

Actualidad Jurídica Uría Menéndez

Tribuna Abierta

¿Puede el derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Artículos

Enajenación de unidades productivas

Fernando Azofra Vegas

La cuota de personas con discapacidad en las empresas privadas del Perú

Luis Mendoza Legoas

La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*

Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández

A introdução dos *loan funds* em Portugal

Pedro Ferreira Malaquias e Júlio Venâncio

El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit

Álvaro López de Argumedo y Atenea Martínez

Foro de Actualidad

España

Portugal

Unión Europea

Latinoamérica

Internacional

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

Antonio Manuel Morales Moreno, *Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

Fernando Rodríguez Artigas, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Fernando Pantaleón Prieto, *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid*

Vicente Cuñat Edo, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Ignacio García-Perrote Escartín, *Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la UNED, Magistrado del Tribunal Supremo*

Fernando Gómez Pomar, *Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra*

José Massaguer Fuentes, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Montiano Monteagudo Monedero, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universitat Pompeu Fabra*

Cándido Paz-Ares, *Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid*

Miguel Virgós Soriano, *Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid*

Alexandre Mota Pinto, *Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

Emilio Díaz Ruiz, *Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*

DIRECTOR

Mariano Magide Herrero

COORDINADORES DE SECCIÓN

Carlos López-Quiroga Teijeiro, Pedro Ferreira Malaquias, Rafael Sánchez Arísti, Jesús López Tello, Mario Barros, Manuel Vélez

Fraga, Carlos Paredes Galego, Jesús Remón Peñalver, Yásser-Harbi Mustafá Tomás, Eduardo Trigo Sierra, Alfonso Gutiérrez

Hernández, Óscar Morales García, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero

REDACTORES

Alejandro Anca Alamillo y José Antonio González Salgado

Indexada en las bases de datos de Latindex

Copyright © URÍA MENÉNDEZ ABOGADOS, S. L. P.

ISSN 1578-956X versión impresa

ISSN 2174-0828 versión electrónica

Depósito Legal: M-3281-2002

Periodicidad: cuatrimestral

Para contactar con la redacción de la Revista dirigirse a:

ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ

Príncipe de Vergara, 187 - 28002 Madrid

Tel. 91 586 04 60. Fax 91 586 04 61

e-mail: alejandro.anca@uria.com

www.uria.com

Edición y distribución: CeGe

Diseño y maquetación: CeGe

CG Creaciones Gráficas, S. L.

Ciutat d'Asunción, 42 - 08030, Barcelona

Tel. +34 93 274 59 00

e-mail: info@cegeglobal.com

www.cegeglobal.com

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores.

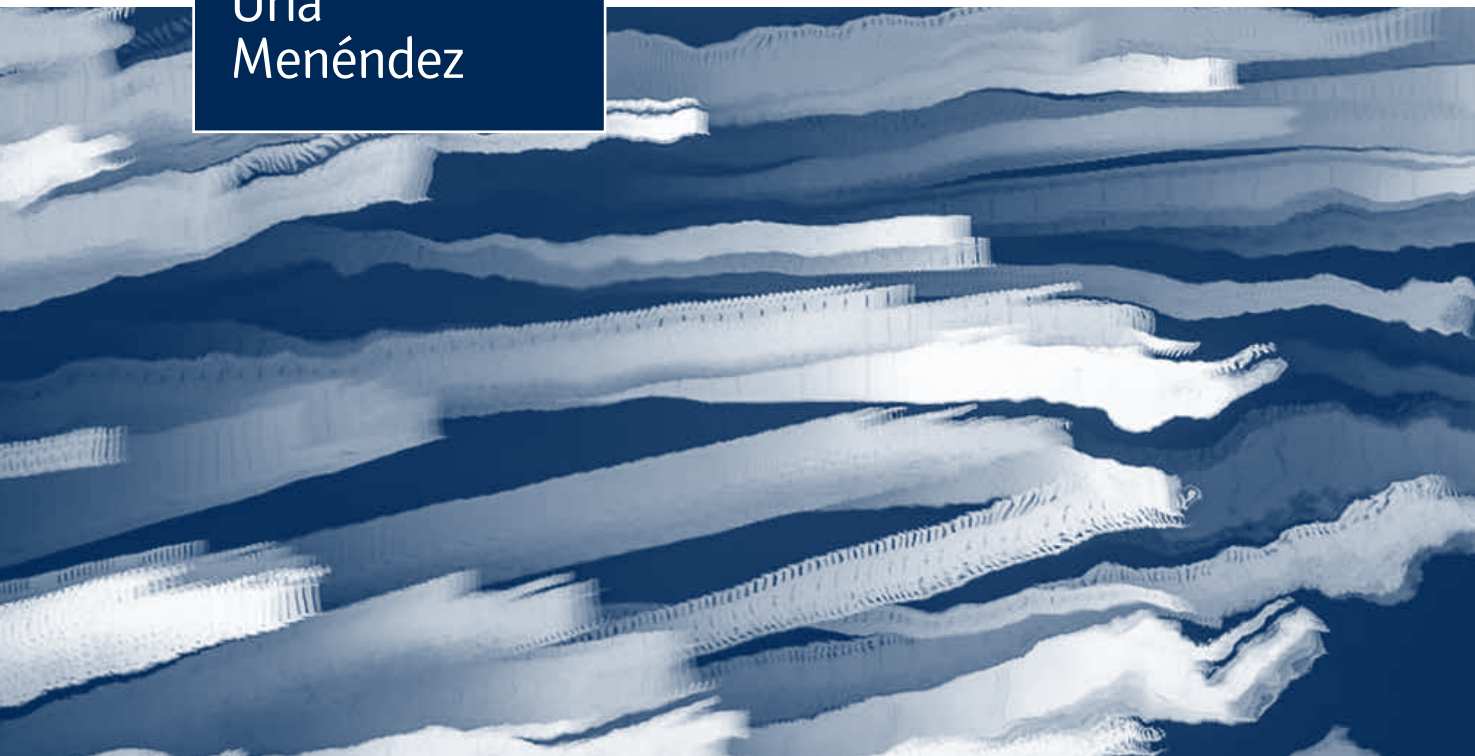
CeGe, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Actualidad Jurídica, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o partes de las páginas de Actualidad Jurídica, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

54

Actualidad
Jurídica
Uría
Menéndez

Año 2020



URÍA
MENÉNDEZ

NOTA DE LA REDACCIÓN

El lector tiene en sus manos el número 54 de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, que inaugura un nuevo formato de la Revista. Estamos realmente orgullosos de la andadura de nuestra publicación, pero tras dieciocho años y 53 números hemos considerado conveniente introducir algunos cambios, no muchos; básicamente, un nuevo diseño y una cierta diferenciación entre la versión en papel y on line.

A partir de este número 54, la versión en papel contendrá solamente los contenidos más perdurables: la tribuna abierta, los artículos y los foros de actualidad. Las crónicas de actualidad y las reseñas bibliográficas, que creemos que necesitan de una inmediatez mayor de la que permite una publicación cuatrimestral, se incluirán solamente en la versión *on-line*, y en ella se irán actualizando con una periodicidad menor que la cuatrimestral. Invitamos, por tanto, al lector de la versión en papel a que consulte las crónicas de actualidad y las reseñas bibliográficas de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* en el siguiente enlace <https://www.uria.com/es/revista>.

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ es una publicación cuatrimestral del Despacho de abogados Uría Menéndez, cuyo primer número se publicó en el mes de enero de 2001. Recoge y difunde trabajos de abogados del Despacho que desarrollan su actividad en las distintas áreas de práctica de la firma.

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ es fruto de la profunda tradición académica del Despacho, y nació con el objetivo de ofrecer información y análisis sobre la actualidad legislativa y jurisprudencial a sus clientes, a los profesionales del Derecho y a la comunidad académica.

La revista ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ invita a colaborar en cada número a una firma de reconocido prestigio ajena al Despacho en su Tribuna Abierta, para abrir en ella un espacio a la reflexión sobre temas de actualidad de interés jurídico, económico o social.

