors were apparent that indicated the mine was never a profitable business venture.

[57] STS 29.05. 2025, ROJ 1906/2015.

[58] STS 05.05. 2025, ROJ 1931/2015.

LOS FACTORES ECONÓMICOS QUE JUSTIFICARÍAN LA REFORMULACIÓN DE LA CONFLICTIVA ESTRATEGIA PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

THE ECONOMIC FACTOR THAT WOULD JUSTIFY THE REFORMULATION OF THE TAX ADMINISTRATION'S CONFLICTIVE PROCEDURAL STRATEGY

Recibido: 17.09.2025 / Aceptado: 22.09.2025



**DIEGO FIERRO
RODRÍGUEZ**

Letrado de la Administración de Justicia |
Experto Universitario por la UNED

Resumen:

Este estudio aborda de manera exhaustiva los factores económicos que exigen una reformulación integral de la estrategia procesal de la Administración Tributaria en España, con un enfoque en el impacto financiero de las sentencias judiciales desfavorables, que han alcanzado un promedio anual de 1.005 millones de euros entre 2014 y 2023. A través de un análisis jurídico detallado, se identifican errores normativos, desalineaciones con el Derecho de la Unión Europea, excesos en el uso de instrumentos legislativos y deficiencias administrativas como causas fundamentales de esta problemática. Estos factores no solo generan pérdidas económicas significativas, sino que también afectan la estabilidad fiscal y la confianza de los contribuyentes en el sistema tributario. Se propone una reestructuración estratégica basada en la mejora de la calidad normativa, el fortalecimiento de los órganos administrativo-judiciales, la modernización tecnológica y la revisión de los procedimientos sancionadores, con el objetivo de reducir la litigiosidad, optimizar la sostenibilidad fiscal y garantizar un equilibrio entre los derechos de los contribuyentes y las necesidades recaudatorias del Estado.

Palabras clave:

Administración Tributaria, litigiosidad tributaria, estabilidad fiscal, derecho tributario, intereses de demora, tribunales económico-administrativos, principio de legalidad, digitalización administrativa, sanciones tributarias y cumplimiento voluntario.

Abstract:

This comprehensive study examines the economic factors necessitating a thorough reformulation of the procedural strategy of the Spanish Tax Administration, driven by the significant financial impact of adverse judicial rulings, averaging 1,005 million euros annually from 2014 to 2023. Through an in-depth legal analysis, it identifies normative errors, misalignments with European Union law, overuse of legislative instruments, and administrative inefficiencies as primary causes of this issue. These factors not only result in substantial economic losses but also undermine fiscal stability and public trust in the tax system. The study advocates for a strategic overhaul focused on enhancing normative quality, strengthening administrative-judicial bodies, modernizing technological infrastructure, and revising sanctioning procedures to reduce litigation, optimize fiscal sustainability, and ensure respect for taxpayers' rights.

Palabras clave:

Tax administration, tax litigation, fiscal stability, tax law, late payment interest, economic-administrative courts, principle of legality, administrative digitization, tax penalties and voluntary compliance.

I. Introducción

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, constituye el fundamento normativo que regula los procedimientos de revisión administrativa en el ámbito tributario en España, estableciendo un sistema diseñado para garantizar la corrección de errores, la protección de los derechos de los contribuyentes y la coherencia en la aplicación de los tributos. Este marco legal, particularmente en su Título V, articula un conjunto de mecanismos que incluyen procedimientos especiales de revisión, recursos de reposición y reclamaciones económico-administrativas, con el objetivo de equilibrar las necesidades recaudatorias del Estado con el respeto al principio de legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sin embargo, la alta litigiosidad tributaria, que ha generado pérdidas económicas promedio de 1.005 millones de euros anuales entre 2014 y 2023 debido a sentencias judiciales desfavorables, evidencia las limitaciones estructurales de este sistema. Esta situación pone de manifiesto la necesidad de una reformulación integral de la estrategia procesal de la Administración Tributaria, abordando deficiencias normativas, administrativas y tecnológicas que alimentan la conflictividad y comprometen la sostenibilidad fiscal. La presente introducción analiza el marco normativo de la revisión administrativa, destacando su relevancia como base para una estrategia renovada que optimice la gestión tributaria y fortalezca la confianza ciudadana.

El Título V de la Ley General Tributaria, en sus artículos 213 a 249, establece un sistema detallado de revisión administrativa que abarca desde la declaración de nulidad de pleno derecho hasta la interposición de recursos extraordinarios, pasando por procedimientos de rectificación de errores y devolución de ingresos indebidos. Estos mecanismos buscan garantizar que los actos tributarios y sancionadores sean revisados de manera justa y conforme a la ley, permitiendo la corrección de errores materiales, la anulación de actos contrarios al ordenamiento jurídico y la protección de los derechos constitucionales de los contribuyentes. Sin embargo, la aplicación práctica de estas disposiciones revela desafíos significativos, como la saturación de los tribunales económico-administrativos, que en 2021 gestionaron 247.646 recursos, y la falta de celeridad en la resolución de conflictos, lo que genera costes adicionales en intereses de demora, que en 2018 ascendieron a 235,6 millones de euros. Estas cifras reflejan no solo un impacto económico directo, sino también una erosión de la confianza de los contribuyentes en la capacidad de la Administración Tributaria para resolver disputas de manera eficiente y equitativa. La reformulación de la estrategia procesal debe, por tanto, abordar estas deficiencias estructurales, optimizando los procedimientos de revisión y fortaleciendo los órganos administrativos responsables de su aplicación.

La estructura normativa de la Ley General Tributaria establece un marco claro para la tramitación de recursos y reclamaciones, con disposiciones específicas sobre capacidad, representación, notificaciones, plazos y motivación de las resoluciones[1]. Sin embargo, la implementación de estas normas enfrenta obstáculos operativos, como la falta de digitalización absoluta de los procedimientos administrativos y la insuficiencia de recursos humanos y materiales en los tribunales económico-administrativos.

Esta situación contribuye a la percepción de ineficiencia y alimenta la litigiosidad, ya que los contribuyentes, ante resoluciones insuficientemente motivadas o retrasos prolongados, optan por escalar los conflictos a la vía contencioso-administrativa. La introducción de tecnologías avanzadas, como plataformas de gestión documental y herramientas de inteligencia artificial, podría agilizar los procesos de revisión, mejorar la calidad de las resoluciones y reducir los costes asociados a la litigiosidad, sentando las bases para una estrategia procesal más efectiva.

La relevancia del marco normativo de la Ley General Tributaria trasciende su función técnica, ya que representa una oportunidad para abordar los factores económicos y jurídicos que justifican la alta litigiosidad tributaria. La posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 237) y la vinculación de la doctrina establecida por el Tribunal Económico-Administrativo Central (artículo 239) son herramientas clave para garantizar la coherencia normativa y la alineación con el derecho comunitario. Sin embargo, la falta de unidades especializadas en derecho europeo y la insuficiente coordinación con las instituciones comunitarias limitan la capacidad de la Administración Tributaria para anticipar conflictos derivados de desalineaciones normativas, como los casos del céntimo sanitario o el Modelo 720. La reformulación de la estrategia procesal debe incluir medidas como la creación de comités de revisión normativa, la capacitación continua del personal en derecho comunitario y la promoción de la resolución alternativa de conflictos, como la mediación tributaria. Estas iniciativas no solo reducirían el impacto económico de las sentencias desfavorables, sino que también fortalecerían la legitimidad de la Administración Tributaria como garante del principio de

legalidad y del respeto a los derechos de los contribuyentes.

Además, el marco normativo establece procedimientos específicos, como los regulados en los artículos 216 a 221, que permiten la revisión de actos nulos de pleno derecho, la declaración de lesividad, la revocación y la rectificación de errores, así como la devolución de ingresos indebidos. Estos procedimientos son esenciales para corregir errores administrativos y garantizar la justicia tributaria, pero su eficacia está limitada por la falta de recursos y la complejidad de los trámites[2].

La modernización de estos procesos, mediante la implementación de sistemas digitales de gestión de expedientes y la asignación de mayores presupuestos a los tribunales económico-administrativos, podría mejorar significativamente su eficiencia. Asimismo, la promoción de un enfoque preventivo, basado en la educación tributaria y la resolución extrajudicial de conflictos, podría reducir el volumen de recursos presentados y fomentar un cumplimiento voluntario más efectivo.

Finalmente, la vía judicial contencioso-administrativa, contemplada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, constituye el mecanismo judicial al que los contribuyentes recurren cuando los procedimientos administrativos no resuelven satisfactoriamente sus pretensiones. Esta ley, en su Título I, define el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableciendo que los Juzgados y Tribunales de este orden (artículo 1) conocerán de las pretensiones relacionadas con la actuación de las Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo, incluyendo la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de Derecho público dependientes. Además, abarca actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial de órganos como el Congreso, el Senado o el Tribunal Constitucional (artículo 1.3), así como cuestiones relacionadas con contratos administrativos, responsabilidad patrimonial y actos de fiscalización

(artículo 2). Sin embargo, no corresponde a esta jurisdicción resolver cuestiones atribuidas a los órdenes civil, penal o social, ni conflictos de jurisdicción entre tribunales y la Administración (artículo 3). La estructura de órganos jurisdiccionales, integrada por Juzgados de lo Contencioso-administrativo, Juzgados Centrales, Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (artículo 6), garantiza una revisión judicial escalonada, pero la alta litigiosidad tributaria pone de manifiesto la necesidad de optimizar la interacción entre la vía administrativa y la judicial[3].

La falta de celeridad en la vía administrativa, sumada a la complejidad de los procedimientos judiciales, contribuye a la saturación de estos órganos, lo que refuerza la necesidad de una estrategia procesal que integre medidas como la digitalización, la capacitación en derecho comunitario y la mediación para reducir la escalada de conflictos a la vía judicial, optimizando así la eficiencia del sistema tributario.

La alta litigiosidad tributaria no solo tiene implicaciones económicas, sino también sociales y políticas, al afectar la percepción pública del sistema tributario y la disposición de los contribuyentes a cumplir voluntariamente con sus obligaciones fiscales. La Ley General Tributaria ofrece un marco robusto para abordar estas cuestiones, pero su aplicación práctica requiere una reformulación estratégica que contemple la mejora de la calidad normativa, la modernización administrativa y la alineación con el derecho de la Unión Europea.

La introducción de medidas como auditorías periódicas de conformidad normativa, la creación de unidades especializadas en casos de alta complejidad técnica y la implementación de programas de mediación tributaria podría transformar la relación entre la Administración Tributaria y los contribuyentes, reduciendo los conflictos y fortaleciendo la confianza en el sistema. Este estudio, que analiza los factores económicos que justifican la reformulación de la estrategia procesal, toma como punto de partida el marco normativo de la Ley General Tributaria para proponer un enfoque integral que equilibre la eficiencia administrativa, la sostenibilidad fiscal y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. Consideraciones generales en torno al impacto económico de la litigiosidad tributaria

La Administración Tributaria en España enfrenta un desafío estructural de proporciones considerables, que compromete no solo su capacidad recaudatoria, sino también la estabilidad económica del Estado en su conjunto. El elevado volumen de recursos y reclamaciones interpuestos por los contribuyentes, combinado con el impacto financiero de las sentencias judiciales desfavorables, configura un problema sistémico que trasciende la gestión administrativa y se adentra en el ámbito de la sostenibilidad fiscal. Entre 2014 y 2023, las pérdidas derivadas de fallos judiciales contrarios a la Administración Tributaria han alcanzado un promedio anual de 1.005 millones de euros, según datos de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (en adelante, AIReF). Esta cifra no solo refleja la magnitud económica del problema, sino que también pone de manifiesto la necesidad urgente de analizar las causas estructurales que subyacen a esta litigiosidad, incluyendo errores normativos, desalineaciones con el derecho europeo y deficiencias administrativas.

La creciente predisposición de los contribuyentes a litigar contra la Administración Tributaria, tanto en la vía contenciosa como en la penal, evidencia una transformación profunda en la relación entre el ciudadano y el fisco. Esta evolución no se explica únicamente por una mayor conciencia jurídica, sino también por la percepción generalizada de que los procedimientos administrativos y las normativas aplicadas por la Administración Tributaria presentan deficiencias que justifican el recurso a la vía judicial[4]. Esta situación genera una presión económica significativa, no solo para los contribuyentes, sino también para el sistema fiscal en su conjunto, que debe absorber los costes asociados a los intereses de demora y las devoluciones derivadas de resoluciones desfavorables.

La alta litigiosidad tiene un impacto indirecto pero profundo en la confianza de los ciudadanos hacia la Administración Tributaria, lo que puede traducirse en una menor disposición al cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales. Este fenómeno, lejos de ser

un hecho aislado, se inserta en un contexto de conflictividad estructural que desborda la capacidad de los órganos administrativos y judiciales. Los tribunales económico-administrativos, encargados de resolver los recursos en primera instancia, enfrentan una saturación crónica que limita su capacidad para emitir resoluciones fundamentadas y oportunas. En 2021, se registraron 247.646 recursos, una cifra que refleja la incapacidad de estos órganos para gestionar eficientemente el volumen de asuntos recibidos. Esta dinámica, sumada al pago de intereses de demora, que en 2018 ascendieron a 235,6 millones de euros, subraya la urgencia de reformular la estrategia procesal para garantizar una gestión más eficiente, equitativa y alineada con los principios del Estado de Derecho.

Además, la litigiosidad tributaria no solo tiene consecuencias económicas, sino también sociales y políticas. La percepción de un sistema tributario injusto o ineficiente puede erosionar la legitimidad de las instituciones públicas, alimentando un clima de desconfianza que dificulta la implementación de políticas fiscales efectivas. La necesidad de abordar este problema desde una perspectiva integral, que contemple tanto las causas estructurales como sus

efectos a largo plazo, resulta evidente. La reformulación de la estrategia procesal debe priorizar la reducción de la litigiosidad mediante la mejora de la calidad normativa, la modernización administrativa y la promoción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, con el objetivo de restablecer la confianza ciudadana y garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado.

III. Errores normativos como fuente de litigiosidad

Los errores normativos constituyen una de las principales causas de la elevada litigiosidad tributaria y las pérdidas económicas asociadas a las sentencias judiciales desfavorables. La Constitución Española, en su artículo 86, establece que los reales decretos-ley deben reservarse para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, dejando la regulación de materias fundamentales, como los tributos, a las leyes orgánicas u ordinarias aprobadas por el Parlamento. Sin embargo, el uso recurrente de este instrumento legislativo para introducir reformas tributarias ha generado una serie de conflictos jurídicos que han derivado en sentencias de inconstitucionalidad. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las reformas al Impuesto sobre Sociedades introducidas mediante los Reales Decretos-ley 2/2016 y 3/2016, cuya invalidación por el Tribunal Constitucional generó reintegros significativos y evidenció la fragilidad de un enfoque normativo que prioriza la inmediatez sobre la solidez



jurídica. Estas resoluciones no solo implicaron un coste económico directo, sino que también expusieron las deficiencias en el proceso de elaboración normativa.

La extralimitación normativa, entendida como la adopción de disposiciones reglamentarias que exceden los límites establecidos por la ley, representa otra fuente significativa de litigiosidad. Casos como la sentencia favorable a Endesa por la retribución de la energía o la controversia sobre el canon hidráulico ilustran cómo la falta de precisión en la delimitación de competencias normativas puede derivar en fallos judiciales que imponen una carga económica sustancial al Estado. Estos errores no solo tienen consecuencias financieras, sino que también afectan la credibilidad de la Administración Tributaria como garante del principio de legalidad. La ausencia de un escrutinio riguroso en la fase de elaboración normativa incrementa la probabilidad de resoluciones judiciales desfavorables, generando un círculo vicioso de litigiosidad y pérdidas económicas. Además, la falta de claridad en la redacción de las normas tributarias contribuye a la incertidumbre jurídica, lo que incentiva a los contribuyentes a recurrir a la vía judicial para defender sus derechos.

La falta de coordinación entre los diferentes niveles de la Administración Pública y la insuficiente participación de expertos jurídicos en el proceso legislativo agravan esta problemática. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal ha señalado que muchos de los fallos judiciales en contra del Estado se deben a una formulación deficiente de las políticas tributarias, lo que sugiere la necesidad de implementar mecanismos de control preventivo que garanticen la coherencia normativa. La creación de comités especializados en la revisión de proyectos legislativos, con la participación de académicos, jueces y profesionales del derecho tributario, podría reducir significativamente los riesgos asociados a la producción normativa defectuosa. Asimismo, la incorporación de consultas públicas vinculantes, que permitan a los contribuyentes y otros actores interesados opinar sobre las propuestas normativas, podría mejorar la calidad de las leyes y reducir la probabilidad de conflictos jurídicos.