Sumario

Tribuna Abierta

- 7 ¿Puede el derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico
Federico de Montalvo Jääskeläinen
-

Artículos

- 39 Enajenación de unidades productivas
Fernando Azofra Vegas
-
- 67 La cuota de personas con discapacidad en las empresas privadas del Perú
Luis Mendoza Legoas
-
- 82 La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*
Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández
-
- 93 A introdução dos *loan funds* em Portugal
Pedro Ferreira Malaquias e Júlio Venâncio
-
- 105 El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit
Álvaro López de Argumedo y Atenea Martínez
-

Foro de Actualidad

España

- 125 La Unión Europea ante la crisis del COVID-19
Xavier Codina García-Andrade
-
- 145 Derechos de adquisición preferente de la Administración valenciana en ciertas transmisiones de viviendas
Carlos Lora González y Alberto López Ibáñez
-

- 154 El tránsito generacional del patrimonio familiar: consideraciones fiscales
Javier Arregui Bravo y Oriol Oliva Trastoy
-

Portugal

- 163 Alterações ao Regime da Suspensão Automática dos Atos de Adjudicação no Âmbito do Contencioso Pré-contratual Urgente – Algumas Observações
Afonso Choon
-

Unión Europea

- 177 El Reglamento europeo sobre reciclado de buques
José Sánchez-Fayos Martín-Peña
-

- 186 Pre-Closing Competition Law Issues: How To Overcome The Gun Jumping Mania and Other Competition Law Risks
Tânia Luísa Faria & Margot Lopes Martins
-

Latinoamérica

- 204 Electromovilidad en la alianza del Pacífico: avances y próximos pasos
Bárbara Julio
-

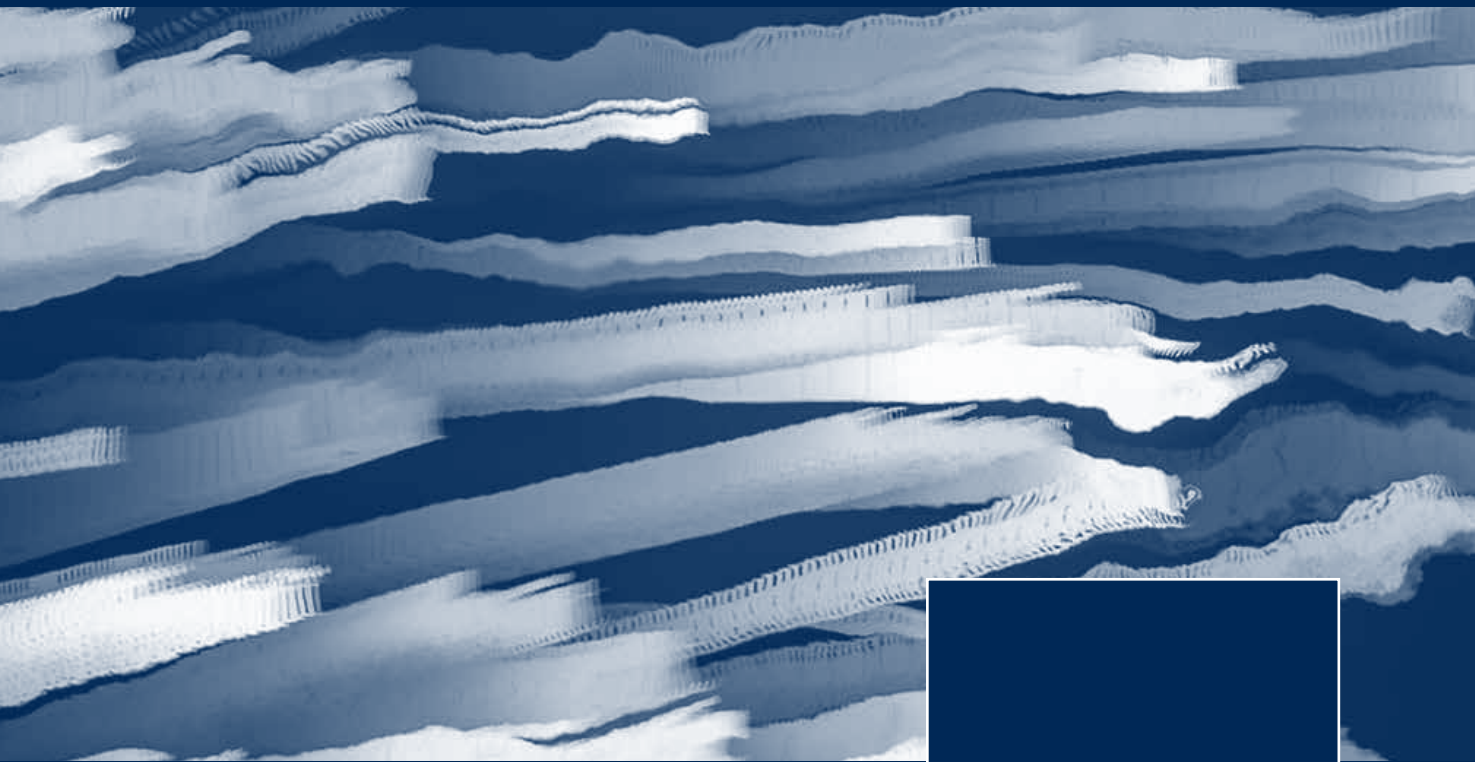
- 214 Los efectos del COVID-19 en el Sector de la Infraestructura en Colombia
Camilo Forero
-

- 219 El Convenio de Ciudad del Cabo y sus potenciales beneficios ante la legislación chilena sobre garantías muebles
Daniel Parodi
-

Internacional

- 225 English Contract Law for Spanish Lawyers. English law contractual interpretation
Alex Bircham, Gillian Cahill & Tom Wethered
-

- 235 Directrices para las colaboraciones



Tribuna
Abierta

¿PUEDE EL DERECHO AFRONTAR LA DISRUPCIÓN CON REGLAS?: UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL SISTEMA JURÍDICO

Federico de Montalvo Jääskeläinen¹

Me interesa el futuro porque es el sitio donde voy a pasar el resto de mi vida

Woody Allen

¿Puede el derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico

La disrupción a la que nos enfrentamos, más destacada en su intensidad que las que han acompañado al ser humano desde sus inicios, exige del derecho unos cambios que permitan al ordenamiento jurídico afrontar los nuevos y difíciles retos. La incertidumbre y los casos difíciles son las dos características más prominentes del contexto que al derecho le ha tocado ahora vivir. En estas circunstancias, los principios se presentan, frente a las tradicionales reglas, como las herramientas jurídicas idóneas que, además, pueden ser las que, paradójicamente, salven al jurista del riesgo de desaparecer ante el paradigma de la máquina y su inteligencia artificial.

PALABRAS CLAVE:

DISRUPCIÓN DIGITAL, HERRAMIENTAS JURÍDICAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, PODER JUDICIAL, NUEVAS TECNOLOGÍAS.

¹ Director del CID-ICADE y Profesor propio agregado, Derecho Constitucional, UPComillas. Presidente del Comité de Bioética de España y miembro del IBC (UNESCO).

Can the law confront disruption with rules? Reflections on the role of principles in the legal system

We are currently facing a disruption which is more intensive than those that have accompanied the human being since his beginning, and it requires from the Law to adopt some changes to allow the legal system to address correctly the new and difficult challenges. Uncertainty and hard cases are the two most prominent characteristics of the context which involves Law. In this framework, the principles and not the traditional rules must play an important role as the ideal legal tools and, paradoxically, the principles can be those which will save the jurist from the risk of disappearing before the machine paradigm and its artificial intelligence.

KEY WORDS:

DIGITAL DISRUPTION, LEGAL TOOLS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE, JUDICIARY, NEW TECHNOLOGIES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020:

Montalvo Jääskeläinen, Federico de (2020). ¿Puede el derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 7-36 (ISSN: 1578-956X).

1. Una reflexión preliminar sobre la disrupción: cuando las máquinas no nos dejan ver los verdaderos cambios en la esencia e identidad del ser humano

Es habitual tildar los tiempos que vivimos como tiempos extraordinariamente disruptivos y vincularlos al ingente progreso de la informática y la ingeniería o, en idénticos términos, a la capacidad de superación que se le ofrece ahora al ser humano desde la perspectiva de la electrónica, la mecánica y la computación. Así, la inteligencia artificial, la robótica, el *big data* o, más recientemente, el *blockchain* se nos presentan como verdaderos impulsores de este cambio o transformación que se muestra como inaudito. La disrupción digital emerge como el fenómeno que marcará inexorablemente el futuro del ser humano. Una mera búsqueda sencilla en Internet de la palabra “disrupción” nos ofrece un ejemplo paradigmático de ello. La “disrupción” queda, en casi todas las entradas que un buscador nos ofrece, vinculada a la tecnología o al mundo de lo digital. Las palabras “disrupción” y “digital” o “tecnológica” constituyen el resultado más habitual de dicha búsqueda. De hecho, la propia palabra “disrupción” parece que fue usada por primera vez en un artículo publicado en 1995 en la *Harvard Business Review* —“Disruptive technologies: catching the wave”, Joseph L Bower y Clayton M Christensen— para describir los tiempos actuales y vinculada al cambio tecnológico de la empresa, lo que obligaba a los emprendedores a reinventarse.

Sin embargo, desde la perspectiva del impacto en la propia naturaleza e identidad del ser humano, creemos que la verdadera disrupción viene realmente de la mano de la biología y la medicina. El verdadero cambio que puede transformar al ser humano de manera tal que no encuentra precedente en la historia nos lo ofrecen las nuevas posibilidades de actuar sobre el propio genoma humano, es decir, sobre el conjunto de genes que constituyen el ADN de cada individuo. No se trata ya de alterar el entorno del ser humano para superar las capacidades de este, sino de transformar directamente al propio ser humano para “mejorarlo”.

La tecnología nos afecta una vez ya nacidos, pero el avance de la biología y, en concreto, de la genética y la genómica parece que va a poder determinar nuestro futuro desde nuestros primeros días de vida, incluso desde nuestra vida biológica previa al propio nacimiento. En este complejo futuro que se nos predice, no solo se nos podrá hacer superiores en nuestras capacidades intelectuales o físicas, incorporando a nuestro entorno y a nuestro propio cuerpo un ingente aparataje tecnológico, sino que se nos podrá mejorar, y ello incluso antes de nacer, interviniendo directamente sobre el embrión. La naturaleza de lo humano se pone en cuestión, sobre todo, cuando la alteramos en su propia esencia —no solo en su entorno— y, además, desde su propio inicio. Se trata, pues, de una disrupción y una alteración sustancial *ad intra* del ser humano, no *ad extra*, como ocurre con la tecnología, aun cuando esta también, obviamente, tiene muchos efectos en el interior de la persona. Como apunta con acierto Vicente Bellver Capella, la ciencia y, singularmente, la biomedicina empiezan ya a ser un instrumento para alcanzar no ya un mundo más humano, sino un mundo mejor que humano (Bellver, 2006: 33) o, incluso —añadiríamos nosotros—, distinto a lo esencialmente humano.

Los hallazgos y los interrogantes de la biología y la biotecnología contemporáneas son de tal alcance y radicalidad que remueven los cimientos de múltiples saberes y convicciones en los que tradicionalmente se había afincado nuestra idea del hombre y de aquello que, en especial, fundamenta su condición ética (González, 2017: 77) y —añadiríamos— jurídica.

Por todo ello, Stefano Rodotà recuerda que esta nueva sociedad posgenómica hacia la que avanzamos pondrá en manos de todos y cada uno de nosotros el genoma humano y, a partir de ahí, cada cual podrá emprender un camino que le lleve a ocupar —con sus propias decisiones— territorios antes confiados únicamente a la causalidad o la necesidad. Ya no será ni la naturaleza ni la planificación, sino la concurrencia de infinitas elecciones lo que nos dará la organización social del futuro, cambiando profundamente la evolución misma del género humano. No será un único poder, de un dios lejano o un científico cercano, sino múltiples voluntades serán las que vengán a diseñar el mundo (Rodotà, 2010: 190).

A tal reto no puede estar, obviamente, ajeno el derecho en atención a los valores, intereses y derechos en conflicto. Si la pregunta que debemos formularnos de nuevo es qué es el hombre o qué es la naturaleza humana, el derecho debe también ofrecer respuestas que permitan dar un sentido jurídico contemporáneo a tal esencia, preguntas que conectan directamente con el propio concepto jurídico de dignidad no solo en cuanto valor ontológico del ser humano, sino también —recogiendo los términos explícitos del artículo 10.1 de nuestra Constitución— en cuanto fundamento del orden político y de la paz social. El derecho fundamental de la dignidad debe plantearse nuevamente desde la realidad de los hechos (Von Münch, 2009: 123). Así pues, debe ser el derecho el que ofrezca también una interpretación actualizada de la dignidad ante los retos que plantea el avance de la biología y la biotecnología, y ello sin olvidar que, si bien es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, sí es posible, al menos, fijar cuándo se la está vulnerando (Von Münch, 1982: 19).

Cierto es que la distinción entre tecnología y biología es ya inútil o, incluso, irreal, en la medida que ambas van de la mano en su aplicación práctica al ser humano y su entorno tanto a través de la biotecnología, entendida en un sentido estricto, como de la ciencia biológica aplicada en ingeniería genética y tecnología de ADN recombinante y la biología sintética. Sin embargo, ello no es

óbice para recordar que la propia doctrina distingue entre la disrupción tecnológica y biológica. Así, la definición que Carlos María Romeo Casabona nos da de “biotecnología” nos permite trazar claramente la distinción entre ambas disrupciones, ya que entiende aquella como la aplicación de conocimientos desde diferentes sectores científicos e ingenierías con el fin de aplicarlos sobre la materia viva (Romeo Casabona, 2003: 46), es decir, sobre el bíos o la materia humana, frente al transhumanismo robótico que aplicaría la ingeniería, entre otras ciencias, a la máquina. Por lo tanto, la distinción estaría en el objeto sobre el que recae directamente el avance científico, el ser humano o la máquina, aunque no hay que olvidar que también dicho avance promueve fórmulas mixtas de sujeto-máquina, como serían los propios cibernéticos, los cuales son definidos por el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española como “*ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos*”. La distinción también puede establecerse desde la perspectiva del ámbito sobre el que recae, interno o externo al ser humano, como hemos avanzado antes. Y la propia UNESCO es un ejemplo paradigmático de la distinción que venimos sosteniendo, en la medida que alberga en su seno los dos únicos comités éticos que existen a nivel global en el ámbito de la reflexión ética sobre el avance científico, el Comité Internacional de Bioética (IBC) y el Comité Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST). El primero, como órgano colegiado de treinta y seis expertos independientes que se encargan de reflexionar sobre el progreso en las ciencias de la vida y sus aplicaciones para garantizar el respeto por la dignidad y la libertad humanas. El segundo, integrado por dieciocho miembros, tiene el mandato de formular principios éticos que puedan proporcionar a los tomadores de decisiones criterios que se extiendan más allá de las consideraciones puramente económicas, trabajando en diferentes áreas de la ciencia y la tecnología, tales como la ética ambiental —con referencia, entre otras cosas, al cambio climático, la biodiversidad, el agua y la prevención de desastres—; la ética de las nanotecnologías, junto con cuestiones relacionadas nuevas y emergentes en tecnologías convergentes; cuestiones éticas relacionadas con las tecnologías de la sociedad de la información ética de la ciencia; y cuestiones de género en la ética de la ciencia y la tecnología. Esta distinción meramente orgánica u organizativa no permite obviamente confirmar o deducir la existencia de dos categorías de disrupción, pero al menos sí permite comprobar cómo a la citada institución le preocupan, de manera específica y singularizada, las dos vertientes del avance científico y la disrupción: la biológica (en el ser humano) y la tecnológica (más allá del ser humano o en su entorno).

En todo caso, lo que resulta claro es que, al margen del término elegido, creemos que es importante que la distinción entre disrupción biológica y tecnológica tenga cierta virtualidad, porque ello permite analizar cada fenómeno de manera singular, lo que evita algo que estimamos que viene ocurriendo en los últimos años y es que, por la confusión entre ambos fenómenos, el tecnológico reciba una atención inusitada en comparación con el biológico, cuando la verdadera disrupción —bastante más silente por cierto, como comentaremos de inmediato— creemos que viene realmente de la mano de este segundo. En el ámbito jurídico, el impacto de los avances biológicos es extraordinariamente más sustancial, y no porque ponga en lid ciertos derechos y libertades, sino porque afecta directamente a los propios conceptos de individuo y de dignidad humana que se consagran ahí al amparo de la construcción kantiana.

Debemos recordar que el derecho es heredero de un tiempo y un pensamiento —las revoluciones burguesas del siglo XVIII y la Ilustración— y, precisamente, el movimiento poshumanista que promueve el mejoramiento del ser humano a través de la biología pretende superar el paradigma

de ser humano que se inaugura en aquel momento y el de mejora a través de la educación —la cultura letrada—. De la educación a la elección y selección genéticas, en los propios términos que Peter Sloterdijk defiende en sus *Normas para el parque humano* cuando considera superada la era del humanismo y reclama una revisión genético-técnica de la humanidad, lo que le conduce a constatar que las fantasías de selección biopolítica han tomado el relevo de las utopías de justicia (Sloterdijk, 2000). El hombre será ahora domesticado por la antropotécnica, que reemplaza la literatura por la tecnología y la ética por la genética (Sloterdijk, 2000). El paradigma roussonian de la mejora a través de la educación pretende superarse por algo en el que el esfuerzo ya no estará en el propio individuo, sino en la biotecnología que le rodea.