Otro aspecto crítico es la falta de evaluación de impacto normativo previa a la aprobación de nuevas disposiciones tributarias. La implementación de análisis

prospectivos que evalúen las posibles consecuencias jurídicas, económicas y sociales de las normas podría prevenir errores que deriven en litigios costosos[5]. Estas medidas, combinadas con una mayor transparencia en el proceso legislativo, podrían fortalecer la legitimidad de la Administración Tributaria y reducir la litigiosidad derivada de errores normativos.

IV. Desalineación con el Derecho de la Unión Europea

La desalineación con las directivas y principios del derecho de la Unión Europea constituye un factor crítico que justifica la reformulación de la estrategia procesal de la Administración Tributaria. La Comisión Europea ha emitido advertencias reiteradas sobre incumplimientos normativos que, en muchos casos, no han sido atendidos con la diligencia necesaria. Un ejemplo emblemático es el régimen sancionador del Modelo 720, diseñado para la declaración de bienes y derechos en el extranjero, cuya desproporcionalidad y falta de compatibilidad con los principios de libre circulación de capitales y proporcionalidad fueron señalados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La anulación de sanciones derivadas de este régimen ha generado un volumen considerable de litigios, con costes asociados que podrían haberse evitado mediante una mejor armonización con el marco jurídico comunitario. Este caso pone de manifiesto la necesidad de una mayor vigilancia en la conformidad de las normas nacionales con las directivas europeas.

Otro precedente relevante es el del céntimo sanitario, un tributo declarado contrario al derecho de la Unión Europea en 2014, que supuso un impacto económico de 1.671 millones de euros en reintegros. Este caso no solo generó pérdidas financieras significativas, sino que también expuso las consecuencias de ignorar las advertencias de la Comisión Europea sobre la incompatibilidad de ciertas disposiciones nacionales con las directivas comunitarias. La falta de respuesta oportuna a estas señales no solo compromete las finanzas públicas, sino que también afecta la credibilidad de España como Estado miembro comprometido con el acervo comunitario. Además, la reiteración de estos conflictos pone en evidencia una deficiencia

estructural en la planificación legislativa, que podría mitigarse mediante la creación de unidades especializadas en derecho comunitario dentro de la Administración Tributaria.

Estas unidades especializadas podrían encargarse de evaluar la compatibilidad de las propuestas normativas con las directivas europeas, coordinar con las instituciones comunitarias y anticipar posibles conflictos. La implementación de auditorías periódicas sobre la conformidad normativa, realizadas por equipos interdisciplinarios con experiencia en derecho tributario y europeo, podría reducir la incidencia de litigios derivados de esta problemática. Además, la formación continua de los funcionarios encargados de la elaboración y aplicación de normas tributarias en materia de derecho comunitario sería un paso crucial para garantizar una mayor alineación con el marco europeo. Estas medidas no solo contribuirían a reducir los costes asociados a las sentencias judiciales desfavorables, sino que también fortalecerían la posición de España en el contexto europeo.

La desalineación con el derecho de la Unión Europea también tiene implicaciones más amplias, como la pérdida de competitividad económica y la percepción de inseguridad jurídica en el ámbito internacional. Los inversores y empresas que operan en España pueden percibir el sistema tributario como impredecible, lo que podría desincentivar la inversión extranjera y afectar el crecimiento económico. Por ello, la reformulación de la estrategia procesal debe incluir un enfoque proactivo para anticipar y resolver conflictos con el derecho comunitario, promoviendo una mayor armonización normativa y una comunicación más fluida con las instituciones europeas. Este enfoque no solo reduciría los riesgos fiscales, sino que también consolidaría la imagen de España como un Estado comprometido con los principios del derecho europeo.

V. Diferencias en la gestión administrativa y sus costes asociados

La gestión administrativa de los procedimientos tributarios constituye un pilar fundamental en el análisis de los factores económicos que justifican una reformulación estratégica. Los tribunales económico-administrativos, encargados de resolver los recursos presentados por los contribuyentes, enfrentan una

saturación estructural que limita su capacidad para emitir resoluciones con la celeridad y calidad técnica deseadas. En 2021, se registraron 247.646 recursos, una cifra que evidencia la incapacidad de estos órganos para absorber el volumen de asuntos que reciben. Esta saturación, agravada por la escasez de recursos humanos y materiales, da lugar a resoluciones estereotipadas que, en muchos casos, no abordan con profundidad los argumentos jurídicos planteados por los contribuyentes. Esta situación incrementa la probabilidad de que los conflictos escalen a la jurisdicción contencioso-administrativa, generando costes adicionales para el Estado y los contribuyentes.

Los retrasos en la tramitación de devoluciones y la emisión de resoluciones generan un coste económico significativo en intereses de demora, que en 2018 ascendieron a 235,6 millones de euros. Este gasto, que recae en última instancia sobre los contribuyentes, pone de manifiesto la necesidad de optimizar los procesos administrativos y de dotar a los tribunales económico-administrativos de los recursos necesarios para garantizar una resolución más eficiente y fundamentada de los conflictos tributarios. La falta de motivación adecuada en las resoluciones administrativas no solo contribuye al incremento de la litigiosidad, sino que también erosiona la confianza de los contribuyentes en la imparcialidad y competencia de la Administración Tributaria. Por ello, la modernización de estos órganos es una prioridad estratégica para reducir los costes asociados a la litigiosidad y mejorar la percepción pública del sistema tributario.

La falta de completa digitalización y modernización de los procedimientos administrativos agrava aún más esta problemática[6]. La implementación de sistemas tecnológicos avanzados, como plataformas de gestión documental y herramientas de inteligencia artificial para el análisis preliminar de recursos, podría aliviar la carga de trabajo de los tribunales económico-administrativos y mejorar la calidad de sus resoluciones[7]. Asimismo, la digitalización de los expedientes permitiría un acceso más rápido y eficiente a la información, facilitando la resolución de conflictos y reduciendo los errores administrativos.

La capacitación continua del personal administrativo y la asignación de mayores presupuestos a los tribunales económico-administrativos serían medidas complementarias para abordar las deficiencias estructurales que alimentan la litigiosidad. La formación en áreas como el derecho tributario, el derecho comunitario y las tecnologías de la información podría mejorar la calidad técnica de las resoluciones y reducir la probabilidad de que estas sean anuladas en instancias judiciales superiores. Además, la creación de unidades especializadas en casos de alta complejidad técnica, como los relacionados con tributos internacionales o grandes contribuyentes, podría garantizar una resolución más precisa y fundamentada de los conflictos. Estas medidas, combinadas con una mayor transparencia en la gestión administrativa, podrían transformar los tribunales económico-administrativos en órganos más eficientes y confiables, reduciendo los costes asociados a la litigiosidad tributaria.

VI. Casos paradigmáticos y su impacto económico

El análisis de los casos más relevantes en los que la Administración Tributaria ha incurrido en pérdidas significativas permite ilustrar la magnitud del problema y la necesidad de una reformulación estratégica. El caso del céntimo sanitario, declarado contrario al derecho de la Unión Europea en 2014, representa un hito en la jurisprudencia tributaria, no solo por su impacto económico de 1.671 millones de euros, sino también por su capacidad para evidenciar las consecuencias de una normativa mal diseñada. Este precedente, que obligó al Estado a realizar reintegros masivos, puso de relieve la importancia de alinear las disposiciones tributarias con el marco jurídico comunitario para evitar conflictos de esta envergadura. Además, el caso destacó la falta de coordinación entre los niveles de la Administración Pública y la insuficiente evaluación de impacto normativo previa a la implementación del tributo.

Otro caso significativo es la exención del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en las prestaciones por maternidad y paternidad, reconocida por el Tribunal Supremo en 2018 y 2019. Esta decisión supuso un desembolso de 1.262 millones de euros, además de una minoración de ingresos recurrentes estimada en 470 millones de euros anuales. Este

precedente refleja no solo el impacto económico inmediato, sino también las consecuencias a largo plazo de una normativa que no anticipó las implicaciones jurídicas de su aplicación. La falta de claridad en la definición de las exenciones fiscales y la ausencia de un análisis prospectivo contribuyeron a la generación de un litigio masivo, que podría haberse evitado con una mejor planificación normativa. Este caso también subraya la importancia de incorporar criterios jurisprudenciales en la formulación de políticas tributarias para reducir los riesgos de conflictos jurídicos.

El caso de la compensación de bases imponibles negativas en el Impuesto sobre Sociedades, como ocurrió en el litigio con Telefónica en 2022, generó un gasto de 1.317 millones de euros, evidenciando la magnitud de los errores normativos y su repercusión en las finanzas públicas. Este precedente pone de manifiesto la necesidad de implementar un sistema de evaluación de riesgos normativos que permita identificar y corregir deficiencias antes de que generen litigios. La reiteración de estos fallos sugiere una tendencia estructural en la que la Administración Tributaria incurre en errores que derivan en resoluciones judiciales desfavorables. La adopción de simulaciones de impacto normativo y la consulta con expertos en derecho tributario podrían prevenir casos similares en el futuro, reduciendo los costes asociados a las sentencias judiciales.

Estos casos, lejos de ser excepcionales, reflejan una problemática estructural que requiere un enfoque proactivo para su resolución. La creación de un sistema de alerta temprana, basado en el análisis de datos históricos y la jurisprudencia reciente, podría ayudar a identificar patrones de litigiosidad y anticipar posibles conflictos. Asimismo, la colaboración con organismos internacionales, como la Comisión Europea, y la incorporación de criterios jurisprudenciales en la formulación de políticas tributarias podrían contribuir a reducir la incidencia de fallos judiciales con un impacto económico significativo. Estos esfuerzos, combinados con una mayor transparencia en la gestión de los casos tributarios, podrían fortalecer la legitimidad de la Administración Tributaria y mitigar los costes asociados a la litigiosidad.

VII. Propuestas para la reformulación de la estrategia procesal

La reformulación de la estrategia procesal de la Administración Tributaria debe articularse en torno a tres ejes fundamentales que aborden las causas estructurales de la litigiosidad y sus costes asociados. En primer lugar, es imperativo mejorar la calidad de la producción normativa, asegurando que las disposiciones tributarias sean coherentes con el marco constitucional y el derecho de la Unión Europea. Esto implica establecer mecanismos de consulta previa con expertos jurídicos, órganos comunitarios y asociaciones de contribuyentes, así como reforzar los controles de legalidad en la fase de elaboración legislativa. La creación de un consejo asesor especializado en derecho tributario, con participación de académicos, jueces y profesionales del sector, podría garantizar una mayor solidez jurídica en la formulación de normas. Además, la implementación de análisis de impacto normativo, basados en modelos predictivos y datos históricos, podría prevenir errores que deriven en litigios costosos.

En segundo lugar, resulta esencial fortalecer los tribunales económico-administrativos mediante la asignación de mayores recursos humanos, tecnológicos y presupuestarios. La modernización de estos órganos, a través de la implementación de sistemas digitales de gestión de recursos y la capacitación continua del personal, permitiría reducir los tiempos de resolución y mejorar la calidad técnica de las decisiones administrativas. La introducción de plataformas de gestión documental y herramientas de inteligencia artificial para el análisis preliminar de recursos podría aliviar la carga de trabajo y mejorar la eficiencia operativa. Asimismo, la creación de unidades especializadas en casos de alta complejidad técnica, como los relacionados con tributos internacionales o grandes contribuyentes, podría garantizar una resolución más precisa de los conflictos, disminuyendo la probabilidad de que estos escalen a la vía judicial.

En tercer lugar, la revisión de los regímenes sancionadores, particularmente en casos como el Modelo 720, debe orientarse hacia una mayor proporcionalidad y respeto a los derechos fundamentales de los contribuyentes. La carencia de proporcionalidad de ciertas sanciones ha sido un factor determinante en la anulación judicial de resoluciones

administrativas, lo que sugiere la necesidad de establecer criterios más claros y equitativos en la imposición de penalidades. La adopción de un enfoque preventivo, basado en la educación tributaria y la promoción de la resolución alternativa de conflictos, podría reducir la litigiosidad y fomentar un cumplimiento voluntario más efectivo[8].

Finalmente, la digitalización de los procesos administrativos debe ser una prioridad estratégica para mejorar la eficiencia y transparencia de la Administración Tributaria. La implementación de sistemas tecnológicos avanzados, como *blockchain* para la trazabilidad de los procedimientos tributarios o inteligencia artificial para la detección de patrones de incumplimiento, podría transformar la gestión de los recursos y reducir los errores administrativos. Estas medidas, combinadas con una mayor transparencia en la comunicación con los contribuyentes y una estrategia de educación fiscal, podrían fortalecer la confianza en el sistema tributario y reducir los costes asociados a la litigiosidad. La reformulación de la estrategia procesal debe ser un esfuerzo integral que combine reformas legislativas, mejoras administrativas y un enfoque centrado en los derechos de los contribuyentes.

VIII. Conclusiones

El elevado coste económico derivado de las sentencias judiciales desfavorables impone a la Administración Tributaria la necesidad de replantear su estrategia procesal con un enfoque orientado a la eficiencia, la legalidad y la sostenibilidad fiscal. La combinación de errores normativos, desalineaciones con el derecho comunitario y deficiencias administrativas ha generado una litigiosidad que no solo compromete las finanzas públicas, sino que también erosiona la confianza de los contribuyentes en el sistema tributario. Las pérdidas promedio de 1.005 millones de euros anuales entre 2014 y 2023, sumadas a los costes asociados a los intereses de demora y las devoluciones, evidencian la urgencia de adoptar medidas estructurales que aborden las causas profundas de esta problemática. La reformulación estratégica debe priorizar la mejora de la calidad normativa, el fortalecimiento de los tribunales económico-administrativos y la revisión de

los regímenes sancionadores para garantizar un sistema tributario más justo y eficiente.

La mejora de la calidad normativa requiere un enfoque proactivo que combine la consulta con expertos, la evaluación de impacto normativo y una mayor alineación con el derecho de la Unión Europea. La creación de comités especializados y la implementación de auditorías periódicas podrían prevenir errores que deriven en litigios costosos, mientras que la transparencia en el proceso legislativo fortalecería la legitimidad de la Administración Tributaria. Asimismo, la modernización de los tribunales económico-administrativos, mediante la asignación de mayores recursos y la digitalización de los procesos, es esencial para reducir los tiempos de resolución y mejorar la calidad técnica de las decisiones administrativas. Estas medidas no solo disminuirían la litigiosidad, sino que también optimizarían la gestión de los recursos públicos.

La revisión de los regímenes sancionadores, con un enfoque en la proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales, es otro pilar fundamental de la reformulación estratégica. La desproporcionalidad de ciertas sanciones, como las asociadas al Modelo 720, ha generado conflictos jurídicos que podrían evitarse mediante criterios más equitativos y la promoción de la resolución alternativa de conflictos. La educación tributaria y los programas de mediación podrían fomentar un cumplimiento voluntario más efectivo, reduciendo la necesidad de recurrir a la vía judicial. Estas iniciativas, combinadas con una mayor transparencia en la comunicación con los contribuyentes, podrían transformar la percepción del sistema tributario y fortalecer la confianza ciudadana.

En última instancia, la reformulación de la estrategia procesal debe ser un esfuerzo integral que contemple las dimensiones legislativa, administrativa y tecnológica del sistema tributario. La adopción de un enfoque multidimensional, que combine la mejora normativa, la modernización administrativa y la promoción de los derechos de los contribuyentes, permitirá mitigar los riesgos fiscales y consolidar un sistema tributario que responda a las exigencias de un Estado de Derecho moderno. Solo mediante una estrategia renovada y proactiva será posible reducir el impacto económico de

la litigiosidad, garantizar la estabilidad fiscal y restablecer la confianza en la Administración Tributaria como pilar fundamental del sistema económico español.

IX. Referencias bibliográficas

[1] Por ejemplo, el artículo 215 de la Ley General Tributaria exige que las resoluciones sean motivadas, con referencia a hechos y fundamentos de derecho, mientras que los artículos 224 y 233 regulan la suspensión de la ejecución de actos impugnados, un mecanismo crucial para proteger a los contribuyentes de perjuicios irreparables durante el proceso de revisión.

[2] Por ejemplo, la declaración de nulidad de pleno derecho (artículo 217 de la Ley General Tributaria) requiere un dictamen previo del Consejo de Estado, lo que puede prolongar los plazos de resolución y aumentar los costes asociados a los intereses de demora.

[3] Por ejemplo, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo son competentes para recursos contra actos de entidades locales o de la Administración autonómica en materias como sanciones de hasta 60.000 euros o reclamaciones por responsabilidad patrimonial de hasta 30.050 euros (artículo 8), mientras que las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia conocen de recursos contra resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales (artículo 10).

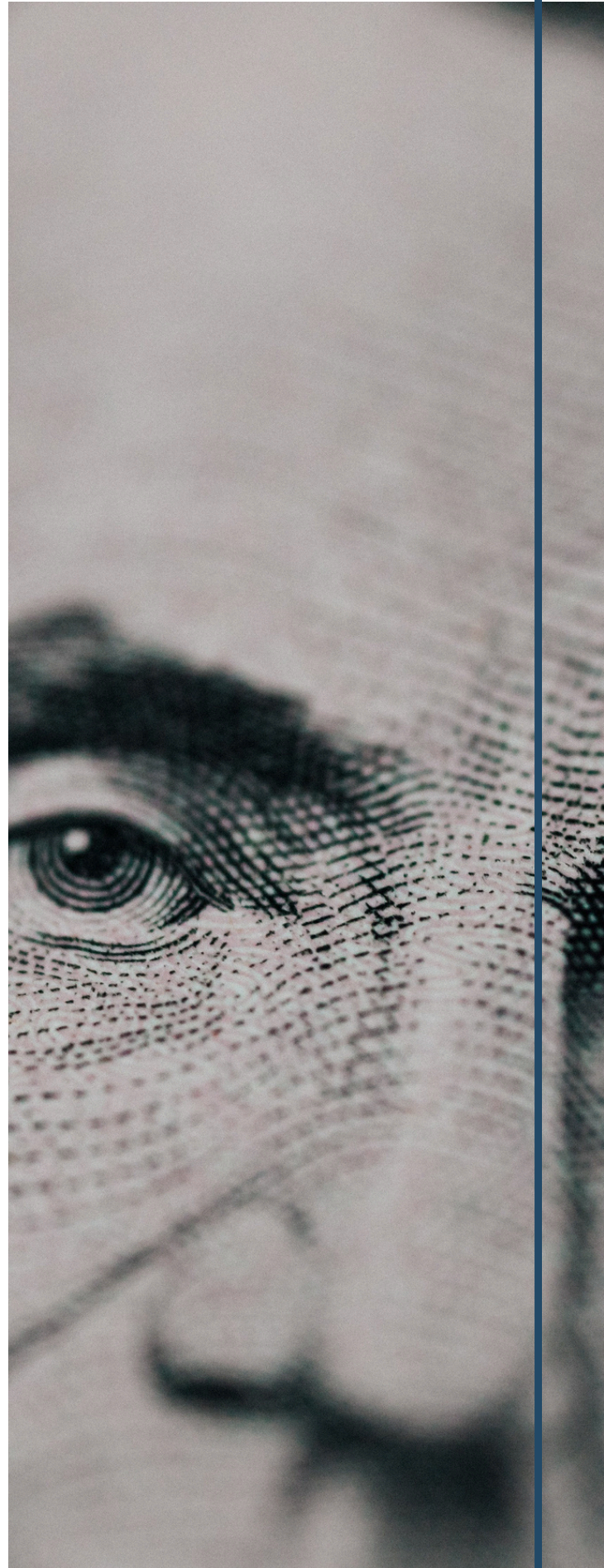
[4] En 2018, por ejemplo, se registraron 12.763 millones de euros en deudas suspendidas por recursos o reclamaciones, una cantidad que los contribuyentes deben provisionar para hacer frente a posibles fallos judiciales adversos.

[5] Por ejemplo, la introducción de simulaciones de impacto basadas en datos históricos y modelos predictivos podría ayudar a identificar vulnerabilidades normativas antes de que se traduzcan en sentencias judiciales desfavorables.

[6] El trabajo de la Administración Tributaria tiene un alto grado de digitalización, pero todavía existen problemas en relación con muchos documentos externos.

[7] Por ejemplo, el uso de algoritmos para clasificar recursos según su complejidad o temática podría agilizar la asignación de casos a los funcionarios más capacitados, reduciendo los tiempos de tramitación.

[8] Por ejemplo, la implementación de programas de mediación tributaria, en los que los contribuyentes y la Administración puedan resolver disputas sin recurrir a la vía judicial, podría disminuir significativamente el volumen de recursos presentados.



ESTUDIOS BREVES



ESTUDIOS BREVES

TABOADA VILLA, J., Obligaciones tributarias informativas en materia de pagos tras la entrada en vigor del Real Decreto 253/2025.

ESCALANTE ALPACA, G. A., El anticipo de legítima y la donación frente al impuesto a la transferencia de bienes en Perú: una distinción indebida.

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS INFORMATIVAS EN MATERIA DE PAGOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO 253/2025

TAX INFORMATION OBLIGATIONS REGARDING PAYMENTS AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF ROYAL DECREE 253/2025

Recibido: 15.12.2025 / Aceptado: 26.12.2025



JORGE TABOADA VILLA

Doctor y Profesor de Derecho Financiero y
Tributario | Universidad de Santiago de
Compostela

 0000-0001-8378-7993

Resumen:

El presente trabajo analiza las modificaciones introducidas por el Real Decreto 253/2025 en materia de obligaciones informativas tributarias. La reforma responde al auge de nuevos métodos de pago, la globalización económica y la necesidad de reforzar los mecanismos de control fiscal mediante un mayor flujo de datos, apoyándose con mayor recurrencia en algoritmos e inteligencia artificial. Entre las novedades incluidas destacan: la ampliación de los sujetos obligados, incluyendo a las entidades de pago y de dinero electrónico; el incremento de la periodicidad del suministro informativo, que en varios casos pasa a ser mensual; la ampliación del elemento objetivo, incorporando la identificación del titular real así como nuevas operaciones sujetas a declaración; y la creación de nuevas obligaciones vinculadas a pagos con tarjetas y operaciones asociadas a números de teléfono móvil, como pudieran ser los efectuados mediante Bizum.

Palabras clave:

Obligaciones de información, pagos, entidades de pago, pagos electrónicos, Bizum, fraude fiscal, tarjetas, RGAT, algoritmo, inteligencia artificial y C2C.

Abstract:

This paper analyses the amendments introduced by Royal Decree 253/2025 regarding tax reporting obligations. The reform responds to the rise of new payment methods, economic globalization, and the need to strengthen tax-control mechanisms through an increased flow of data, increasingly supported by algorithms and artificial intelligence. The main developments include the extension of reporting entities to payment institutions and electronic money institutions; the increase in the frequency of reporting, which in several cases becomes monthly; the expansion of the objective scope, including the identification of the beneficial owner and new reportable transactions; and the creation of new obligations related to card payments and payments linked to mobile phone numbers, such as Bizum.

Palabras clave:

Information-reporting obligations, payments, electronic payments, Bizum, tax fraud, cards, RGAT, algorithm, artificial intelligence and C2C.

I. Introducción

De la denominada relación jurídico – tributaria, se desprenden ciertas obligaciones tributarias que pueden clasificarse, según su condición pecuniaria, en materiales y no materiales. Dentro de estas últimas se cobijan las que constituyen el objeto de este trabajo: las obligaciones tributarias formales, reguladas por el artículo 29 de la Ley General Tributaria.

Relacionado con ello, el pasado dos de abril se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el Real Decreto 253/2025, de 1 de abril, por el que se modifican, en materia de obligaciones de información, el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, y el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

Esta norma introduce ciertas modificaciones de notable alcance en relación con las obligaciones de información que afectan a los empresarios y profesionales en materia de pagos, con efectos desde el 1 de enero de 2026. Concretamente, a través de su segundo artículo se modifica el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT, en

adelante).

El argumentario del legislador para llevar a cabo tal reforma, aun no siendo novedoso, resulta coherente. Particularmente se apoya en el auge de los nuevos métodos de pago que, engarzados con la globalización de la economía, incrementan la agilidad, eficiencia y rapidez de los movimientos financieros. No obstante, esto también tendrá sus riesgos pudiendo ser la semilla de acciones o actuaciones por parte de ciertos obligados que no siempre tendrán fines lícitos. Conviene recordar que las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico ya están incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Ante el cambio de paradigma que todo esto auspicia en el Derecho Tributario, se refuerzan ciertas obligaciones informativas, cuyo fin descansa sobre tres pilares: la lucha contra el fraude fiscal, una mayor eficacia recaudatoria y una mejor asistencia al contribuyente. Ello garantiza que la Administración cuente con un flujo constante, detallado y amplio de información que pudiera (por diversos motivos) tener la consideración de relevante.

La obtención de todos estos datos coadyuvará a la Agencia tributaria a detectar movimientos o conductas sospechosas que puedan ser indiciarias de

objetivos ilícitos, mediante el empleo de algoritmos basados en inteligencia artificial. En este punto quizás la importancia de los importes se vea un poco desplazada en detrimento de los patrones de comportamiento pasando de centrarnos en el «cuánto» a prestar atención al «cómo».

En resumidas cuentas, la reforma efectúa una acusada reestructuración (más que una mera modificación) de los artículos 37, 38 y 38 bis del RGAT e introduce el artículo 38 *ter*.

II. Medidas adoptadas

Los preceptos objeto de modificación se encuentran al socaire del Título II (Las obligaciones tributarias formales), en su Capítulo V (Obligaciones de información), en la Sección 2ª (Obligaciones de presentar declaraciones informativas) y, de manera concreta en la Subsección 3ª (Obligación de informar sobre cuentas, operaciones y activos financieros). Por consiguiente, pormenorizaremos en las siguientes líneas los cambios más significativos impelidos por la actualización normativa.

1. Artículo 37 RGAT: obligación de informar acerca de cuentas en entidades financieras

Una primera cuestión para destacar es que el título dejó de citar expresamente a las «*entidades de crédito*» para hacer lo propio con las «*entidades financieras*». Particularmente, la periodicidad del suministro informativo pasó de ser anual para convertirse en mensual, canalizándose mediante una declaración informativa electrónica (Modelo 196[1]), cuya primera presentación se efectuará en el mes de febrero del año 2026 en relación con el mes que le precede.

Lo cierto es que, los modelos informativos de todos los suministros que estamos analizando únicamente podrán presentarse de manera telemática. Quizás pudiera estar relacionado esto con el imperativo de la factura electrónica en ciertos supuestos, así como con el controvertido Reglamento Verifactu. Sea como fuere, el objetivo perseguido es un control más férreo y eficiente de todos los datos a proporcionar, teniendo como consecuencia una mayor carga burocrática tanto para los obligados tributarios (quizás tengan que delegar ahora en algún programa de facturación) como para la propia Administración.

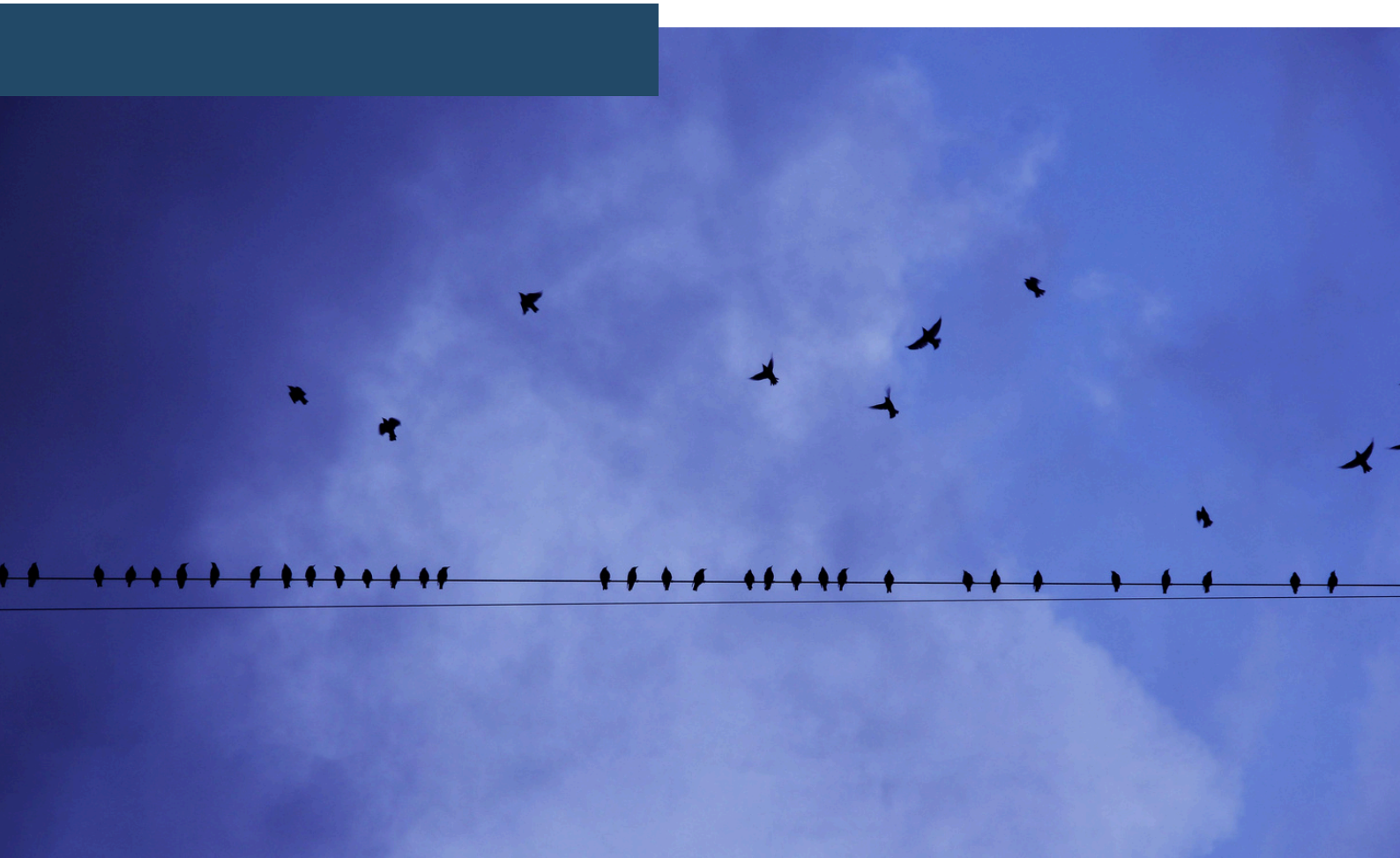
Por otra parte, se amplió el carácter subjetivo, añadiéndose también como obligados además de las entidades financieras (las de crédito y las que se dediquen al tráfico bancario o crediticio), a las entidades de pago y las de dinero electrónico, en relación con las cuentas que gestionen. De este modo, tanto las sucursales en territorio español, como aquellas que operen en España en régimen de libre prestación de servicios, de otros Estados Miembros o de terceros países, también estarán obligadas a suministrar información con la misma regularidad. Las primeras en relación con la totalidad de cuentas abiertas en dichas sucursales o puestas por ellas a disposición de terceros y las segundas en lo referido a aquellas cuentas abiertas a personas o entidades residentes y de establecimientos permanentes en territorio español de personas o entidades no residentes.

El elemento objetivo de la obligación también sufrió ciertas alteraciones. Irrumpe ahora la condición preceptiva de informar del «*titular real*», en el sentido del artículo 4 de la Ley 10/2010. Paralelamente, además de seguir comunicando la identificación de las cuentas, los saldos a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año[2], se deberán informar los importes de la totalidad de cargos y abonos del ejercicio. Eso sí, con la salvedad de que ello será efectuado únicamente en la última declaración anual (entendemos que la del mes de diciembre). Dentro de este flujo informativo se incluyen todas las operaciones con carácter general, tanto la de empresarios y profesionales, así como la de los particulares.

Por último, y en relación con el primer cambio reseñado (el rótulo del precepto), la información a suministrar incluirá ahora la de todo tipo de cuentas (bancarias y no bancarias), especificándose de manera concreta que, con carácter general, estará incluida cualquier cuenta de pago.

2. Artículo 38 RGAT: obligación de informar acerca de préstamos y créditos y de movimientos de efectivo

Los elementos subjetivos y objetivos de la obligación se mantienen inalterados en lo esencial. Concretamente, las entidades de crédito y las que se



dediquen al tráfico bancario o crediticio deberán de declarar, por un lado, los saldos vivos con importe superior a 6.000 € a fecha 31 de diciembre de aquellos créditos y préstamos por ellas concedidos y, por otro lado, las imposiciones, disposiciones de fondos y de los cobros de cualquier documento que sean realizados en dinero fiduciario o bancario cuando su importe fuera superior a 3.000 €. Adicionalmente, en relación con las acciones objeto de información, se incluirán también ahora de manera expresa las retiradas o ingresos en efectivo cuyo importe sea superior también a esta última cantidad.