Toda la relevancia que le hemos otorgado a la disrupción biológica no debe ser interpretada en clave de que en la robotización o la inteligencia artificial la disrupción tecnológica no tenga también una enorme fuerza disruptiva, sino que, en muchas ocasiones, como decíamos al inicio, centramos nuestra reflexión en ellas y olvidamos que el verdadero cambio no vendrá en el futuro inmediato, sino que está viniendo ya con el avance de la biomedicina.

Así pues, una primera idea que queremos expresar y que sirve de inicio a nuestra reflexión es precisamente la importancia de no confundir los fenómenos que promueven la disrupción y, en este sentido, animar a que se incremente la reflexión, sobre todo en el plano ético-legal, sobre el impacto que en el concepto y futuro del ser humano tiene la biotecnología, que es lo que aquí vamos fundamentalmente a hacer. Y ello porque creemos que el cambio que ya está generando este avance es muy superior al que pudiéramos pensar que provocarán la inteligencia artificial o la robótica.

Para concluir con la primera parte de nuestra reflexión, y para tratar de evitar una visión excesivamente negativa, es importante recordar que no creemos que deba preocuparnos en exceso el término “disrupción”, porque el ser humano es por su propia naturaleza disruptivo. No puede identificarse disrupción con deshumanización, cuando lo disruptivo es precisamente lo que caracteriza al ser humano.

Precisamente, la consciencia del ser humano sobre su propia finitud le dota de un ánimo de ir más allá de la pura adaptación al entorno, habiendo tratado de transformarlo desde los propios inicios de la humanidad. El ser humano es, por esencia, un ser disruptivo, por lo que la disrupción no puede considerarse, *per se*, algo contrario a la naturaleza humana, sino consustancial a ella. Como nos recuerda con gran maestría Javier de la Torre, lo específico del hombre es confrontarse al entorno y no tanto adaptarse a él (De la Torre, 2016) o, en muy similares términos, Luc Ferry apunta que lo que califica al ser humano como ser moral, diferente de los animales, no es su naturaleza, sus rasgos naturales, sino su capacidad de trascender con respecto de lo natural (Ferry, 2017: 82). Y en una posición algo más extrema, Joseph Fletcher —considerado uno de los fundadores de la bioética— escribía en 1971 que el hombre es un fabricante y un seleccionador y un diseñador, y cuanto más racional y artificial es algo, más humano es. La diferencia real estaría entre reproducción aleatoria o accidental y reproducción deseada o elegida racionalmente (Fletcher, 1971: 780-781). Pues como afirma Miquel-Àngel Serra, en cita de Albert Camus, el hombre es la única criatura que rechaza ser lo que es (Serra, 2016: 157).

Ya Hans Jonas apuntaba que una de las paradojas del privilegio de la libertad era que implicaba una existencia en peligro. Al desligarse la sustancia viva de la universal integración de las cosas en el todo de la naturaleza, el hombre se había enfrentado al mundo, introduciendo la tensión de ser o no ser en la indiferente seguridad de la posesión de la existencia (Jonas, 2000: 16-17).

Aunque, como apunta Nicholas Agar, también es cierto que lo novedoso ahora sería la intensidad y la deliberación con la que el mejoramiento humano es perseguido (Agar, 2014: 1). La intervención de los humanos en la naturaleza y en sí mismos para introducir mejoras viene de muy lejos, pero las extraordinarias capacidades que la tecnociencia posee en la actualidad hacen que nos situemos en una época cualitativamente nueva (Beorlegui, 2019: 500). Los seres humanos hemos modificado activamente la naturaleza durante milenios, pero nunca antes estuvieron a nuestra disposición herramientas para rediseñar la naturaleza a la velocidad y profundidad que permiten las biotecnologías modernas (Riechmann, 2000: 56; y Aparisi Miralles, 2007: 67). Se ha transitado de una ciencia descriptiva de la vida hacia una ciencia activa en el "uso" de lo vivo, adquiriéndose el conocimiento ahora a través de la incisiva intervención en la vida misma (Aparisi Miralles, 2007: 68).

2. ¿Está preparado el derecho para afrontar estos cambios?

Como explica con gran acierto Rafael Junquera Estéfani, para algunos actores del actual cambio provocado por el avance de la ciencia, el derecho podría no mostrarse ya como el instrumento adecuado para orientar y limitar las actuaciones y manipulaciones genéticas, y ello se sostendría sobre la base de los siguientes argumentos: a) la rapidez de cambio de la tecnología convierte en obsoletas las leyes nada más promulgarse, lo que obliga a una constante revisión y modificación de estas; b) las actuaciones científicas no conocen fronteras, mientras que las leyes sí, lo que produce corrientes migratorias que buscan eludir el control normativo (el conocido en el lenguaje jurídico anglosajón como *forum shopping*); c) la legislación debe ser altamente técnica y provisional, y d) la mayor parte de los peligros que se describen carecen de realismo (Junquera Estéfani, 2003: 180). Sin embargo, el mismo autor afirma, a continuación, que tal pretensión no tiene verdadero fundamento, y ello aunque el reto pueda resultar muy difícil. Si el derecho tiene como misión regular las acciones que inciden en la vida social, también deberá cumplir dicha función en el ámbito científico (Junquera Estéfani, 2003: 180), más aún cuando estamos hablando de valores y derechos como la dignidad humana, la vida y la integridad, entre otros.

El reto, en todo caso, es complejo, no solo por la necesidad de adaptación constante a una realidad cambiante y por la dificultad de anticipar soluciones jurídicas para supuestos de hecho que siempre superan lo escrito en la norma, sino, sobre todo, porque los nuevos conflictos que surgen al amparo del avance de la biotecnología y, en concreto, de las técnicas de reproducción humana asistida y de la genómica y la genética son lo que el jurista Ronald Dworkin denominó "casos difíciles" —*hard cases*—, o "casos críticos" en palabras empleadas por algunos autores, como Gustavo Zagrebelski, en la medida que dichos casos no permiten habitualmente una solución ponderada del conflicto y deben necesariamente sacrificarse a tal fin uno de los derechos o valores enfren-

tados o en pugna. La elección supone, en dichos casos, un mal: el del bien que hay que sacrificar para salvaguardar uno de los dos en conflicto.

Para Ronald Dworkin un “caso difícil” era aquel en el que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo, entendido este como un sistema integrado por reglas, y que, por ubicarse fuera de la zona de certidumbre, no es solucionable desde el propio sistema normativo, por lo que el juez debe acudir a la argumentación, tomando como base para ello los principios. Se trataría, utilizando palabras de Alejandro Nieto, de abandonar la ley para centrarse en la bandera del derecho (Nieto y Fernández, 1998: 38), y ello porque, en la vida real, los problemas no se presentan como casos paradigmáticos, fácilmente subsumibles, sino que aparecen como problemas complejos y la única solución consiste en afrontar los casos individualmente (Vergara, 2015: 270). El caso *Evans contra el Reino Unido*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2007, es el ejemplo paradigmático de caso difícil. Los hechos versaban sobre una mujer que, habiendo sido diagnosticada de tumores precancerosos en ambos ovarios, decide criopreservar sus gametos fecundados con los de su marido por si en el futuro quisiera ser madre y no pudiera serlo naturalmente tras el tratamiento médico al que va a ser sometida. El marido acepta dicha criopreservación, pero pasados dos años la relación de ambos se rompe y este solicita que se destruyan los óvulos fertilizados al no querer ser el padre, a lo que ella se opone, ya que dichos óvulos son la única posibilidad para que ella sea madre biológica. El debate jurídico se planteaba entre el derecho de ella a ser madre y el derecho de él a no ser padre, y la dificultad radicaba en que no había una solución intermedia del caso, de manera que, reduciéndose proporcionalmente ambos, pervivieran los dos sin sacrificio de ninguno de ellos. Los propios jueces de la minoría del tribunal (Traja y Mijović) calificaron expresamente el caso de dilemático, adjetivo este que debe entenderse como referido a un conflicto o situación en el que debemos elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas.