Pese a regularse el primer apartado de manera cuasi idéntica, fue introducida una disposición en la se estableció que aquellas sucursales en territorio español de las entidades de otros Estados Miembros o de terceros países que cumplan con los requisitos que imperan en este precepto, deberán acatar todo lo en él previsto. Sin embargo, aquellas entidades de otros Estados Miembros o de terceros países que operen en España en régimen de libre prestación de servicios, vendrán obligadas a presentar tales declaraciones en tanto los prestatarios (o quien realice la operación) sean personas o entidades residentes o

establecimientos permanentes de personas o entidades no residentes.

Como flagrante novedad, sería introducido un segundo apartado, en donde se estipula que las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago están obligadas a suministrar información de las imposiciones, disposiciones de fondos y de los cobros de cualquier documento que se realicen en dinero fiduciario o bancario cuando su importe sea superior a 3.000€.

Por su parte, atendiendo a las sucursales en territorio español de las entidades de otros Estados Miembros, así como aquellas otras, también de Estados Miembros que, operen en España en régimen de libre prestación de servicios, recaerá la misma obligación informativa previamente expuesta respecto de las operaciones realizadas por personas o entidades residentes o establecimientos permanentes de personas o entidades no residentes.

En resumidas cuentas, el suministro de información seguirá incluyendo todas las operaciones con carácter general; tanto las efectuadas por empresarios o

profesionales y por particulares. Todo esto se articulará mediante los modelos informativos 171 y 181, que tendrán una periodicidad anual. Como esta normativa ostenta vigencia el 1 de enero de 2026, todas las modificaciones acaecidas tras la referida fecha serán plasmadas en la declaración a presentar en enero del año 2027.

3. Artículo 38 bis RGAT: obligación de informar acerca de los cobros efectuados mediante cualquier tipo de tarjetas y mediante pagos asociados a números de teléfono móvil

Con carácter previo a su reforma su título sería «*Obligación de informar acerca de los cobros efectuados mediante tarjetas de crédito o débito*», pasando ahora a denominarse «*Obligación de informar acerca de los cobros efectuados mediante cualquier tipo de tarjetas y mediante pagos asociados a números de teléfono móvil*». Con ello, podemos advertir cual será la novedad más manifiesta.

Pivotando sobre las operaciones efectuadas por los empresarios o profesionales adheridos al sistema de gestión de cobros a través de cualquier tipo de tarjetas, así como los asociados a números de teléfono móvil (como pudiera ser Bizum) ciertos sujetos estarán obligados a la presentación de una declaración informativa con carácter mensual de manera electrónica. A saber, aquellas entidades bancarias o de crédito y demás entidades que presten servicios de gestión de cobros mediante tarjetas tanto físicas como virtuales y que ofrezcan funciones de efectivo, débito, débito diferido, crédito y dinero electrónico, así como también aquellos pagos que estén asociados a un número de teléfono móvil. Del mismo modo, también estarán obligadas al suministro informativo las entidades de dinero electrónico, las entidades de pago, incluyendo a las que faciliten la instalación de terminales de venta. En este punto conviene matizar que bajo la anterior regulación imperaba un efecto suelo de 3.000 € para el importe neto anual de los cobros derivados de las operaciones realizadas por los empresarios, debiendo comunicarse únicamente cuando se excediera la referida cantidad. Pues bien, tal cuantía mínima ha sido suprimida.

Encontramos en este precepto la novedad que quizás más ruido ha generado de todas ellas, aunque lo cierto

es que únicamente afectará a las operaciones realizadas por los empresarios o profesionales (B2B o B2C) y no a las llevadas a cabo entre particulares (C2C), como erróneamente suele advertirse. No obstante, no sería extraño que este deber de comunicar abarque en los próximos años también los movimientos efectuados fuera del ámbito mercantil, cuando superen un determinado umbral.

Así, los pagos efectuados mediante plataformas como Bizum entre usuarios de manera privada, no se ubicarán dentro de las fronteras de esta obligación. En relación con ello, su contenido pudiera ser fácilmente soslayable en tanto un empresario o profesional que no quisiera emitir factura por una operación realizada ofrezca un medio de pago que lleve asociado un número de teléfono móvil con un contrato para un particular o inclusive de otra persona de su entorno.

Del mismo modo que el resto de los suministros se canalizará mediante una declaración informativa telemática (modelo 170), que ostentará periodicidad mensual y cuya primera presentación será efectuada en febrero del año 2026, en relación con el mes que lo precede.

4. Artículo 38 ter RGAT: obligación de informar acerca de las operaciones realizadas con todo tipo de tarjetas

La introducción de este precepto tiene como objetivo la presentación de una declaración informativa con periodicidad anual (modelo 174), que incluya aquellas operaciones realizadas mediante todo tipo de tarjetas, con soporte físico o virtual, con funciones de efectivo, débito, débito diferido, crédito y dinero electrónico. Los sujetos llamados a efectuar la declaración serán las entidades de crédito, las entidades dedicadas al tráfico bancario o crediticio, las entidades de pago o de dinero electrónico y cualquier otra que sea emisora de las tarjetas previamente citadas. Se espera que su primera presentación se produzca en el mes de enero del año 2027, en la que se incluirán aquellos movimientos acaecidos en el año inmediatamente anterior.

También estarán obligadas las sucursales en territorio español de las entidades de otros Estados

Miembros o de terceros países, así como estas entidades que operen en España en régimen de libre prestación de servicios. En este último supuesto cuando emitan tarjetas a personas o entidades residentes, así como a favor de establecimientos permanentes.

Sin embargo, quedarán excluidas de esta obligación las tarjetas cuyo importe total de cargos y cuyo importe total de abonos registrados en el ejercicio hubieran sido inferiores a 25.000€. Ello permite poner bajo la lupa aquellas que tengan un mayor interés para el control tributario mediante comprobaciones o inspecciones, aumentando la eficiencia de la trazabilidad en las operaciones de pago. En nuestra opinión, creemos que este umbral irá descendiendo en los próximos años.

Así pues, se cobijarán bajo el resguardo de esta obligación informativa todas las operaciones con carácter general, tanto las realizadas por profesionales y empresarios, como también aquellas efectuadas por particulares.

III. Referencias bibliográficas

[1] Todos los modelos de declaraciones informativas que analizaremos a lo largo de este estudio han sido aprobados mediante la Orden HAC/747/2025, de 27 de junio, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 15 de julio de 2025.

[2] Véase que esta información puede resultar muy útil a los contribuyentes a la hora de efectuar ciertas autoliquidaciones, como pudiera ser la del Impuesto sobre el Patrimonio.

EL ANTICIPO DE LEGÍTIMA Y LA DONACIÓN FRENTE AL IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE BIENES EN PERÚ: UNA DISTINCIÓN INDEBIDA

ADVANCE INHERITANCE AND DONATION VERSUS REAL ESTATE TRANSFER TAX IN PERU: AN UNDUE DISTINCTION

Recibido: 18.12.2025 / Aceptado: 10.12.2025



**GONZALO A. ESCALANTE
ALPACA**

Abogado Fiscalista especialista en
Tributación Internacional | Profesor
Postgrado en la Universidad Católica de
San Pablo[1]

 0000-0002-5365-2286

Resumen:

La transferencia de bienes inmuebles por parte de las personas naturales en favor de sus herederos se constituye en una prerrogativa natural que obedece a la voluntad de los primeros. En el caso de los herederos que se califican como forzosos, tenemos que además se genera un derecho expectatio en ellos de beneficiarse eventualmente de parte del patrimonio de los causantes. En las siguientes líneas comentaremos sobre el tratamiento aplicable a las transferencias de bienes inmuebles que se realiza en favor de los herederos forzosos en vida y las diferencias impositivas que resultan aplicables dependiendo de si se trata de un anticipo de legítima o de una donación para el caso peruano.

Palabras clave:

Herencia, Anticipo de legítima, Donación, Herederos Forzosos e Impuesto a la Alcabala.

Abstract:

The transfer of real estate by individuals to their heirs is a natural prerogative that reflects the will of the transferor. In the case of heirs classified as forced heirs, an expectant right also arises, allowing them to eventually benefit from a portion of the decedent's estate. In the following paragraphs, we will discuss the tax treatment applicable to transfers of real estate made in favor of forced heirs during the transferor's lifetime, as well as the tax differences that apply in Peru depending on whether the transfer constitutes an advancement of inheritance or a donation.

Palabras clave:

Inheritance, Advancement of Inheritance, Donation, Forced Heirs and the Real Estate Transfer Tax.

I. Introducción

En el Perú, la herencia no está sujeta a ningún gravamen. Sin embargo, la transferencia de los bienes inmuebles en favor de los herederos puede traer consecuencias impositivas si es que no se siguen ciertas formalidades que a nuestro entender resultan innecesarias.

Las transferencias de bienes inmuebles están afectas al Impuesto a la Alcabala cuyo pago es responsabilidad del adquirente. Ahora bien, se han dispuesto excepciones a la aplicación del gravamen, dentro de las cuales está la transferencia a título de anticipo de legítima, la cual es únicamente aplicable en favor de los sujetos calificados como herederos forzosos.

Por otro lado, la donación sí se encuentra gravada con el Impuesto a la Alcabala, incluso si la transferencia se realiza bajo la figura del anticipo de legítima. Se genera entonces una situación en la cual, una transferencia que tiene por origen la voluntad libre del transferente de beneficiar a sus herederos forzosos en vida mediante la entrega de propiedad inmueble puede verse gravada o no, dependiendo de la formalidad bajo la cual se haga el traslado. La distinción no está en el receptor ni en el origen del cambio de propiedad, por ser éstos los mismos en el anticipo y en la donación, sino que se basa únicamente en la forma jurídica empleada para dicha transferencia.

En las líneas siguientes comentaremos brevemente sobre esta diferenciación, y su razonabilidad considerando las circunstancias que rodean este tipo de

cambios de propiedad.

II. El Impuesto a la Alcabala y el anticipo de legítima

El impuesto a la Alcabala en Perú grava las transferencias a título gratuito u oneroso de inmuebles ubicados dentro del territorio, constituyéndose como contribuyente el adquirente al momento de la transferencia.

Al respecto, el Tribunal Fiscal ha mencionado que: «conforme con el artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal el Impuesto de Alcabala es de realización inmediata y grava las transferencias de propiedad de bienes inmuebles urbanos o rústicos a título oneroso o gratuito, cualquiera sea su forma o modalidad»[2]. Conforme a este impuesto, resulta aplicable una alícuota del 3% sobre el valor de venta que exceda de 10 Unidades Impositivas Tributarias vigentes en el ejercicio de la transferencia.

Dentro de la Ley de Tributación Municipal se prevén diversos supuestos de inafectación del impuesto, siendo el que nos compete el caso de la transferencia de propiedad bajo el contexto de un anticipo de legítima.

El anticipo de legítima se constituye como una transferencia efectuada por parte de una persona natural en favor de aquellos que se constituyen como sus herederos forzosos. Únicamente en favor de estos. A nivel doctrinal, la figura de la legítima es entendida de la siguiente manera: el sentido o razón de ser de

esta norma es, sin lugar a dudas, que las personas mencionadas se encuentren protegidas patrimonialmente al heredar al causante de manera ineludible, con independencia de aquello que terminen heredando. A ellos, salvo supuestos de excepción (indignidad para suceder y desheredación) no se les puede excluir de la herencia del causante.

En ese sentido, la Casación núm. 1026-2002-Huánuco, de fecha 6 de noviembre de 2002, señala que la legítima es una cuota o parte alícuota del patrimonio hereditario que opera como freno a la libertad dispositiva del causante: *«el testamento tiene como finalidad que el testador disponga la sucesión o distribución de sus bienes según crea conveniente, sin embargo, dicha autonomía tiene la limitación que le establece la ley respecto de la herencia forzosa o legítima que está constituida por una cuota o parte alícuota del patrimonio hereditario que opera como freno a la libertad dispositiva del causante»*[3].

Así pues, el anticipo de legítima se constituye como el adelanto en la entrega de esa porción del patrimonio de una persona que, salvo sustentadas razones, está reservada para los herederos forzosos del causante, los cuales se identifican conforme a las disposiciones de la norma civil.

Tenemos entonces que el legislador ha decidido eximir a la transferencia de la porción destinada a los herederos forzosos del gravamen por Impuesto a la Alcabala. Transferencia que se realiza en vida por cuanto implica un adelanto de la participación en la masa hereditaria que corresponde a dichos herederos antes del fallecimiento del transferente. Esto resulta llamativo si se considera que, bajo la regulación vigente, la transferencia inter vivos de inmuebles efectuada a los herederos forzosos no está sujeta a tributación mientras que la transferencia inter vivos realizada a título de donación sí se encuentra sujeta a gravamen. Partiendo de ello, es que resulta necesario analizar si la naturaleza jurídica del anticipo de legítima y de la donación distan entre sí de forma tal que se justifique un tratamiento impositivo diferenciado. En las líneas siguientes nos abocamos a ello.



III. Naturaleza tributaria del anticipo de legítima y de las donaciones

Identificado el trato diferenciado existente entre el anticipo de legítima y la donación dentro de la norma positiva tributaria, corresponde establecer si dicha distinción se encuentra sustentada o si nos encontramos ante instituciones similares que deben recibir un mismo tratamiento.

Para ahondar en este análisis debemos remitirnos a la jurisprudencia donde se ha indicado lo siguiente: *«que este Tribunal en reiteradas resoluciones como la Resoluciones N° 02523-4-2007 y N° 07266-1-2011, entre otras, ha señalado que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia judicial, el “anticipo de legítima constituye una donación (...) un acto de liberalidad entre vivos, bilateral (...)” asimismo, “(...) un contrato formal, por lo que debe hacerse por escritura pública con la intervención de donante y donatario. Que, asimismo, en las Resoluciones N° 08755-7-2013 y N° 04869-7-2014, entre otras, este Tribunal ha indicado que el contrato de donación de inmueble es un contrato solemne, debiendo efectuarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, en tal sentido, de no encontrarse acreditado el cumplimiento de la formalidad requerida por ley, no puede afirmarse que el contrato haya producido efectos traslativos de dominio»*[4].

En este sentido el colegiado se ha pronunciado al indicar: *«que sobre el particular, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia judicial, el “anticipo de legítima constituye una donación (...) un acto de liberalidad entre vivos, bilateral (...)”, asimismo, “(...) un contrato formal, por lo que debe hacerse por escritura pública con la intervención de donante y donatario»*[5].

Así las cosas y considerando los pronunciamientos citados tenemos que el legislador ha realizado una distinción respecto a las consecuencias impositivas atribuibles a la transferencia de propiedad por donación y anticipo de legítima ahí donde el Tribunal Fiscal, como intérprete de la normativa tributaria, no encuentra diferencia alguna.

Bajo el entendimiento del colegiado, en ambos casos estamos ante una liberalidad originada en la voluntad del transferente, siendo que la donación es la forma jurídica a través de la cual se formaliza la decisión de un

sujeto de anticipar parte del patrimonio que eventualmente le corresponderá al beneficiario como consecuencia de su condición de heredero forzoso.

Entonces, bajo la normativa actual, si estamos ante una operación de transferencia de donación a favor de un heredero forzoso que no se realice bajo la forma de un anticipo de legítima, se considera una transferencia gravada con el Impuesto a la Alcabala. A nuestro entender, esto no es correcto, dado que el origen en ambos casos está en la voluntad del transferente y la condición del adquirente la misma por tratarse en ambos casos de un heredero forzoso, más allá de la formalidad seguida en la transferencia.

A mayor abundamiento sobre la similitud de conceptos, la Corte Suprema ha señalado que: *«es importante tener en cuenta que “puede asimilarse la naturaleza jurídica del anticipo de legítima al contrato de donación”. En efecto, el anticipo de legítima “es contrato, pues requiere de una concurrencia de voluntades entre quien hace la liberalidad a quien se denomina anticipante, y el donatario a quien se llama anticipado”*»[6].

El mismo órgano previamente había dicho que: *«tenerse en cuenta que el anticipo de legítima es una figura jurídica de carácter especial que es aplicable a los actos de donación o liberalidad intervivos efectuados a favor de los herederos forzosos para efecto de la colación de bienes al momento de abrirse la sucesión correspondiente»*[7].

Siguiendo los criterios expuestos, consideramos que existe un desfase significativo a nivel de la norma positiva peruana dado que se grava con el Impuesto a la Alcabala a las transferencias sustentadas en una liberalidad cuando se les denomina donación, más no cuando estas se realizan bajo la figura del anticipo de legítima.