El marco de certeza y previsibilidad en el que ha venido desarrollándose habitualmente la actividad jurídica tanto normativa, que desarrollan los poderes legislativo y ejecutivo, como jurisprudencial, que desarrollan los tribunales de justicia, parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la realidad. Como recuerda José Esteve Pardo, el sistema jurídico de la modernidad se edificó sobre seguridades, sobre certezas, sobre normas escritas y oficialmente publicadas a las que atenerse, sobre contratos inamovibles, sobre documentos y registros públicos, sobre declaraciones precisas de las Administraciones y los tribunales. La propia certeza que generaban las ciencias empíricas se transmitía de algún modo a un orden jurídico que se miraba en ese espejo y que, a su vez, ofrecía certezas bajo la forma de seguridad jurídica para generar seguridades y confianzas en el tráfico económico y comercial (Esteve Pardo, 2015: 36). La ley jurídica, como se hacía con las leyes científicas, era concebida como un proyecto de racionalización del orden político y social que pretendía diseñar una suerte de cartografía práctica capaz de garantizar la seguridad de las relaciones jurídicas y la igualdad formal de sus participantes (Prieto Sanchís, 2014: 30). Por ello, cuando la ciencia y sus leyes entran en la era de la incertidumbre, la ley jurídica no puede ser ajena a esa nueva realidad y pierde su ideal racional en favor de los principios.

El derecho ya no puede encontrar en la ciencia la certeza a la que aspira para regular con seguridad jurídica, ni la ciencia encuentra tampoco certidumbre en la regulación. La paradoja se expresa a través del temor a que, en un contexto de grandes incertidumbres, la respuesta del derecho

sea sustancialmente negativa a todo progreso, lo que impida, por ejemplo, luchar efectivamente contra muchas de las enfermedades y mejorar las condiciones de vida del ser humano, mientras que una respuesta sustancialmente positiva nos lleve hacia una transformación de la identidad y la naturaleza del propio ser humano. La relación entre ciencia y derecho no es necesariamente dilemática, de manera que haya que optar por una libertad absoluta o una prohibición tajante, sino que caben fórmulas equilibradas y ponderadas que traten de aunar los diferentes intereses y valores concurrentes. Sin embargo, los conflictos concretos que suele traer la ciencia al derecho sí se muestran ya en muchas ocasiones —como hemos explicado antes— como dilemáticos, puesto que la solución intermedia no es posible.

Uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo XX es una aguda “conciencia de la incertidumbre” en el propio Estado de Derecho (Martínez García, 2012: 105). Y tal es el peso de incertidumbre que hay en el propio derecho que la posibilidad de predecir con total certeza el resultado de los procedimientos jurídicos es vista incluso con sospecha. Un margen de incertidumbre es un indicador de que el sistema jurídico efectivamente funciona. La certeza absoluta solo existirá ya en las elecciones fraudulentas o en los pleitos amañados. Un derecho realmente operativo es fuente de incertidumbre (Martínez García, 2012: 108). Incluso, Gustavo Zagrebelsky afirma que no solo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable, ya que la certeza descargaría sobre el legislador una tarea de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de los tribunales y de los estudios de los juristas. El propio autor cita como ejemplo de su premisa la biotecnología, y señala que los interrogantes que surgen al amparo de dicho avance pueden encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, y no en las asambleas políticas, ámbito donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista (Zagrebelsky, 2009: 146-147).

Así pues, desde una perspectiva jurídica, los tiempos que vivimos responden a dos características: dificultad en la resolución de los conflictos entre derechos e intereses que se muestran como verdaderos dilemas, en los que no cabe una solución ponderada, e incertidumbre en las decisiones a adoptar. El objetivo en estos tiempos disruptivos, pues, no es tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar jurídicamente con la incertidumbre. El derecho insta certezas para afrontar la incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso, las certezas del derecho están en función de la incertidumbre. Son formas de tratar con la incertidumbre (Martínez García, 2012: 111).

Pese a tales dificultades, el derecho ha ido creando algunas herramientas que le permitan afrontar la incertidumbre. Estas “certezas jurídicas” no son verdades, son convenciones. No pertenecen al ámbito del conocimiento, sino de la acción. No pretenden describir la realidad, sino afrontar problemas. Son certezas operativas que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas. El derecho plantea, por tanto, una certeza sin verdad. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad. Estas certezas son invenciones, y en ese sentido ficciones (pero no irrealidades) que configuran la realidad. Lo que hace, en definitiva, el derecho es fingir certezas, y también presuponerlas, darlas por supuesto (Martínez García, 2012: 114). Y, entre ellas, destaca un nuevo principio, el principio de precaución que ya

se va incorporando a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor, como rasgos que lo aproximarían más a una regla. La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud de las personas a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo.

Dicho principio conecta en el plano social con el movimiento denominado *Slow Science* que, tomando como ejemplo el movimiento surgido en los años ochenta del *Slow Food*, promueve que los científicos, más allá del laboratorio o del ordenador, se tomen su tiempo para reflexionar sobre las grandes preguntas que plantea el incesante avance de la ciencia. En el manifiesto aprobado en Berlín en 2010 se proclama que la ciencia debe tomarse su tiempo, sin renunciar al flujo constante de publicaciones en revistas con revisión por pares y su impacto ni a la creciente especialización y diversificación en todas las disciplinas. Para los autores del Manifiesto, la ciencia necesita tiempo para pensar. La ciencia necesita tiempo para leer y tiempo para fallar. La ciencia no siempre lo sabe todo, por lo que se desarrolla de manera inestable, con movimientos bruscos y saltos impredecibles. Así, la sociedad debería dar a los científicos el tiempo que necesitan, pero, lo más importante, los científicos deben tomarse su tiempo para pensar (puede accederse a más información sobre dicho movimiento en <http://slow-science.org>).

El principio de precaución no se muestra como una mera herramienta que la ética y el derecho nos ofrecen para evitar los inciertos riesgos que pudieran derivarse de tales avances, sino como algo que va más allá, como un verdadero nuevo paradigma que, sin renunciar a las oportunidades que ofrece la ciencia, permita evaluar serenamente sus consecuencias para el ser humano y el entorno. La metáfora del modernismo y el progreso del cuanto más es mejor se transformaría en cuanto mejor es más.

El principio de precaución encuentra sus raíces más remotas en el pensamiento aristotélico cuando, en su *Moral a Nicómaco*, el sabio oriundo de Estagira señalaba que el rasgo distintivo del hombre prudente es el ser capaz de deliberar y de juzgar de una manera conveniente sobre las cosas que pueden ser buenas y útiles para él, no bajo conceptos particulares, como la salud y el vigor del cuerpo, sino las que deben contribuir en general a su virtud y a su felicidad, las cosas que pueden ser buenas para el hombre. El principio se traduce, en términos de Hans Jonas, en un *in dubio pro malo*, es decir, en caso de duda presta oídos al peor pronóstico antes que al mejor, porque las apuestas se han vuelto demasiado elevadas como para jugar (Informe de los Comités de Bioética de España y del Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida de Portugal, de 24 de octubre de 2011, sobre biología sintética).

Con la operatividad del principio no se aspira a lograr una certeza absoluta (la evidencia), sino una certeza suficiente. Nos conformamos con lo que está más allá de toda duda razonable. Lo que ahora se denomina razonable es una forma de acotar la incertidumbre (Martínez García, 2012: 111-112).

En todo caso, se trata de un principio de naturaleza fundamentalmente europea. Su desarrollo se ha producido en el marco de la Unión Europea, donde las instituciones han dotado a dicho principio de una enorme virtualidad jurídica frente a la incertidumbre del avance científico y de los riesgos para los individuos. Así, Jim Dratwa señala que el principio de precaución juega una muy importante función constitucional desde dos perspectivas: como un medio para legitimar la regulación que afecta a las vidas humanas —perspectiva biopolítica— y como un instrumento para legitimar a las instituciones de la Unión Europea sobre las de los Estados miembros —perspectiva supranacional— (Dratwa, 2011: 263).

El primer caso en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acude a dicho principio fue con ocasión de la llamada coloquialmente “crisis de las vacas locas”, y así, en su sentencia de 5 de mayo de 1998 (caso *National Farmers Union*), se señala que “en el momento en que se adoptó la Decisión, existía una gran incertidumbre en cuanto a los riesgos que suponían los animales vivos, la carne de vacuno o los productos derivados” y que, “cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

Este nuevo panorama provoca una alteración profunda de la operatividad del principio *pro libertate* que inspira nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el aforismo clásico de que se considera permitido lo que no está prohibido —*permissum id esse intellegitur, quod non prohibetur* o, en similares términos, *intellegitur consessum quod non est prohibitum*— ya no es la única máxima. El principio general de que todo lo no prohibido explícitamente está permitido parece no tener plena virtualidad. A este respecto, se cita como ejemplo paradigmático una sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Kassel (Alemania), de 6 de noviembre de 1989, relativa a la necesidad de obtener licencia para el desarrollo de actividades experimentales de manipulación genética, cuando no existía regulación alguna acerca de dichas técnicas. El Tribunal consideró que, dado que en la investigación de las materias innovadoras básicas —como la energía nuclear, la tecnología espacial, la biología y, en especial, la tecnología genética— nos movemos en otras dimensiones y en otros niveles cualitativos distintos, y dada la falta de seguridad de los resultados, debe esperarse a que el legislador decida acerca de la actividad, sin que esta pueda desarrollarse en el periodo de ausencia de regulación.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre. Y así el postulado en el que se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar la base de recursos naturales del daño grave y, en particular, irreversible que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra- e intergeneracional. Sin embargo, el principio pronto se ha extendido a muchos otros ámbitos más allá del medio ambiente, ya que la realidad que le sirve de fundamento, la incertidumbre, no solo se aprecia en la ciencia, sino que es un signo característico de nuestra época actual, afectando a todos los ámbitos de la realidad social —como la economía, en la que la incertidumbre ha visto adaptado su nombre al de volatilidad, expresión esta que ya se emplea, incluso, en el ámbito de la política—.