Las donaciones efectuadas en favor de los herederos forzosos, que no se enmarquen como un anticipo de legítima, deben constituirse a su vez como operaciones inafectas respecto al Impuesto a la Alcabala. Todo ello en la medida que, a pesar no tener la glosa de anticipo de legítima su origen es la misma intencionalidad de favorecer en vida del

transferente a aquellos que tengan la condición de herederos forzosos respecto al causante.

IV. Conclusiones

La normativa tributaria regula la inafectación del Impuesto a la Alcabala respecto a las transferencias en vida que se hagan a favor de los herederos forzosos siempre que se hagan bajo la figura del anticipo de legítima.

La donación a los herederos forzosos y el anticipo de legítima comparten una misma naturaleza jurídica por lo que el tratamiento impositivo debe ser el mismo.

Aquellos contribuyentes que realicen transferencias en vida a sus herederos forzosos no deben ser considerados como sujetos pasivos del Impuesto a la Alcabala sino más bien deben ser beneficiados con la inafectación aplicable al anticipo de legítima.

Resulta necesaria la aclaración a nivel de norma positiva peruana para evitar confusiones en la aplicación del gravamen en estos casos.

V. Referencias bibliográficas

- [1] Doctorando en Derecho por la Universidad de Alicante. Abogado por la Universidad Católica San Pablo con mención en Gestión Pública. Magíster en Derecho Empresarial por San Francisco Xavier Escuela de Negocios. Egresado de la Maestría en Ciencias Contables y Financieras con mención en Tributación Fiscal y Empresarial en la Universidad San Martín de Porres. Miembro activo del Instituto Peruano de Derecho Tributario, del Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario, y de la International Fiscal Association – Grupo Perú. Profesor a nivel de postgrado en Derecho Tributario. Vice president del área de Tax Latam en CPB Advisory. ORCID: 0000-0002-5365-2286
- [2] Tribunal Fiscal. 2018. Resolución del Tribunal Fiscal de Observancia Obligatoria 6888-7-2018.
- [3] CASTILLO FREYRE, M., Derecho de Sucesiones, Lima, Gaceta Jurídica, 2024, pp. 222-223.
- [4] Tribunal Fiscal. 2024. Resolución del Tribunal Fiscal 08761-2-2024.
- [5] Tribunal Fiscal. 2017. Resolución del Tribunal Fiscal 01034-7-2017.
- [6] Corte Suprema. 2020. Casación 6021-2019 Arequipa.
- [7] Corte Suprema. 2002. Casación Cas. 4020-01 Lima.



OPINIÓN

WALLS BARRIOS, E., La clase media en mutación: el centro de la pirámide que se desvanece.

Las ideas y opiniones expuestas en esta publicación son las propias de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones ni la línea editorial de TLARev.

OPINIÓN

LA CLASE MEDIA EN MUTACIÓN:
EL CENTRO DE LA PIRÁMIDE QUE
SE DESVANECEEDUARDO WALLS
BARRIOSEconomista | CEO y Socio Fundador de
Strategio Business Consulting · Mexico

ID 0009-0001-2063-9800

Desde mi punto de vista, lo que estamos viviendo es una mutación de la clase media, más que una mera desaparición. No todos los países la están perdiendo igual, y en algunos contextos emergentes la clase media ha crecido, pero su resiliencia es débil. El rasgo definitorio es la polarización: los que están por encima («upper middle» y clase alta) avanzan con fuerza, los que estaban más bajos tienen menos protección y movilidad, y el centro pierde capacidad de ser plataforma de ascenso. Esto tiene consecuencias profundas: la clase media históricamente ha sido el motor del consumo, la innovación y la estabilidad política. Si se debilita, las sociedades pueden volverse más volátiles, más dependientes de extremos y menos preparadas para la disrupción. En zonas como el Norte

de África y en América Latina en particular, vemos que, aunque hubo avances, la «trampa de ingresos medios» (*middle-income trap*) y la informalidad laboral amenazan la consolidación de la clase media.

I. Introducción: el temblor silencioso del centro

Durante buena parte del siglo XX, la clase media se convirtió en el gran símbolo del progreso moderno. Fue la columna vertebral de las democracias occidentales, el motor del consumo masivo, y el espacio donde millones de familias encontraron un equilibrio entre esfuerzo, bienestar y movilidad social. Ser clase media implicaba algo más que un nivel de ingreso: representaba la promesa de un futuro alcanzable, la posibilidad de que el trabajo honesto se tradujera en seguridad, estabilidad y dignidad.

Esta clase media emergió y se consolidó en un contexto único: crecimiento económico sostenido, industrialización acelerada, expansión educativa, fortalecimiento de los estados de bienestar y mercados laborales más estables que los actuales. Durante décadas, la idea del «ascenso social» parecía ser la norma y no la excepción. Pero las últimas dos décadas han alterado este paisaje. Ese punto

de equilibrio que mantenía cohesionadas a las sociedades parece resquebrajarse. La clase media (el grupo que sostenía el consumo moderaba las tensiones sociales y actuaba como amortiguador entre riqueza y pobreza) se está reduciendo o transformando de manera acelerada en buena parte del mundo.

Hoy observamos un fenómeno inquietante: la pirámide social, antes ancha y robusta en su centro, comienza a estirarse por sus extremos. Crece la concentración de riqueza en la cúspide. Crece la vulnerabilidad en la base. Y el centro, que antes absorbía los shocks económicos, culturales y políticos, pierde densidad, seguridad y poder adquisitivo.

No se trata únicamente de desigualdad o pobreza. Lo que está en juego es algo más profundo: la desaparición del espacio psicológico y económico que definía a la clase media como lugar de esperanza, movilidad y estabilidad.

Esta erosión no es homogénea: varía por región, sector y estructura estatal. Pero el patrón es claro y global. En muchos países, los salarios ya no alcanzan para sostener el estilo de vida que antes definía a la clase media. Los costos esenciales (vivienda, salud, educación, transporte) crecen más rápido que los ingresos. La estabilidad laboral se debilita. Y la meritocracia, que durante décadas funcionó como mitología colectiva, ya no garantiza ascenso.

Ante este panorama, surge una pregunta inevitable y profundamente reveladora: ¿Estamos presenciando la desaparición de la clase media... o su metamorfosis hacia una forma más frágil, más tensa e incierta? Una pregunta que no solo interpela a economistas y sociólogos, sino a gobiernos, empresas, familias y ciudadanos. Porque el futuro de las sociedades dependerá, en gran medida, de la respuesta.

II. Qué era la clase media: una definición que se desdibuja

Definir la clase media siempre ha sido un desafío, porque no se trata únicamente de ingresos, sino de expectativas, seguridad y estilo de vida. Aun así, en términos estrictamente económicos, el Banco Mundial suele ubicarla entre quienes ganan entre 10 y 50 dólares al día, ajustados por paridad de poder adquisitivo. Es

una definición útil estadísticamente, pero insuficiente para capturar la complejidad del fenómeno.

Durante décadas, ser clase media significó algo más profundo: una sensación de control sobre el futuro. Implica poder pagar educación sin endeudarse por décadas, acceder a servicios de salud confiables, viajar ocasionalmente, tener un automóvil, ahorrar un porcentaje del ingreso y, sobre todo, cultivar la esperanza de que los hijos vivirían mejor que los padres. Esa mezcla de estabilidad material y optimismo intergeneracional es, en esencia, lo que definió a la clase media del siglo XX.

Este grupo emergió con fuerza en la segunda mitad del siglo pasado gracias a un contexto muy particular: un ciclo prolongado de crecimiento industrial; la expansión del crédito y del consumo masivo; la consolidación de los sindicatos; mercados laborales más estables; y en muchos países, la creación de Estados de bienestar que ofrecían seguridad social, educación pública de calidad y protección frente a riesgos. Las clases medias urbanas se convirtieron en símbolo de movilidad social, de progreso y de una promesa compartida: trabajar duro tenía recompensa.

Hoy, esa definición se desdibuja a una velocidad inquietante. Tener empleo formal, contar con títulos universitarios o incluso poseer una vivienda ya no garantiza pertenecer a la clase media. Los costos de vida (especialmente vivienda, salud, educación y transporte) crecen de manera más acelerada que los salarios reales. Muchos trabajadores con formación profesional viven con el mismo nivel de vulnerabilidad que antes se asociaba a estratos más bajos.

A la par, la estabilidad laboral se ha erosionado. Las cadenas globales de producción, la automatización, el trabajo por proyectos y la economía digital han fragmentado la seguridad que antes ofrecían los empleos de largo plazo. La volatilidad económica ya no es una excepción, sino parte del paisaje cotidiano. El resultado es una paradoja contemporánea: el mérito ya no asegura movilidad. El esfuerzo es necesario, pero no suficiente. La educación ya no

garantiza ascenso. La estabilidad no está asegurada por el trabajo formal. Y el ahorro, para muchos, se ha convertido en un lujo.

Hoy, el concepto de clase media está dejando de ser una condición socioeconómica y transformándose en una aspiración frágil, una narrativa de estabilidad que cada vez menos personas pueden sostener de manera real. Lo preocupante es que, en muchos países, la clase media no solo está estancada: está retrocediendo, desplazándose hacia zonas de vulnerabilidad que antes no le eran propias.

III. La evidencia: el centro que se encoge

Los datos provenientes de distintos organismos internacionales confirman un fenómeno que ya se percibe en el día a día: la clase media está perdiendo peso, influencia y estabilidad en buena parte del mundo.

En Estados Unidos (la economía que históricamente encarnó el «sueño de la clase media») la participación de este grupo en el ingreso total cayó de 62 % en 1970 a apenas 43 % en 2022, según el Pew Research Center. Esta disminución no solo refleja un cambio económico, sino también un profundo reajuste cultural: cada vez menos familias sienten que pueden vivir con seguridad financiera, sostener el mismo nivel de vida que sus padres o aspirar a una movilidad ascendente.

Europa presenta un patrón similar. Aunque el estado de bienestar ha amortiguado algunos impactos, dos tercios de los países europeos reportan una contracción de su clase media desde 1990. En muchos casos, el problema no es únicamente el retroceso del ingreso, sino la pérdida de certezas: empleo estable, vivienda accesible y servicios públicos adecuados.

A nivel global, la tendencia es igual de alarmante. El Banco Mundial y la OCDE coinciden en que, por primera vez desde los años noventa, la clase media mundial se redujo en términos absolutos. Cerca de 90 millones de personas cayeron por debajo de los umbrales considerados como clase media durante los años de la pandemia, y 131 millones entraron en situación de pobreza. Esto rompió un ciclo de tres décadas de expansión moderada pero sostenida. Las economías emergentes, que habían experimentado un notable

crecimiento de sus clases medias entre 2000 y 2015, mostraron su fragilidad estructural. En América Latina, el Banco Interamericano de Desarrollo acuñó el término «*clase media frágil*» para describir a quienes mejoraron sus ingresos, pero carecen de protección social, ahorro y estabilidad suficiente para resistir choques económicos.

Este concepto es clave: la clase media latinoamericana no se consolidó; ascendió sin red de seguridad. Por eso, cualquier crisis (una recesión, una enfermedad, una pérdida de empleo) puede devolverla rápidamente a la vulnerabilidad.

El fenómeno no es aislado ni anecdótico. En países como México, Chile o Brasil, millones de personas que durante los años de bonanza se incorporaron a la clase media, hoy enfrentan una realidad contradictoria: tienen mayor educación, consumen más bienes y servicios, acceden a tecnología y crédito, pero no logran consolidar patrimonio, ni estabilidad financiera, ni una expectativa clara de ascenso.

Lo que creció no fue una clase media robusta, sino una clase media expuesta: sin ahorros, con empleos más inestables, con altos niveles de endeudamiento y con una vulnerabilidad crónica ante cualquier shock. En otras regiones del mundo, los patrones son similares.

En partes del sudeste asiático, la expansión de la clase media fue significativa hasta 2019, pero se revirtió en los años siguientes. En África, el crecimiento demográfico supera con creces la capacidad de generar empleos de calidad, lo que impide consolidar una clase media estable. La conclusión es contundente: el centro de la pirámide social no solo se está encogiéndose, se está debilitando estructuralmente. Y con él, se debilita la estabilidad económica, la cohesión social y la promesa meritocrática que sostuvo a las sociedades modernas durante décadas.

IV. Por qué se resquebraja el centro: los motores de la polarización

Factores económicos: el primero y más evidente es el estancamiento salarial. En la mayoría de los países,

los sueldos reales de la clase media no han crecido al ritmo de la productividad ni del costo de vida. La automatización y la digitalización han desplazado empleos intermedios (aquellos que requerían habilidades medias y sostenían ingresos estables), sustituyéndolos por trabajos precarizados o altamente especializados. La globalización, además, concentró los beneficios en las empresas y en los trabajadores más calificados, mientras redujo el margen de quienes producían en el «medio».

Factores sociales y culturales: los cambios en la estructura familiar, las nuevas formas de consumo y el costo de la educación o la vivienda han modificado los patrones de movilidad. Hoy, un hogar puede tener dos ingresos y aun así vivir con ansiedad financiera. La llamada *Great Gatsby Curve* muestra una correlación directa: los países con mayor desigualdad económica tienen menor movilidad intergeneracional. Es decir, nacer pobre hoy equivale a tener menos probabilidades de salir de la pobreza que hace treinta años.

Factores institucionales y políticos: Los sistemas de bienestar se han debilitado. En muchos países, los servicios públicos no compensan las brechas, y la clase

media termina pagando doble: impuestos altos y servicios privados para garantizar educación o salud de calidad. La falta de seguridad social, vivienda accesible y redes de protección hace que incluso sectores con educación superior vivan en precariedad oculta.

Factores coyunturales: las crisis de 2008, la pandemia de 2020 y la inflación global posterior golpearon duramente los ingresos intermedios. A diferencia de los más ricos (que protegen su riqueza en activos financieros) o los más pobres (que ya viven fuera del mercado formal), la clase media absorbe el impacto directo del ciclo económico.

V. Los polos que crecen: dos mundos paralelos

Mientras el centro se adelgaza, los extremos se ensanchan. La clase alta ha incrementado su participación en el ingreso global y en el patrimonio neto. El 10 % más rico del planeta concentra cerca del 76 % de la riqueza financiera, según Allianz Trade. Los mecanismos de acumulación (inversión bursátil, propiedad de activos, capital tecnológico) han favorecido a quienes ya estaban en la cima.

En el otro extremo, la clase baja se amplía: trabajadores informales, empleos de baja productividad, economías sin acceso a crédito ni estabilidad. No son los más pobres de todos, pero sí

los más desprotegidos. El resultado es una economía de dos velocidades: una orientada a la élite global, y otra sumergida en la supervivencia cotidiana. En el medio, la clase media intenta sostener su estilo de vida a crédito, con frustración creciente y confianza decreciente.

VI. Las consecuencias: economía, sociedad y cultura

La contracción del centro tiene implicaciones profundas:

Económicas: el consumo de masas se debilita. La clase media es el motor del mercado interno; si pierde poder adquisitivo, las economías se vuelven más dependientes del crédito y del consumo de lujo. Además, la concentración de riqueza reduce la innovación social y la diversificación productiva.

Sociales: aumentan la ansiedad, la inseguridad y la sensación de injusticia. El *«sueño de la clase media»* (estudiar, trabajar, progresar) ya no se percibe como alcanzable. Esta frustración se traduce en polarización social y política, desconfianza institucional y radicalización de discursos.

Culturales: la clase media ha sido, históricamente, el molde de las aspiraciones colectivas. Su declive implica también un cambio cultural: la redefinición del éxito, el consumo aspiracional y la identidad social. El *«vivir mejor»* se transforma en *«sobrevivir con dignidad»*.

VII. La contratación de la clase media a nivel mundial: una mirada por regiones

La reducción de la clase media no es un fenómeno aislado ni local: es una tendencia global con matices distintos según cada región. Aunque las causas varían (desde la automatización hasta el encarecimiento de la vivienda) el patrón central se repite en casi todos los continentes: la clase media pierde peso, seguridad y movilidad. A continuación, un panorama profundo, dividido por regiones.

1. América del Norte: prosperidad aparente, estabilidad erosionada

En Estados Unidos y Canadá, la clase media fue durante décadas el modelo aspiracional del mundo occidental. Sin embargo, hoy se enfrenta a: estancamiento salarial de más de 40 años; aumento explosivo del costo de vivienda universitaria y médica; y mayor dependencia

del crédito para sostener el estilo de vida.

En EE. UU., la clase media pasó de concentrar 62% del ingreso total en 1970 a 43% en 2022. La brecha entre la élite económica y el resto se amplía de manera estructural. En Canadá, aunque los servicios públicos amortiguan la caída, los jóvenes enfrentan hoy el mercado de vivienda más inaccesible en la historia moderna del país. En conclusión: la clase media existe, pero se financia a crédito y vive con menos estabilidad intergeneracional.

2. Europa: un modelo en tensión

Europa fue el continente donde la clase media se consolidó más firmemente gracias a los estados de bienestar. Pero desde 1990: dos tercios de los países reportan contracción de su clase media; la vivienda en capitales como Londres, Berlín, París o Ámsterdam se volvió prohibitiva; y la inflación energética tras la guerra en Ucrania golpeó con fuerza a hogares medios.

El sur de Europa (España, Italia, Grecia, Portugal) sufrió especialmente la crisis de 2008 y nunca recuperó plenamente su fuerza laboral juvenil. Europa del Este tiene otro desafío: creció su clase media tras la caída del bloque soviético, pero hoy enfrenta una acelerada emigración juvenil y salarios que no alcanzan los estándares de la clase media occidental. En conclusión: Europa mantiene su clase media, pero está envejeciendo, endeudándose y reduciendo expectativas.

3. Asia: el ascenso más grande y la vulnerabilidad más expuesta

Ningún continente elevó a tantas personas a la clase media como Asia, especialmente: China, con más de 800 millones de ascensos en 30 años; India, con un crecimiento económico que promete un salto masivo similar; y el Sudeste Asiático, con economías como Vietnam, Indonesia y Filipinas expandiendo su consumo interno.

Pero ese ascenso tiene grietas. Gran parte de la nueva clase media china depende de un modelo inmobiliario hoy en crisis. En India, la clase media es amplia en número, pero no en riqueza ni estabilidad. En el Sudeste Asiático, la clase media depende del

empleo informal o de sectores altamente volátiles.

La pandemia mostró que una gran parte es una clase media precaria, sin ahorros suficientes para resistir choques. En conclusión: Asia es el motor del nuevo consumidor global, pero su clase media aún no alcanza la solidez institucional de Occidente.

4. África: crecimiento demográfico son consolidación económica

África es el continente con mayor potencial de expansión futura de clase media, pero hoy enfrenta: empleo insuficiente para absorber a la población joven; vulnerabilidad extrema ante inflación alimentaria; falta de redes de seguridad social robustas; y dependencia de sectores extractivos o informales. Según el Banco Africano de Desarrollo, cerca de 350 millones podrían considerarse «*clase media emergente*», pero más de la mitad vive con ingresos tan volátiles que una sola crisis sanitaria o económica puede devolverlos a la pobreza. En conclusión: África está construyendo la clase media del futuro, pero su estabilidad aún no está garantizada.

5. Oceanía: estabilidad con alertas crecientes

Australia y Nueva Zelanda tienen clases medias históricamente estables, pero enfrentan un desafío común: la vivienda es la menos accesible del mundo, especialmente en Sídney, Melbourne y Auckland; los salarios no crecen al ritmo del costo de vida; y la inmigración presiona el mercado inmobiliario, reduciendo oportunidades para los jóvenes. En conclusión: alta calidad de vida, pero un futuro donde la clase media podría reducirse por barreras de entrada patrimonial.

6. América Latina en contexto global: el espejo de la fragilidad mundial

Latinoamérica ofrece un caso ejemplar porque muestra lo que sucede cuando una clase media crece sin cimientos: avances rápidos, consumo creciente, pero sin ahorro, patrimonio ni estabilidad laboral. Lo que se vivió en América Latina anticipa tendencias que ahora se observan en otros continentes: clases medias grandes en número, pero vulnerables en esencia.

7. La conclusión global: un fenómeno sistémico

Al observar el mapa completo, aparece un patrón común: la clase media crece en ciertos lugares, pero no

en estabilidad. En países desarrollados, es una clase media que pierde poder adquisitivo. En economías emergentes, es una clase media que sube sin consolidarse. Y en regiones pobres, es una clase media incipiente y extremadamente vulnerable.

VIII. ¿Desaparición o metamorfosis?

Hablar de desaparición es, quizá, demasiado fatalista. Más bien, estamos viendo una metamorfosis: la clase media se redefine en torno a nuevos parámetros. Ya no es solo un nivel de ingreso, sino una combinación de educación, conectividad y resiliencia emocional.

La nueva clase media global es digital, autónoma, más consciente del entorno, pero también más vulnerable y sin red de protección. Algunos la llaman «*la clase ansiosa*»: conectada, informada y permanentemente al borde de la incertidumbre.

IX. Conclusión: reconstruir el puente

El futuro de las sociedades dependerá de su capacidad para reconstruir un centro fuerte. Sin clase media, las economías pierden estabilidad, las democracias pierden equilibrio y las personas pierden esperanza.

Reconstruirla implica políticas que fomenten empleo formal, educación accesible, vivienda digna y sistemas fiscales progresivos; pero también requiere un cambio cultural: volver a creer que el esfuerzo tiene recompensa. La clase media no está muerta, está en espera de una nueva narrativa. Y quizás de nosotros dependa de que esa narrativa no sea de nostalgia, sino de reinención.

La desaparición de la clase media no es un accidente, es una consecuencia. Y su recuperación no será estadística, sino moral: cuando el mérito vuelva a tener sentido, y el futuro vuelva a sentirse posible.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

ORTEGA GIMÉNEZ, A., El régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España, tras la sentencia del Tribunal Supremo 1427/2024, de 30 de octubre.

FIERRO RODRÍGUEZ, D., Los efectos del retraso injustificado en la comunicación de operaciones bancarias no autorizadas, tras la STJUE, asunto C-665/2023, de 1 de agosto de 2025.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL RÉGIMEN DE ALEGACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA, TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1427/2024, DE 30 DE OCTUBRE



ALFONSO ORTEGA
GIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado | Universidad Miguel Hernández de Elche

ID 0000-0002-8313-2070

Para clarificar la situación actual sobre la prueba del Derecho extranjero en los Tribunales españoles es necesario iniciar una lectura pormenorizada del artículo 281 LEC. Este artículo nos posiciona la prueba del Derecho extranjero fuera de los hechos procesales, y de donde se extrae que «el Derecho extranjero debe probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». En este precepto se diferencia entre la «prueba del contenido y vigencia» del derecho extranjero, cuya obligación recae sobre la parte que lo alega, y la «aplicación» del mismo, que corresponde al tribunal una vez que ya se ha realizado (o intentado) la prueba

por las partes[1].

Dado que debe alegar y probar el Derecho extranjero la parte que invoque su aplicación, resultará irrelevante si ésta ostenta la posición de demandante o de demandado[2].

El principio de cooperación internacional queda limitado en su eficacia al mero acto de la petición, sin que de él se desprenda fuerza de obligar para el Estado requerido, con independencia de que el mismo tenga concreción o articulación a través de prácticas como la reciprocidad. Junto a este principio general de las relaciones internacionales y su concreción en algunos aspectos de la cooperación judicial internacional, ésta ha de ir referida a la configuración del derecho a la prueba.

Por otro lado, el conocimiento y la debida aplicación del derecho es, en principio, uno de los deberes del juzgador (*iura novit curia*). Legalmente este deber se manifiesta en que, además de no probarse el derecho español, incluidos los Tratados internacionales ratificados por España, así como las normas procedentes de la Unión Europea que

sean directamente aplicables en los estados miembros incluida España, conforme al artículo 218.1 LEC el cual señala que el juzgador «resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

Con la LCJI se ha buscado incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero. Nuestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el Tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios. El artículo 33 de la LCJI se decanta por la aplicación de la *lex fori*, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho Internacional privado de nuestro entorno. Es, asimismo, la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional de la que se deduce que la desestimación de la demanda conculcaría en determinados supuestos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Debe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido. Además, han de respetarse los sistemas específicos que en leyes especiales prevean otras soluciones iguales o diversas, por referencia, por ejemplo, a la normativa de protección de consumidores y usuarios, así como a la registral civil. Además, el artículo 33 de la LCJI clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y determina el valor de los informes periciales sobre la materia. No será necesaria la prueba del Derecho extranjero por las partes cuando el Tribunal, por alguna razón, tiene ya un exacto conocimiento de tal derecho, pues en ese supuesto deberá aplicarlo de oficio[3]. Por otro lado, no será necesario probar el Derecho extranjero cuando la parte lo invoca como mero apoyo de sus pretensiones y no para que sea aplicado por el tribunal español al fondo del asunto.

En cuanto a la iniciativa de la actividad probatoria el artículo 282 de la LEC dispone que: «las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal

podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley». Establece así un sistema de cooperación entre juez y partes, aunque el papel respectivo dista de ser claro.

No obstante, ha de quedar meridianamente claro que las facultades de los Juzgados y Tribunales en relación a práctica de oficio de la prueba del Derecho extranjero son potestativas y, en este sentido, se considera de especial interés lo manifestado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 8 de enero de 2019, que señala lo siguiente: «en este sentido, nuestra jurisprudencia ha afirmado que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Y ha establecido la distinción entre las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida, las cuales según el párrafo primero del artículo 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal». En consecuencia, el ejercicio de las facultades de averiguación de oficio de la vigencia y contenido del Derecho extranjero de aplicación es completamente potestativo, sin que en ningún caso puedan considerarse como facultades imperativas, debiendo tenerse en cuenta que, por lo general, no se emplearán estas facultades para suplir la carga de la parte en lo que respecta a la prueba del Derecho extranjero que considera de aplicación a la resolución de la controversia.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1427/2024, de 30 de octubre, cuyo comentario nos ocupa, constituye un hito jurisprudencial reciente en el tratamiento de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso civil español, abordando expresamente los límites del *iura novit curia* y el principio dispositivo en el marco de los contratos celebrados entre consumidores y empresas con elementos internacionales.

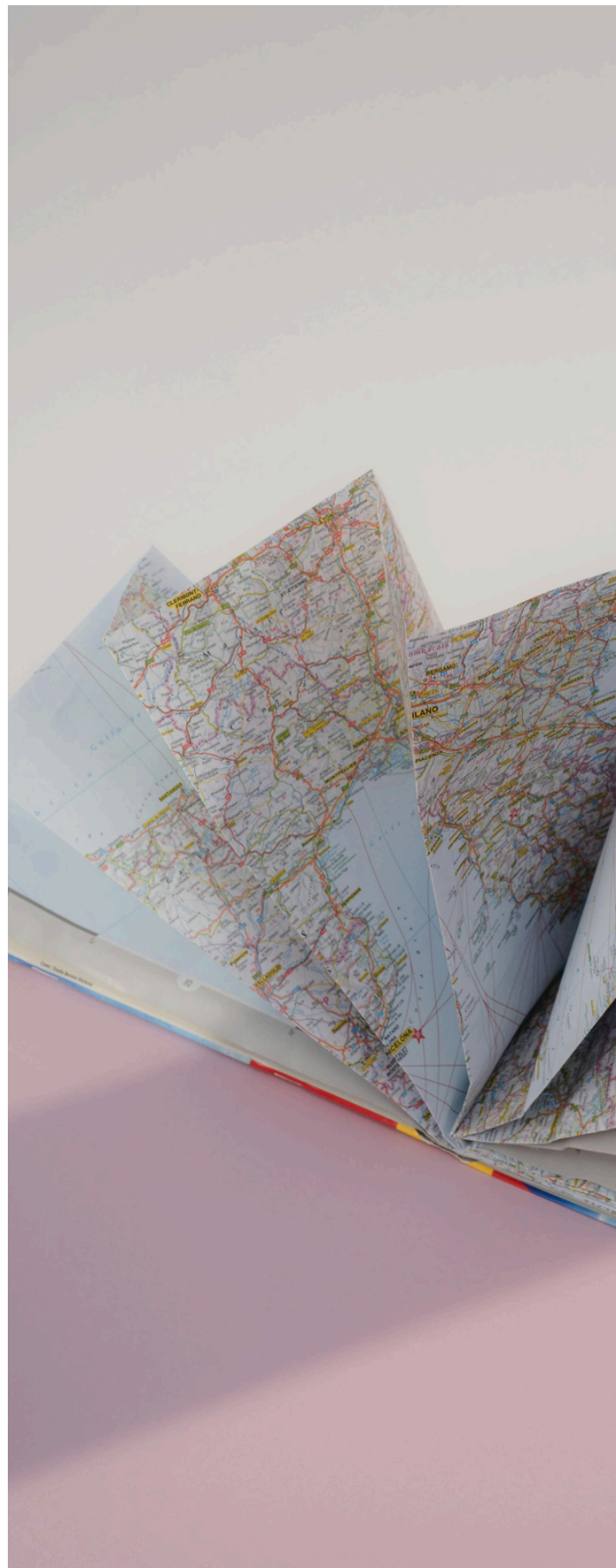
En el caso resuelto por esta sentencia, el Tribunal

Supremo (en adelante, TS) desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, Diamond Resorts Europe Limited, Sucursal en España, que había solicitado la aplicación de la ley inglesa (concretamente, la «*Timeshare Act*» y los «*Holiday Products Regulations*») a tres contratos de aprovechamiento por turno celebrados en Tenerife con consumidores británicos. La demandada invocó una cláusula contractual de sumisión a la legislación inglesa y a la jurisdicción de sus tribunales. No obstante, el Alto Tribunal confirma la aplicación del Derecho español (Ley 4/2012, sobre aprovechamiento por turnos) y establece los criterios que deben guiar al juez cuando se alega Derecho extranjero.

En particular, el TS recuerda que el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por quien lo invoca, en virtud del artículo 281.2 LEC y la jurisprudencia consolidada: «*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*», y que el Tribunal solo puede aplicar Derecho extranjero si se ha acreditado debidamente su contenido, alcance y autoritativa interpretación, en los términos exigidos por las sentencias del propio Tribunal Supremo (por ejemplo, STS 338/2008 y STS 27.12.2006).

El fallo reprocha a la parte demandada que no acompañara dictamen pericial suficiente sobre el contenido y alcance del Derecho inglés, destacando que la mera presentación de una traducción parcial de la Timeshare Act no permite al juez español formarse una convicción suficiente para aplicar con seguridad una norma extranjera. Así, se refuerza el principio de que la actividad probatoria debe garantizar el acceso del juez a la verdad del caso, y que esta no puede alcanzarse si la parte incumple su carga de aportación completa y eficaz del contenido del Derecho extranjero.

En línea con esta idea, la sentencia también reitera que el juez español no tiene el deber de investigar de oficio el contenido del Derecho extranjero, aunque puede hacerlo si lo estima necesario (poder y no obligación).



Esto se traduce en una interpretación restrictiva del iura novit curia cuando se trata de ordenamientos extranjeros, en favor del principio dispositivo. Esta afirmación del TS es congruente con la idea de la naturaleza cooperativa del proceso: si las partes no cooperan suficientemente aportando la información normativa pertinente, el juez no puede suplantar esa carencia sin poner en riesgo la imparcialidad o la racionalidad de su decisión.

En resumen, la STS 1427/2024, de 30 de octubre, confirma la evolución de la jurisprudencia española hacia un modelo exigente y coherente con los principios del Estado de Derecho y el derecho a un proceso con todas las garantías. Dicha sentencia articula con claridad que no cabe aplicación judicial del Derecho extranjero si este no ha sido adecuadamente probado, y que en tal caso deberá aplicarse el Derecho español como supletorio. De esta forma, se consolida en la práctica forense una concepción del proceso que exige rigor, transparencia y racionalidad en la toma de decisiones judiciales, especialmente en contextos transnacionales.

La STS 1427/2024 reafirma una línea jurisprudencial que exige a la parte que invoque la aplicación del Derecho extranjero no solo su alegación clara y precisa, sino también su acreditación mediante medios adecuados (en particular, dictámenes jurídicos especializados). En coherencia con dicha visión, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación de una normativa extranjera no debidamente probada, recordando que el juez español no está obligado a suplir la inactividad de las partes ni a reconstruir por su cuenta el contenido del ordenamiento foráneo.

En definitiva, la jurisprudencia española más reciente, y en particular la STS 1427/2024, pone de manifiesto la creciente sensibilidad del Tribunal Supremo hacia una concepción rigurosa, cooperativa y racional del proceso civil. La exigencia de una prueba suficiente y verificable del Derecho extranjero, el rechazo de cláusulas abusivas que debilitan la posición del consumidor en contextos transnacionales, y la reafirmación del papel del juez como garante de un conocimiento fundado, no son sino manifestaciones concretas del ideal de proceso como instrumento epistémico, que buscan, desde la práctica, hacer del Derecho un espacio de racionalidad, equidad y

verdad.

Referencias:

[1] Vid. SAP de Asturias de 10 febrero de 2012, que señala que: *«lo cierto es que quien invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que en el presente caso la actora solo ha invocado en defensa de sus intereses el Derecho español, la aseguradora demandada sostuvo en su contestación que la legislación aplicable era la marroquí, pero lejos de invocar siquiera las concretas normas de la legislación marroquí que pudieran resultar aplicables (...) se limitaba a invocar el principio iura novit curia (...) el tribunal termina por aplicar la legislación española»*.