Un ejemplo de dicha “vis expansiva” del principio de precaución puede encontrarse en su evolución dentro del derecho de la Unión Europea. Y así, la Comisión (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000) señala que, si bien este principio no está definido en los Tratados, —que solo lo mencionan una vez para la protección del medio ambiente (véase, párrafo del actual art. 191 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, antiguo art. 174 del TCE, que habla literalmente del principio de cautela)—, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. Ello determina que el principio de precaución sea considerado desde hace pocas décadas un principio esencial de las políticas comunitarias.

El recurso a dicho principio, en palabras de la Comisión de la Unión Europea, presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible, y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica. De este modo, el recurso al principio se inscribe en el marco general del análisis de riesgo —que incluye, al margen de la evaluación del riesgo, la gestión del riesgo y la comunicación del riesgo— y, más concretamente, en el marco de la gestión del riesgo que corresponde a la fase de toma de decisiones. A su vez, los responsables de la decisión deben ser conscientes del grado de incertidumbre inherente al resultado de la evaluación de la información científica disponible, y ello no es una decisión científica, sino eminentemente política, lo que exige resolver dos cuestiones: en primer lugar, si se debe actuar o no y, en segundo lugar, si se ha decidido actuar, las medidas que se derivan de la aplicación del principio.

El principio de precaución se traduce en la práctica en el traslado de la carga de la prueba acerca del nivel de incertidumbre de los riesgos que pudieran derivarse de la concreta actividad que pretende desarrollarse. Y así, en virtud del principio, será el proponente de la actividad quien deba acreditar que concurre la certidumbre suficiente que permite excluir los riesgos. En esta línea, el Comité Nacional de Bioética de Italia, en su informe de 2001 sobre las consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de las biotecnologías, considera que en ausencia de la posibilidad de una evaluación objetiva del riesgo, la ausencia de prueba científica de una probabilidad de daño debe ser interpretada como una prueba a favor de la imposibilidad de excluirlo. Tal reflexión coincide con lo que dispone sobre la carga de la prueba la propia Comisión de la Unión Europea en su Comunicación de 2 de febrero de 2000, donde manifiesta que, si bien en la mayoría de los casos los consumidores europeos y las asociaciones que les representan deben demostrar el riesgo que entraña un procedimiento o un producto una vez comercializado, en el caso de una acción adoptada en virtud del principio de precaución puede exigirse que el productor, el fabricante o el importador demuestren la ausencia de peligro. Esta posibilidad debe examinarse en cada caso, por lo que no se puede ampliar de forma general a todos los productos y procesos de comercialización.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “*La investigación se desarro-*

llará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud". También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): "Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren". En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela, aunque se menciona en su expresión más común en el preámbulo: "La nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución".

Una de las principales críticas que ha recibido dicho principio es el de abrir un cauce hacia la arbitrariedad, y si bien el principio se ajusta a un específico procedimiento de evaluación y gestión que tiene como fin principal proteger los derechos de las personas, sí que genera un relevante margen de discreción en los poderes públicos. Podría, así, afirmarse que el principio de precaución tiene cierto carácter antinómico, ya que, habiéndose creado para combatir la incertidumbre, acaba en muchas ocasiones por producirla en cuanto a la decisión final.

Como nos recuerda el Comité de Tecnología y Ciencia (COMEST) de la UNESCO en su relevante Informe de 2005 sobre el principio de precaución, la aplicación del principio no se extiende a cualquier riesgo derivado del avance científico, sino que se limita a los peligros que resultan inaceptables. El COMEST considera que el daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o al medio ambiente que sea: una amenaza contra la salud o la vida humanas, o grave y efectivamente irreversible, o injusto para las generaciones presentes o futuras, o impuesto sin tener debidamente en cuenta los derechos humanos de los afectados. Además, las intervenciones deberán ser proporcionales al nivel de protección y a la magnitud del posible daño, ya que se reconoce que rara vez será posible reducir el riesgo a cero, al no poder considerarse la prohibición total una respuesta proporcional a un riesgo potencial. Es decir, la que antes hemos denominado postura reflexiva de la ciencia, pero no contraria a sus avances.

El COMEST considera que el recurso al principio de precaución no implica *per se* una visión negativa del progreso y la innovación, sino todo lo contrario, ya que recurrir más ampliamente al principio puede estimular tanto la innovación como la actividad científica, al reemplazar las tecnologías del siglo XIX y la ciencia elemental de la primera revolución industrial por las tecnologías limpias y la ciencia de los sistemas de una nueva revolución industrial. Ello contribuirá tal vez a lograr un mejor equilibrio entre las ventajas de las innovaciones y los riesgos que entrañan estos nuevos desarrollos. El principio de precaución fomenta el desarrollo de alternativas innovadoras a las tecnologías potencialmente peligrosas.

Para el COMEST es importante aclarar lo que el principio de precaución es y lo que no es para evitar que un incorrecto recurso a este provoque precisamente lo que el principio no persigue: *"Para evitar equívocos y confusiones, es útil extenderse sobre lo que el principio de precaución no es. El principio de precaución no se basa en 'riesgo cero' sino que apunta a lograr que haya menos riesgos o contingencias o que sean más aceptables. No obedece a la ansiedad o a la emoción, sino que constituye una norma de decisión racional, basada en la ética, y que se propone utilizar lo mejor de las 'ciencias de los sistemas' de procesos complejos para adoptar las decisiones más razonables.*

En definitiva, como cualquier otro principio, el principio de precaución en sí no es un algoritmo de decisión y por ende no puede garantizar la coherencia entre los casos. Al igual que en los asuntos que se ventilan ante los tribunales, cada caso será algo diferente, pues tendrá sus propios hechos, puntos de incertidumbre, circunstancias, y responsables de la adopción de decisiones existiendo siempre una cuota de subjetividad que no podrá eliminarse".

En los términos en los que el COMEST trata de aclarar el principio, este queda sujeto necesariamente al casuismo, sin perjuicio de que, al menos, deberán siempre concurrir unos requisitos para evitar un uso aleatorio o arbitrario del principio.

Un ejemplo paradigmático reciente de recurso al principio de precaución por parte de un tribunal de justicia, y concretamente en el ámbito de la tecnología de edición genómica CRISPR, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, en la que se considera que los organismos modificados con nuevas técnicas de edición genética como el CRISPR deben ser considerados transgénicos y, por tanto, están sujetos a las normativas que limitan su cultivo dentro de la Unión Europea. Las razones esgrimidas por el Tribunal hacían referencia a que las nuevas técnicas de edición genética consiguen efectos similares a los de la transgénesis y permiten crear variantes modificadas genéticamente a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria. Para el Tribunal, excluir estas nuevas técnicas de edición genética de la normativa sobre transgénicos minaría el objetivo declarado de esta norma de evitar efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente y vulneraría, por tanto, el principio de cautela que la directiva pretende aplicar. De ahí que la directiva sobre los organismos modificados genéticamente también se aplique a los organismos obtenidos mediante técnicas de mutagénesis aparecidas después de que fuera adoptada.

Como puede comprobarse, el razonamiento jurídico se fundamenta, sustancialmente, en el principio de precaución, aunque en este caso, al tratarse del ámbito alimentario, lo cite nominalmente como principio de cautela. Y a este respecto, recuérdese que, si bien la Comisión en su Comunicación de 2 de febrero de 2000 habla literalmente de principio de precaución y no de cautela, se trataría de dos conceptos jurídicos plenamente equiparables, aunque el segundo vendría a utilizarse habitualmente en el ámbito alimentario, mientras que el primero quedaría para el campo del medio ambiente o de la biotecnología aplicada al ser humano y no a los alimentos o animales.

Pues bien, siguiendo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre los organismos modificados con nuevas técnicas de edición genética, su apartado 53 señala, literalmente, que *"Como establece el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/18, corresponde a los Estados miembros garantizar, de conformidad con el principio de cautela, la adopción de todas las medidas adecuadas para evitar los efectos negativos en la salud humana y en el medio ambiente que pudieren resultar de la liberación intencional o de la comercialización de OMG. Esto implica, en particular, que dicha liberación intencional o comercialización solo pueda realizarse al término de los respectivos procedimientos de evaluación de los riesgos que son objeto de la parte B y de la parte C de esta Directiva ... [y] como se ha expuesto en el apartado 48 de la presente sentencia, los riesgos para el medio ambiente o la salud humana que entraña la utilización de tales técnicas o métodos nuevos de mutagénesis a los que se refiere el órgano jurisdiccional remitente podrían resultar similares a los derivados de la producción y de la difusión de OMG mediante transgénesis. De*

ello se desprende que interpretar la excepción que figura en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/18, en relación con el anexo I B, punto 1, de esta, en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva los organismos obtenidos mediante técnicas o métodos de mutagénesis, sin distinción alguna, comprometería el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva y vulneraría el principio de cautela con el que hay que aplicarla".

El principio de precaución y el marco de incertidumbre en el que cobra virtualidad exigen el desarrollo de nuevos mecanismos jurídicos no solo en el ámbito de la autorización de actividades, sino también en el previo de la regulación general de dichas actividades, entre las que adquiere una especial virtualidad la denominada evaluación *ex post* de las leyes. Puede incluso afirmarse que el principio de precaución debe ir necesariamente ligado, como garantía o instrumento jurídico para hacer frente al marco de incertidumbre que genera el avance de la ciencia, a la mencionada evaluación *ex post*. Esta es un complemento indispensable de aquel, y ello sobre la base del carácter en cierto modo provisional o sujeto a posible revisión que la aplicación a un caso concreto de aquel principio conlleva. Si el marco de la toma de decisión del legislador se produce en el contexto de la incertidumbre, ello determina no solo valorar, al tiempo de elaborarse y tramitarse la norma, cuáles pueden ser los riesgos y su impacto en la realidad a la que vendrá a afectar, sino también revisar *a posteriori* si dicha incertidumbre se mantiene o no y valorar también *ex post* qué efectos ha provocado la norma presidida por la falta de certeza. Si se ha apuntado que la evaluación del riesgo es la pieza clave del principio de precaución, resulta lógico concluir que las normas dictadas en el contexto de la incertidumbre deben ser evaluadas previa y posteriormente. No se trata, quizás, de plantearnos una nueva teoría de la decisión jurídica en la incertidumbre, sino posiblemente de desarrollar mecanismos de evaluación *ex post* de esas complejas decisiones normativas. Lo relevante no es tanto valorar las hipótesis de riesgo *ex ante*, es decir, previamente a que la norma haya entrado en vigor y haya producido efectos en la realidad social —lo que conlleva necesariamente la aplicación del principio de precaución—, sino evaluar precisamente las consecuencias reales de su aplicación. Su realidad es cambiante y volátil, el avance de la ciencia es continuo, la evaluación normativa no puede verse satisfecha con una mera valoración *a priori*, sino todo lo contrario, debe extenderla a los momentos posteriores a la entrada en vigor de la norma.

Así lo ha entendido la propia Comisión de la UE cuando señala que en caso de que se considere necesaria una acción o decisión en un contexto de incertidumbre, las medidas basadas en el principio de precaución deberán ser, entre otros aspectos, "*sujetas a revisión*", a la luz de los nuevos datos científicos. A este respecto, en la Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002, sobre el *Plan de acción "Simplificar y mejorar el marco regulador"* se recoge el compromiso de la Comisión de introducir, cuando se juzgue oportuno, una cláusula de reexamen, o incluso de revisión, en sus propuestas legislativas, en particular en aquellas sujetas a una rápida evolución tecnológica, a fin de garantizar la actualización y adaptación regulares de la legislación.

En todo caso, esta solución basada en la evaluación *ex post* que venimos defendiendo presenta también problemas, sobre todo, en la medida que las revisiones normativas causan también, *per se*, inseguridad jurídica y, por tanto, pueden afectar a las expectativas de los destinatarios de las normas. La propia Comisión, consciente de dicho problema, señala en la propuesta que acabamos de citar que, al proponerse una cláusula de reexamen, la Comisión tratará de preservar la seguri-

dad jurídica de los agentes interesados. En todo caso, siendo cierta esta objeción, no debe impedir reconocer que si un campo normativo está necesitado de evaluación *ex post* es precisamente el que conecta con el avance científico y tecnológico, aunque ello deba hacerse prudentemente. La expectativa del actor que opera en el campo de la ciencia o, incluso, el inversor es la del avance y, por ende, del cambio constante de las evidencias y del estado del arte, de manera que una evaluación *ex post* no introduciría mayor inseguridad que la propia que concurre en el citado ámbito de la realidad social.

3. Tomando los principios en serio frente a la disrupción y la consiguiente incertidumbre: el nuevo papel de los jueces y del derecho

Debemos recordar que nuestro derecho de corte positivista se ha construido sobre el paradigma contrario al que presenta la realidad que venimos describiendo, el de la certidumbre de las referencias que ofrecen las normas. Tal déficit puede paliarse, sin embargo, a través del desarrollo de los principios y del valor de la interpretación, cediendo las reglas su tradicional protagonismo.

Además, antes señalábamos que, junto con la incertidumbre, una de las características que presentan los tiempos que vivimos, desde una perspectiva jurídica, es el carácter dilemático de los conflictos entre derechos, de manera que no cabe recurrir al principio de la concordancia práctica, en virtud de la cual fuera posible la coexistencia de tales derechos en juego mediante su reducción proporcional. Y es el carácter dilemático el que dota al conflicto entre derechos de una singularidad en cuanto a su resolución. Al ser esta necesariamente trágica, dado que supondrá el sacrificio de uno de los derechos en pugna, requiere de la exploración y aplicación minuciosa de los diferentes valores que concurren en el caso concreto. La operatividad de las reglas en estos casos no es satisfactoria, por paradójico que resulte.

La regla ofrece una solución simple y basada en un presupuesto de hecho concreto y descrito previamente de manera precisa al caso real al que habría que aplicarla. Los casos fáciles pueden ser resueltos por la subsunción (Haydée Porto de Carvalho, 2019). El debate en los casos fáciles suele situarse más en la determinación de los hechos que en el derecho. Se discute ahí el significado jurídico de los hechos. Por el contrario, en los casos difíciles el debate se ciñe en torno a la interpretación jurídica, se discute el significado del derecho. Como afirma David Lyons, en los casos fáciles los fallos judiciales se justifican aplicando las normas. Pero para justificar la decisión en los casos, cada vez con más frecuencia, los jueces tienen que enfrentarse con casos para los que el sistema jurídico de referencia no provee reglas, o provee reglas contradictorias o reglas que no pueden considerarse justificadas de acuerdo con los principios y valores del sistema. Naturalmente, esto no quiere decir que en tales supuestos el juez pueda prescindir de las reglas, sino que tiene que llevar a cabo un proceso de deliberación práctica (de ponderación) para transformar ciertos principios en reglas (Atienza, 2016). A las reglas se las obedece y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen; a los principios, en cambio, se presta adhesión y, por ello, es importante comprender

el mundo de valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión (Zagrebelsky, 2009: 110).

Por el contrario, los supuestos de hecho que surgen al amparo del avance de las biotecnologías son complejos y, en gran medida, impredecibles, ya que el caso habitualmente supera la propia descripción normativa de un supuesto de hecho por parte del legislador. Y esta es la gran paradoja, que las reglas, siendo dilemáticas, no se ajustan a las necesidades de conflictos que igualmente lo son. En palabras de Gustavo Zagrebelsky, los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida (Zagrebelsky, 2009: 117), lo que, como venimos sosteniendo, ocurre en el marco de los conflictos y dilemas legales de la biomedicina y la biotecnología por las dificultades de ajustar la regla a la realidad del permanente avance científico.

Por ello, los nuevos casos difíciles que surgen al amparo del avance de la biotecnología exigen que el ordenamiento jurídico se dote no tanto de soluciones concretas y cerradas —es decir, de reglas, como es habitual— como de soluciones más abiertas, de principios, a saber, de herramientas jurídicas que se adaptan a casos complejos, impredecibles y con valores en juego extraordinariamente relevantes. Se trataría de normas de textura abierta —recurriendo a los términos empleados por H. L. A. Hart—, de manera que la legislación tendrá una naturaleza general e, independientemente de la facilidad con que se apliquen en la mayoría de los casos, resultarán indeterminados en algún momento en el que se cuestione su aplicación. Ni el legislador ni los tribunales pueden conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que puede traer el futuro, y esta situación lleva necesariamente a una relativa indeterminación. Hay, por tanto, áreas de conducta en las que muchos aspectos deben dejarse al desarrollo de los tribunales, dado que estos determinan, caso por caso y a la luz de las circunstancias, el equilibrio entre los intereses en conflicto (Hart, 2012; y Haydée Porto de Carvalho, 2019). Hay que optar, en palabras de Rafael Junquera Estéfani, no por abandonar el derecho en pos del avance científico, sino por técnicas legislativas más flexibles y ágiles que permitan que ciencia y normativa se acompasen (Junquera Estéfani, 2003: 180).