[2] Vid. STS de 27 de diciembre de 2006, que señala que *«existe una numerosa y consolidada jurisprudencia sobre la necesidad de probar, por quien se alega o invoca o postula la aplicación del Derecho extranjero, la existencia, el contenido y la vigencia de la norma cuya aplicación se pretende. Es lo que decía la Sentencia 31 de diciembre de 1994, con expresa referencia de que la prueba corresponde a quien invoca el Derecho extranjero»*.

[3] Vid. STS de 10 de junio de 2005, que señala expresamente que *«en nuestro ordenamiento, el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del derecho extranjero (...) lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al final, que de hecho la aportación de parte sólo sea necesaria para suplir aquella información»*.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LOS EFECTOS DEL RETRASO INJUSTIFICADO EN LA COMUNICACIÓN DE OPERACIONES BANCARIAS NO AUTORIZADAS, TRAS LA STJUE, ASUNTO C-665/2023, DE 1 DE AGOSTO DE 2025



**DIEGO FIERRO
RODRÍGUEZ**

Letrado de la Administración de Justicia |
Experto Universitario por la UNED

I. Introducción

El marco normativo que regula las operaciones de pago no autorizadas en la Unión Europea, estructurado principalmente en torno a la Directiva 2007/64/CE, configura un sistema jurídico diseñado para equilibrar la protección de los usuarios de servicios de pago con las responsabilidades impuestas a los proveedores de dichos servicios. En este contexto, la obligación de notificar sin demora injustificada cualquier operación no autorizada se presenta como un pilar esencial para garantizar la seguridad jurídica, promover la confianza en los instrumentos electrónicos de pago y mitigar los riesgos asociados a su uso indebido.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de agosto de 2025, dictada en el asunto

C-665/2023, resuelve cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal de Casación de Francia en un litigio entre un usuario, IL, y la entidad financiera Veracash SAS, ofreciendo una interpretación detallada de los artículos 56, 58, 60 y 61 de la directiva. Esta sentencia establece que el retraso deliberado o por negligencia grave en la notificación de operaciones no autorizadas puede privar al usuario de su derecho a obtener la rectificación de dichas operaciones, incluso si la notificación se realiza dentro del plazo máximo de trece meses desde la fecha del adeudo. Lo anterior me sugiere que el análisis de esta problemática debe abordar no solo las implicaciones jurídicas, sino también las económicas, sociales y éticas derivadas del incumplimiento de esta obligación, así como las tensiones inherentes al equilibrio entre la diligencia exigible al usuario y las responsabilidades del proveedor.

La relevancia del asunto C-665/2023 trasciende el caso particular, ya que pone de manifiesto la necesidad de armonizar las expectativas de protección del consumidor con los incentivos para una actuación diligente en un contexto donde los fraudes bancarios son cada vez más sofisticados. La Directiva 2007/64/CE, aplicable al

momento de los hechos del litigio, busca no solo proteger a los usuarios frente a operaciones no autorizadas, sino también garantizar que los proveedores de servicios de pago puedan implementar medidas preventivas para limitar las pérdidas derivadas de tales operaciones. La sentencia subraya que la obligación de notificación inmediata no es un simple formalismo, sino un mecanismo preventivo que permite al proveedor actuar con celeridad, como el bloqueo de un instrumento de pago comprometido. Considero que esta exigencia refleja una ponderación legislativa que busca equilibrar los intereses de ambas partes, pero plantea desafíos interpretativos cuando el usuario, aun notificando dentro del plazo de trece meses, incurre en un retraso que podría considerarse desleal. Este retraso, especialmente cuando es deliberado o gravemente negligente, puede tener consecuencias significativas, no solo en términos de responsabilidad jurídica, sino también en la confianza que los usuarios depositan en el sistema financiero.

El caso de IL, quien denunció retiradas no autorizadas realizadas entre marzo y mayo de 2017 pero notificó a Veracash SAS con un retraso de casi dos meses, ilustra la complejidad de determinar cuándo un retraso es injustificado y cómo afecta los derechos del usuario. La sentencia del Tribunal de Justicia clarifica que el plazo de trece meses no exime al usuario de la obligación de actuar con diligencia inmediata, lo que sugiere que el legislador europeo priorizó la celeridad como un medio para minimizar los daños. Ello me obliga a deducir que el análisis debe profundizar en las consecuencias de este retraso desleal, entendido como una conducta que, por acción u omisión grave, frustra los objetivos preventivos de la directiva. Además, el pronunciamiento judicial destaca la importancia de evaluar las circunstancias específicas de cada caso, lo que otorga a los tribunales nacionales un margen de apreciación para determinar si el retraso constituye una negligencia grave o una actuación deliberada, lo que a su vez plantea cuestiones sobre la proporcionalidad de las sanciones impuestas al usuario.

La Directiva 2007/64/CE no solo establece un marco para la asignación de responsabilidades, sino que también refleja un compromiso con la protección del consumidor en un mercado financiero cada vez más complejo. La sentencia del Tribunal de Justicia, al

interpretar las disposiciones de la directiva, refuerza la idea de que la diligencia del usuario es una condición indispensable para activar los mecanismos de protección previstos, pero también introduce matices que evitan una aplicación excesivamente rigorista. En este sentido, el análisis de las implicaciones del retraso desleal debe considerar no solo las disposiciones legales, sino también los principios generales del derecho europeo, como la proporcionalidad y la buena fe, que subyacen en la regulación de los servicios de pago. Esta aproximación integral permite comprender cómo el retraso en la notificación puede erosionar la confianza en el sistema financiero, al tiempo que subraya la necesidad de un equilibrio entre la protección del usuario y la seguridad jurídica del proveedor.

II. El marco normativo de la Directiva 2007/64/CE

La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, constituye un cuerpo normativo exhaustivo que regula las relaciones entre los usuarios de servicios de pago y los proveedores de dichos servicios, con un enfoque particular en la prevención y resolución de operaciones no autorizadas. Los artículos 56, 58, 60 y 61 de la directiva establecen un régimen de responsabilidad que articula las obligaciones de notificación del usuario, las responsabilidades del proveedor y los mecanismos de rectificación en caso de operaciones fraudulentas. El artículo 56, apartado 1, letra b), impone al usuario la obligación de notificar sin demoras indebidas cualquier extravío, robo, sustracción o utilización no autorizada de un instrumento de pago, lo que refleja la intención del legislador europeo de promover una respuesta inmediata para mitigar los riesgos de fraude. Por su parte, el artículo 58 establece que el usuario solo podrá obtener la rectificación de una operación no autorizada si notifica sin tardanza injustificada y, en todo caso, dentro de los trece meses siguientes a la fecha del adeudo, siempre que el proveedor haya cumplido con sus obligaciones de información conforme al título III de la directiva. Este doble requisito temporal (notificación inmediata y plazo máximo de trece meses) busca conciliar la necesidad de celeridad con la flexibilidad necesaria para que los usuarios, especialmente los consumidores, puedan

ejercer sus derechos sin verse penalizados por circunstancias excepcionales.

La Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-665/2023 ofrece una interpretación clarificadora de estas disposiciones, destacando que el incumplimiento de la notificación sin tardanza injustificada puede privar al usuario de su derecho a la rectificación, incluso si la notificación se realiza dentro del plazo de trece meses. Esta interpretación subraya que el plazo máximo de trece meses no es una autorización para demorar la notificación, sino un límite destinado a garantizar la seguridad jurídica tanto para el usuario como para el proveedor. El artículo 60, que obliga al proveedor a devolver de inmediato el importe de una operación no autorizada, está subordinado al cumplimiento de las exigencias del artículo 58, lo que implica que la falta de diligencia del usuario puede eximir al proveedor de esta obligación. Por otro lado, el artículo 61 introduce excepciones que responsabilizan al usuario en casos de fraude o negligencia grave, pero matiza que estas excepciones solo operan cuando el retraso en la notificación es deliberado o constituye un incumplimiento patente de la obligación de diligencia. Lo anterior me sugiere que la directiva busca un equilibrio entre la protección del consumidor y la necesidad de incentivar una actuación diligente, evitando que los usuarios puedan eludir su responsabilidad mediante notificaciones tardías, pero dentro del plazo máximo.

El considerando 31 de la directiva refuerza esta interpretación al enfatizar que la notificación inmediata tiene como finalidad reducir los riesgos y consecuencias de las operaciones no autorizadas, lo que refleja un enfoque preventivo que prioriza la celeridad en la respuesta del usuario. Este objetivo preventivo se ve complementado por el considerando 32, que destaca la importancia de limitar la responsabilidad del usuario a un importe máximo de 150 euros en casos de extravío o robo del instrumento de pago, salvo que haya actuado con fraude o negligencia grave. La sentencia del Tribunal de Justicia matiza que, en casos de operaciones derivadas de un instrumento de pago extraviado, robado o utilizado sin autorización, la privación del derecho a la rectificación solo opera si el retraso en la notificación es deliberado o gravemente negligente, lo que introduce un elemento de

proporcionalidad que protege al usuario frente a sanciones desmesuradas. Entiendo que esta interpretación refleja la intención del legislador europeo de promover la confianza en los instrumentos de pago electrónicos, al tiempo que garantiza que los proveedores puedan implementar medidas efectivas para prevenir fraudes.

La Directiva 2007/64/CE también establece un marco flexible que permite a los Estados miembros adoptar normas más protectoras para los consumidores, conforme al considerando 34. Esta flexibilidad reconoce la diversidad de contextos nacionales y busca fomentar la confianza en el uso de instrumentos electrónicos de pago. En el caso francés, el Código Monetario y Financiero incorpora estas disposiciones, pero la sentencia del Tribunal de Justicia subraya que su interpretación debe ser coherente con la directiva para garantizar una aplicación uniforme en el mercado interior. Considero que este enfoque armonizado es crucial para evitar disparidades que podrían socavar la confianza en el sistema financiero europeo, al tiempo que destaca la importancia de evaluar las circunstancias específicas de cada caso para determinar si el retraso en la notificación constituye una negligencia grave. La interacción entre los artículos 56, 58, 60 y 61, interpretada a la luz de la sentencia, ofrece un marco jurídico robusto que equilibra los intereses de las partes involucradas, promoviendo tanto la seguridad jurídica como la protección del consumidor.

III. Implicaciones del retraso desleal en la notificación

El retraso desleal en la notificación de operaciones no autorizadas, entendido como aquel motivado por una conducta deliberada o una negligencia grave, tiene profundas implicaciones jurídicas, económicas y sociales que trascienden el ámbito estrictamente legal. Desde una perspectiva jurídica, el artículo 61, apartado 2, de la Directiva 2007/64/CE establece que el usuario soportará todas las pérdidas derivadas de operaciones no autorizadas si estas son consecuencia de su actuación fraudulenta o de un incumplimiento deliberado o gravemente negligente de sus obligaciones, incluida la de notificación inmediata. La Sentencia del Tribunal de Justicia

dictada en el asunto C-665/2023 precisa que este incumplimiento debe ser patente, es decir, debe reflejar una desatención manifiesta a la diligencia exigible, lo que protege al usuario frente a interpretaciones excesivamente rigoristas que podrían imponerle una responsabilidad desproporcionada. En el caso de IL, quien denunció retiradas no autorizadas realizadas entre el 30 de marzo y el 17 de mayo de 2017 pero notificó a Veracash SAS el 23 de mayo de 2017, los tribunales franceses de primera y segunda instancia consideraron que esta demora de casi dos meses incumplía la obligación de notificación inmediata, privando a IL de su derecho a la rectificación. Sin embargo, el Tribunal de Casación planteó cuestiones prejudiciales para determinar si esta interpretación era compatible con la directiva, especialmente considerando que la notificación se realizó dentro del plazo de trece meses.

La respuesta del Tribunal de Justicia introduce un matiz crucial al condicionar la privación del derecho a la devolución a un retraso deliberado o gravemente negligente, lo que implica que no cualquier demora justifica la denegación de la rectificación. Esta interpretación refleja el principio de proporcionalidad, que busca evitar sanciones excesivas al usuario mientras incentiva una actuación diligente. Desde un punto de vista económico, el retraso desleal puede agravar las pérdidas tanto para el usuario como para el proveedor, ya que la notificación tardía impide al proveedor tomar medidas inmediatas, como el bloqueo del instrumento de pago, lo que puede permitir la realización de operaciones fraudulentas adicionales. En el caso de IL, las retiradas diarias durante casi dos meses sugieren que una notificación más temprana podría haber limitado el daño, lo que resalta la importancia del objetivo preventivo de la directiva. Ello me obliga a deducir que la exigencia de notificación inmediata no solo protege al proveedor, sino que también beneficia al usuario al reducir el alcance de las pérdidas potenciales, al tiempo que plantea la necesidad de evaluar cuidadosamente las circunstancias que rodean el retraso.

Desde una perspectiva social, el retraso desleal en la notificación puede erosionar la confianza en el sistema financiero, ya que los usuarios podrían percibir que las consecuencias de un fraude recaen

desproporcionadamente sobre ellos. La sentencia del Tribunal de Justicia mitiga este riesgo al limitar la privación del derecho a la devolución a los casos de retraso reprochable, lo que refuerza la protección del consumidor. Además, la sentencia subraya que, en casos de operaciones sucesivas, la privación del derecho se limita a aquellas operaciones cuya notificación se retrasó de manera deliberada o gravemente negligente, lo que introduce un elemento de equidad en la asignación de responsabilidades. Considero que esta aproximación es esencial para mantener la confianza en los instrumentos de pago electrónicos, especialmente en un contexto donde los fraudes financieros son cada vez más frecuentes. La evaluación de la negligencia grave debe considerar factores como la accesibilidad de los medios de notificación, la frecuencia de las operaciones no autorizadas y las condiciones personales del usuario, lo que otorga a los tribunales nacionales un margen de apreciación significativo para determinar la responsabilidad.

La interacción entre los principios de diligencia, proporcionalidad y buena fe en el marco de la Directiva 2007/64/CE sugiere que el retraso desleal no debe ser evaluado de manera aislada, sino en el contexto de las circunstancias específicas del caso. En el asunto C-665/2023, la alegación de IL de no haber recibido la tarjeta de pago plantea una cuestión adicional sobre la responsabilidad del proveedor en el envío del instrumento, conforme al artículo 57, apartado 2, de la directiva. Si se demostrara que el instrumento nunca llegó al usuario, el proveedor podría ser responsable de las pérdidas, lo que resalta la importancia de una evaluación cuidadosa de los hechos por parte del tribunal nacional. Esta complejidad pone de manifiesto que el retraso desleal no es un concepto unívoco, sino que requiere un análisis contextual que equilibre los intereses de las partes y promueva la seguridad jurídica en el mercado de servicios de pago.

IV. La carga de la prueba y la protección del consumidor

El régimen de responsabilidad establecido por la Directiva 2007/64/CE asigna un papel central a la distribución de la carga de la prueba en casos de



operaciones no autorizadas, lo que refleja la intención del legislador europeo de proteger al consumidor sin menoscabar la seguridad jurídica del proveedor. El artículo 59, apartado 1, establece que corresponde al proveedor de servicios de pago demostrar que la operación fue autenticada, registrada correctamente y no afectada por fallos técnicos, lo que constituye una presunción favorable al usuario. Esta disposición alivia al usuario de la difícil tarea de probar la falta de autorización, lo que refuerza la protección del consumidor en un contexto donde los fraudes financieros pueden ser difíciles de detectar. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-665/2023 precisa que esta presunción no exime al usuario de su obligación de notificar sin tardanza injustificada, ya que el incumplimiento de esta obligación puede alterar el equilibrio de responsabilidades establecido por la directiva. Entiendo que esta interacción entre la carga de la prueba y la obligación de notificación refleja un enfoque equilibrado que busca fomentar la confianza en los servicios de pago electrónicos mientras incentiva la diligencia del usuario.

El artículo 61, apartado 4, de la directiva refuerza esta

protección al establecer que, salvo en casos de fraude, el usuario no será responsable de las pérdidas derivadas de operaciones realizadas tras la notificación del extravío o robo del instrumento de pago. Esta disposición garantiza que, una vez notificado el problema, el proveedor asuma la responsabilidad de prevenir operaciones adicionales, lo que subraya la importancia de los medios de notificación adecuados exigidos por el artículo 57, apartado 1, letra c).

En el caso de IL, la alegación de no haber recibido la tarjeta de pago plantea una cuestión adicional sobre la responsabilidad del proveedor en el envío del instrumento, conforme al artículo 57, apartado 2. Si se demostrara que Veracash SAS no garantizó la entrega segura de la tarjeta, IL podría quedar eximido de responsabilidad, lo que resalta la complejidad de determinar la responsabilidad en casos de retraso en la notificación. La sentencia del Tribunal de Justicia subraya que la evaluación de la negligencia grave debe considerar todas las circunstancias del caso, conforme al considerando 33, lo que otorga a los tribunales nacionales un margen de apreciación significativo para determinar si el retraso justifica la privación del derecho a la devolución.

La protección del consumidor en el marco de la Directiva 2007/64/CE también se ve reforzada por el considerando 34, que permite a los Estados miembros adoptar normas más favorables al usuario, como la reducción de su responsabilidad en ausencia de fraude. Esta flexibilidad reconoce la diversidad de contextos nacionales y busca promover la confianza en el uso de instrumentos electrónicos de pago. En el contexto francés, el Código Monetario y Financiero incorpora estas disposiciones, pero la sentencia del Tribunal de Justicia subraya que su interpretación debe ser coherente con la directiva para garantizar una aplicación uniforme en el mercado interior. Lo anterior me sugiere que la carga de la prueba y la obligación de notificación forman un sistema interconectado que busca proteger al consumidor sin imponer responsabilidades desproporcionadas al proveedor. La sentencia del Tribunal de Justicia, al limitar la privación del derecho a la devolución a los casos de retraso deliberado o gravemente negligente, introduce un elemento de proporcionalidad que evita sanciones excesivas al usuario, al tiempo que refuerza la importancia de una actuación diligente.

La interacción entre estos principios pone de manifiesto la complejidad de los casos de operaciones no autorizadas, especialmente cuando se alega un retraso en la notificación. En el asunto C-665/2023, la demora de IL en notificar las retiradas no autorizadas plantea cuestiones sobre la accesibilidad de los medios de notificación proporcionados por Veracash SAS y sobre las circunstancias personales del usuario, como su capacidad para detectar las operaciones fraudulentas. La sentencia del Tribunal de Justicia destaca que la evaluación de la negligencia grave debe ser contextual, considerando factores como la frecuencia de las operaciones, la claridad de la información proporcionada por el proveedor y las condiciones del usuario. Esta aproximación contextual garantiza que la protección del consumidor no se vea menoscabada por interpretaciones excesivamente formalistas, al tiempo que incentiva a los proveedores a implementar sistemas de notificación eficaces y accesibles.

V. Operaciones sucesivas y el principio de proporcionalidad

El tratamiento de las operaciones no autorizadas sucesivas, como las retiradas diarias en el caso de IL,

constituye uno de los aspectos más relevantes de la Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-665/2023. La tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación francés buscaba aclarar si un retraso desleal en la notificación priva al usuario de la devolución de todas las operaciones o solo de aquellas cuya notificación se demoró injustificadamente. La respuesta del Tribunal, que limita la privación del derecho a las operaciones específicas afectadas por el retraso deliberado o gravemente negligente, refleja un enfoque proporcional que evita sanciones excesivas al usuario. Este principio de proporcionalidad es fundamental para garantizar que la asignación de responsabilidades sea justa y no menoscabe los derechos del consumidor, especialmente en casos donde las operaciones fraudulentas se prolongan en el tiempo debido a un retraso en la notificación.

El artículo 61, apartado 4, de la Directiva 2007/64/CE establece que, salvo en casos de fraude, el usuario no será responsable de las pérdidas derivadas de operaciones realizadas tras la notificación del extravío o robo del instrumento de pago, lo que implica que una notificación oportuna puede limitar significativamente las pérdidas. En el caso de IL, las retiradas diarias durante casi dos meses sugieren que una notificación inmediata tras la primera operación podría haber permitido a Veracash SAS bloquear la tarjeta, evitando pérdidas adicionales. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia aclara que la privación del derecho a la devolución se limita a las operaciones cuya notificación se retrasó de manera reprochable, lo que introduce un nexo de causalidad entre el comportamiento del usuario y las pérdidas sufridas. Considero que esta interpretación es esencial para evitar que los usuarios sean penalizados por operaciones que no podrían haber evitado, al tiempo que incentiva a los proveedores a implementar sistemas de detección y notificación eficaces.

El principio de proporcionalidad también se ve reforzado por el considerando 34 de la directiva, que permite a los Estados miembros adoptar normas más favorables al consumidor, como la reducción o eliminación de su responsabilidad en ausencia de

fraude. Esta flexibilidad reconoce la diversidad de contextos nacionales y busca fomentar la confianza en los instrumentos de pago electrónicos. En el contexto francés, el Código Monetario y Financiero incorpora estas disposiciones, pero la sentencia del Tribunal de Justicia subraya que su interpretación debe ser coherente con la directiva para garantizar una aplicación uniforme en el mercado interior. La evaluación de la negligencia grave en casos de operaciones sucesivas requiere un análisis detallado de las circunstancias, incluyendo la frecuencia de las operaciones, la accesibilidad de los medios de notificación y las condiciones personales del usuario. Lo anterior me sugiere que el principio de proporcionalidad no solo protege al usuario frente a sanciones desmesuradas, sino que también incentiva a los proveedores a implementar medidas preventivas robustas.

La sentencia del Tribunal de Justicia también destaca la importancia de evaluar cada operación de manera individual, incluso en el contexto de operaciones sucesivas derivadas del mismo instrumento de pago comprometido. Esta aproximación asegura que el usuario no sea penalizado por pérdidas que no pudo evitar, al tiempo que refuerza la responsabilidad del proveedor de garantizar medios adecuados para la notificación, conforme al artículo 57, apartado 1, letra c). En el caso de IL, la alegación de no haber recibido la tarjeta de pago plantea una cuestión adicional sobre la responsabilidad del proveedor en el envío del instrumento, lo que podría eximir al usuario de responsabilidad si se demostrara que el instrumento nunca llegó a su posesión. Esta complejidad pone de manifiesto que el análisis de las operaciones sucesivas requiere un enfoque matizado que equilibre los intereses de las partes y promueva la confianza en el sistema financiero.

V. Conclusiones

La Sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto C-665/2023 ofrece una interpretación detallada de las disposiciones de la Directiva 2007/64/CE, destacando que el retraso desleal en la notificación de operaciones bancarias no autorizadas, caracterizado por una conducta deliberada o una negligencia grave, tiene consecuencias significativas en el derecho del usuario a obtener la rectificación de dichas operaciones.

La directiva establece un régimen de responsabilidad que equilibra la protección del consumidor con la necesidad de incentivar la diligencia, exigiendo una notificación sin tardanza injustificada como condición para activar los mecanismos de devolución. La sentencia introduce un matiz crucial al limitar la privación del derecho a la devolución a los casos de retraso reprochable y, en el contexto de operaciones sucesivas, a las pérdidas directamente derivadas de dicho retraso, lo que refleja un enfoque proporcional que evita sanciones excesivas. Este pronunciamiento refuerza la importancia de una actuación diligente por parte del usuario, al tiempo que protege sus derechos frente a interpretaciones excesivamente rigoristas.

La interacción entre los artículos 56, 58, 60 y 61 de la directiva, interpretada a la luz de la sentencia, ofrece un marco jurídico robusto que armoniza la seguridad jurídica con la protección del consumidor. La exigencia de notificación inmediata, respaldada por el considerando 31, busca minimizar los riesgos de fraude, mientras que la limitación de la responsabilidad del usuario en ausencia de fraude o negligencia grave, conforme al artículo 61, garantiza un equilibrio entre los intereses de las partes. La sentencia también subraya la importancia de evaluar las circunstancias específicas de cada caso, lo que otorga a los tribunales nacionales un margen de apreciación para determinar la responsabilidad del usuario. Este enfoque contextual es esencial para mantener la confianza en los instrumentos de pago electrónicos y promover un mercado financiero seguro y eficiente. La relevancia de la sentencia trasciende el caso particular, ya que establece un precedente para la resolución de litigios similares en el ámbito de los servicios de pago. La protección del consumidor, la diligencia del usuario y la responsabilidad del proveedor forman un sistema interconectado que busca garantizar la seguridad jurídica y fomentar la confianza en el sistema financiero. La sentencia del Tribunal de Justicia, al clarificar las consecuencias del retraso desleal, contribuye a una aplicación uniforme de la Directiva 2007/64/CE en el mercado interior, sentando las bases para un enfoque equilibrado que protege a los usuarios sin menoscabar las responsabilidades de los proveedores.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

MOLINA GARCÍA, M. J., *El concepto de accesibilidad universal del Derecho español: ¿Principio, obligación o derecho? Perspectiva constitucional y administrativa*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025 - por M. MARTÍNEZ PÉREZ.

WALLS BARRIOS, E., *Empresas que nacen silvestres ¿Por qué muchas empresas están condenadas al fracaso?*, Ciudad de Guadalajara, México, 2025 - por D. E. MÁRQUEZ LASSO.

EL CONCEPTO DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO ESPAÑOL: ¿PRINCIPIO, OBLIGACIÓN O DERECHO? PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

MOLINA GARCÍA, M. J., *El concepto de accesibilidad universal en el Derecho español: ¿Principio, obligación o derecho? Perspectiva constitucional y administrativa*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, 309 pp.

La monografía de MARÍA JOSÉ MOLINA GARCÍA aborda con rigor dogmático una cuestión central y todavía abierta en el Derecho público español: la naturaleza jurídica de la accesibilidad universal y su correcta

calificación como principio rector, obligación jurídica o derecho subjetivo. Lejos de un enfoque meramente declarativo o programático, la autora construye un análisis sistemático que combina perspectiva constitucional e institucional con una atención específica al despliegue administrativo del concepto.

La obra parte de una depuración conceptual precisa (accesibilidad, diseño universal, ajustes razonables y proporcionalidad) para situar la accesibilidad universal en el marco de los derechos humanos, integrando de forma coherente el Derecho internacional y europeo (Convención de Naciones Unidas, Unión Europea y Agenda 2030). Este enfoque multinivel permite comprender la accesibilidad no solo como política pública, sino como estándar jurídico transversal que condiciona la actuación normativa y administrativa de los poderes públicos.

Especial relevancia presenta el estudio del encaje constitucional del concepto, con atención al artículo 49 CE y a la doctrina del Tribunal Constitucional, así como el análisis del sistema administrativo español, tanto en su dimensión competencial como en los mecanismos de garantía, control y sanción. Destaca, por su actualidad práctica, el tratamiento de la accesibilidad digital y su proyección sobre la Administración electrónica, en conexión con el marco reglamentario más reciente.

En conjunto, se trata de una obra clara, bien estructurada y de indudable utilidad para juristas del ámbito constitucional y administrativo, así como para



operadores públicos y privados implicados en el cumplimiento normativo. Su principal aportación reside en ofrecer un marco conceptual sólido que permite abandonar la ambigüedad normativa habitual y avanzar hacia una comprensión jurídicamente operativa de la accesibilidad universal en el Derecho español.

En definitiva, la obra de MARÍA JOSÉ MOLINA GARCÍA constituye una aportación especialmente valiosa al Derecho público español, tanto por la solidez de su construcción dogmática como por su capacidad para ofrecer respuestas jurídicas operativas a un concepto frecuentemente tratado de forma imprecisa. El rigor metodológico, la claridad expositiva y el acierto en la integración del marco constitucional, europeo e internacional confirman a la autora como una voz autorizada en el estudio jurídico de la accesibilidad universal, y convierten esta monografía en una referencia obligada para la doctrina y para la práctica administrativa contemporánea.



Autora de la Reseña Bibliográfica:

Miriam Martínez Pérez

*Abogada | Socia Directora Stellvest
tax legal advisory*

*Profesora Doctora de Derecho
Mercantil · Defensora Universitaria |
UNIE Universidad*

 0000-0003-4301-2813

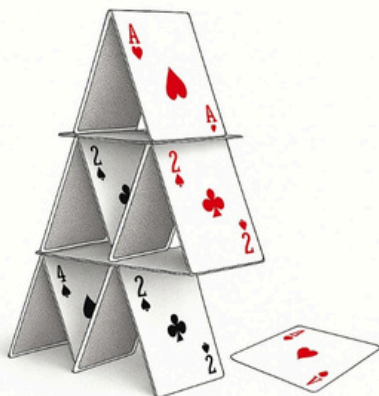
EMPRESAS QUE NACEN SILVESTRES ¿POR QUÉ MUCHAS EMPRESAS ESTÁN CONDENADAS AL FRACASO?

WALLS BARRIOS, E., *Empresas que nacen silvestres ¿Por qué muchas empresas están condenadas al fracaso?*, Ciudad de Guadalajara, México, 2025, 261 pp.

La obra de EDUARDO WALLS BARRIOS analiza, desde una perspectiva empírica y experiencial, las causas estructurales que explican el fracaso prematuro de un elevado número de iniciativas empresariales. El autor parte de una premisa clara: muchas empresas no fracasan por factores externos imprevisibles, sino porque nacen sin una arquitectura organizativa, estratégica y financiera mínimamente ordenada, lo que las hace especialmente vulnerables desde su origen.

EMPRESAS QUE NACEN SILVESTRES

¿Por qué muchas empresas están condenadas al fracaso?



Eduardo Walls

El libro se articula en torno a una serie de reflexiones breves y autónomas que identifican patrones recurrentes de error en el emprendimiento: ausencia de planificación estratégica, deficiente comprensión del modelo de negocio, confusión entre crecimiento y viabilidad, debilidades en el liderazgo y falta de disciplina financiera. Este enfoque fragmentado, deliberadamente no técnico, permite al lector reconocer con facilidad dinámicas comunes observadas en la práctica empresarial, especialmente en pequeñas y medianas empresas.

Desde una óptica analítica, la obra destaca por su carácter preventivo. WALLS BARRIOS no se limita a describir casos de fracaso, sino que insiste en la idea de que muchas decisiones empresariales conducen de forma casi inevitable a resultados negativos cuando no se acompañan de estructuras de control, gobernanza y análisis económico adecuado. En este sentido, el texto conecta de manera indirecta con preocupaciones propias del Derecho mercantil y financiero, en particular con la relevancia de la planificación, la responsabilidad del órgano de administración y la sostenibilidad económica de la empresa.

No se trata, sin embargo, de una obra académica en sentido estricto ni de un estudio dogmático. Su valor reside en la sistematización de la experiencia profesional del autor y en su capacidad para traducir problemas complejos de gestión en advertencias conceptualmente claras, lo que la convierte en una obra útil como complemento reflexivo para juristas, asesores y directivos que operan en el entorno empresarial.

Empresas que nacen silvestres ofrece una mirada

crítica sobre las causas internas del fracaso empresarial. La claridad expositiva, la coherencia del diagnóstico y la honestidad intelectual con la que el autor aborda las limitaciones del emprendimiento improvisado convierten esta obra en una contribución valiosa para comprender los riesgos estructurales que acompañan al nacimiento de muchas empresas y para fomentar una cultura empresarial más consciente, responsable y sostenible.

En suma, la obra de EDUARDO WALLS BARRIOS constituye una aportación especialmente acertada por la claridad de su diagnóstico y la coherencia de su enfoque. La capacidad del autor para identificar con precisión los errores estructurales que condicionan el fracaso empresarial, así como para trasladar su experiencia profesional a un discurso ordenado y comprensible, merecen una valoración muy positiva. *Empresas que nacen silvestres* se presenta, así, como una lectura recomendable y útil, y confirma la solvencia intelectual del autor en el análisis crítico de la realidad empresarial contemporánea.

**Autor de la Reseña Bibliográfica:***Daniel E. Márquez Lasso*

Abogado | Socio Director Stellvest tax legal advisory

Profesor Doctor de Derecho Financiero y Tributario · Director del Área de Derecho Privado | Universidad Internacional de la Rioja

 0000-0003-3014-7890

TAX LEGAL ADVISORY REVIEW

LA REVISTA PARA EL MUNDO ECONÓMICO-EMPRESARIAL



c/ José Franchy Roca 5, 6º Oficina 8
35008 Las Palmas de Gran Canaria

www.tlarev.com / www.stellvest.com
ISSN: 2952-1289

Comité de Dirección

Daniel E. Márquez Lasso

Jonathan Márquez Lasso

Miriam Martínez Pérez

Comité Ejecutivo

Carlos Sosa Sáenz

Eduardo Walls Barrios

Secretaría Académica

Diego E. Márquez Sosa

Tax Legal Advisory Review es una publicación divulgativa de Stellvest tax legal advisory. Su propósito es la divulgación de información y noticias de actualidad relacionadas con el ámbito económico empresarial.

Para solicitar más información o si está interesado en enviar una contribución para su publicación en esta Revista, puede dirigirse a: tlarev@stellvest.com.