O como apunta Luciano Parejo Alfonso, tomando la dilatada reflexión de Hoffmann-Riem, el derecho debe superar el pensamiento monocromo y dicotómico, confirmarse en los conceptos abiertos y flexibles y desarrollar sistemas adaptativos de gobernanza y eficacia, y esa superación demanda del derecho una investigación reflexiva sobre su propia innovación, pero también sobre su idoneidad para lidiar con la innovación científica, evitando tanto la actitud reticente como la euforia innovativa (Parejo Alfonso, 2016: 158-159). El contexto actual exige un derecho abierto y, así, en lugares estratégicos interviene una incertidumbre interna que no es un accidente sobrevenido, sino un elemento constitutivo del Estado de Derecho. El derecho solo puede operar y regularse con un margen de incertidumbre, de otro modo se bloquearía. Pero, obviamente, los principios solo entrarían en juego en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales cuando estos tienen que hacer frente a “casos difíciles”, pues en los “casos fáciles” las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Los principios complican los casos fáciles y facilitan la resolución de los casos difíciles (Vidal Gil, 2018: 30).

Las reglas, con las que tradicionalmente ha operado el derecho por razones de seguridad jurídica, se muestran ya como obsoletas o, al menos, como insuficientes para la resolución de los conflic-

tos. La especificidad y concreción de la regla frente al principio parece hacerla ya poco útil en la resolución de lo que es difícilmente previsible y cuya casuística supera con creces la capacidad de previsión o de anticipación normativa del legislador. El legislador puede construir soluciones jurídicas cerradas, pero la riqueza de los casos y de las nuevas realidades que van surgiendo al amparo del avance biotecnológico hace que dichas reglas queden obsoletas o no encuentren fácil encaje para un supuesto previsto muy distinto de aquel al que hay que aplicarlas. Como escribiera Roscoe Pound hace casi un siglo, el derecho debe ser estable y, sin embargo, no puede quedarse quieto, no puede permanecer inalterable, pues debe reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y transformación (Pound, 1950: 5).

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho referencia, *obiter dicta*, a esta consustancial inestabilidad normativa que se deriva del avance de la biotecnología y que exige una revisión permanente de la regulación en el caso *S. H. y Otros contra Austria*, en 2011, y ha señalado que *"el parlamento austríaco no ha realizado, hasta ahora, una evaluación exhaustiva de las normas que rigen la procreación artificial, teniendo en cuenta los desarrollos dinámicos en la ciencia y la sociedad ... Incluso, aunque no se aprecie una violación del Artículo 8 en el presente caso, la Corte considera que esta área, en la que la ley parece estar en continua evolución y que está sujeta a un desarrollo científico particularmente dinámico, el Derecho debe ser revisado por los Estados contratantes"* (págs. 117-118) (Casonato, 2017: 92).

Como recuerda Margarita Beladiez, los principios se caracterizan por ser un tipo de prescripción jurídica con una estructura peculiar distinta de las reglas, ya que no son una proposición jurídica (supuesto de hecho + consecuencia jurídica). Su mandato jurídico se traduce en la imposición de un deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran, no un mandato positivo que obliga, bajo la amenaza de la consecuencia jurídica, a actuar de determinada manera (Beladiez Rojo, 2010: 112). Los principios son un tipo específico de reglas caracterizados por su fundamentalidad, por su vaguedad y por su generalidad que contienen los imperativos de equidad y justicia que definen la moral positiva e impulsan la moral crítica. Cumplen la doble función de legalizar la moral y de moralizar el derecho (Vidal Gil, 2016: 88), y pueden expresar una mayor o menor fórmula de abstracción, como principios en sentido estricto o directrices (Prieto Sanchís, 2014: 37).

Si la ciencia genera incertidumbre, ¿debe también generarla el derecho? ¿Puede lucharse frente a la incertidumbre científica con la incertidumbre jurídica que suponen los principios?, ¿no es un oxímoron? En todo caso, no se trataría de la incertidumbre asentada en el derecho, sino de la certidumbre basada en el principio y no tanto en la regla. La incertidumbre no se reduce ahora con certezas, sino con incertidumbres de otro tipo: una incertidumbre se reduce con otra. Se pasa así de una incertidumbre indeterminada a una incertidumbre determinada, es decir, parcialmente acotada, fijada, definida y estructurada en cierto modo. Las certezas dan forma a la incertidumbre. No la suprimen. Son modos de resistencia a la incertidumbre. Las certezas del derecho se mantienen como tales en la medida en que son capaces de procesar y absorber incertidumbre. No se afirman por su verdad intrínseca, sino por sus efectos. No pueden concebirse como premisas indiscutibles, como axiomas que se desentienden de sus consecuencias (Martínez García, 2012: 112).

Por ello, se ha afirmado también que mediante este recurso a los principios como herramienta de solución de los casos que se plantean ante el avance de la biotecnología el derecho se aproxima

a la bioética. En palabras de Ernesto J. Vidal Gil, a través del valor que cobran los principios para la resolución de los conflictos en el sistema jurídico se produce la conexión del derecho y la bioética. El derecho acude ahora a la fórmula tradicional de resolución bioética de los casos difíciles, y no porque se haya producido una positivización o juridificación de la ética de las ciencias de la salud, sino porque los principios se presentan ahora como los únicos instrumentos que permiten alcanzar una solución mínimamente satisfactoria en los casos difíciles. Y si la bioética ha superado los métodos tradicionales de la deducción, de la subsunción o de la inducción del caso, también el derecho va más allá del formalismo y del decisionismo. La deliberación exige una actitud formal pero no formalista, real pero no realista, normativa pero no normativista, y principal pero no principalista. Frente a los extremos del noble sueño y de la pesadilla, la vigilia guarda los límites del derecho (Vidal Gil, 2018: 37). Y así, podemos añadir que si Toulmin acuñó hace ya unos años la frase de que la medicina le ha salvado la vida a la ética (Toulmin, 1982: 736-750; y González R. Arnáiz, 2016: 26), podemos afirmar ahora que esta o, más concretamente, la bioética le puede salvar la vida al derecho librándole de la tiranía reduccionista de las reglas en el marco de la incertidumbre biotecnológica. Se trataría de una aproximación entre derecho y bioética no material, sino metodológica (Atienza, 1998: 83).

Esta opción por los principios plantea un problema sustancial en el orden jurídico: el principio de flexibilidad del derecho se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica (Martínez García, 2012: 106). Y siendo la seguridad una de las exigencias del derecho, cómo podemos garantizarla cuando la solución es abierta y no cerrada. En todo caso, es la idea sustantiva del derecho lo que determina su método y no lo contrario (García de Enterría, 1963: 190). Por ello, no podemos seguir sosteniendo un método en derecho que no responda a los fines de justicia que él mismo ha de postular necesariamente. Precisamente el positivismo que presidió nuestros sistemas jurídicos un siglo atrás, por influencia del modelo asentado por los revolucionarios franceses que vieron en la ley, y por tanto en la regla, el mecanismo más acertado para someter al poder del que desconfiaba, el poder de los tribunales (la denominada "mística de la ley"), fue objetado por no servir verdaderamente al valor sin el cual el derecho no es siquiera concebible, la justicia (García de Enterría, 2000: 31-45).

No obstante, este viraje del derecho y del ordenamiento jurídico hacia los principios no es una novedad ni se incardina indispensablemente en el ingente avance de la ciencia. De hecho, el cambio de rumbo se produjo antes, tanto como reacción al extremo iuspositivismo que presidió el derecho en la primera mitad del siglo XX —el nuevo constitucionalismo que se inaugura tras la Segunda Guerra Mundial se basa ya en principios y no solo en reglas, dotándose, además, en la Europa occidental de un garante de la interpretación del texto abierto, un nuevo poder distinto de los tres clásicos, el Tribunal Constitucional— como por la necesidad, como anticipábamos antes, de que el derecho sirviera a su principal fin, la justicia, como reconocimiento de una realidad: la extrema complejidad de la nueva realidad social y de los conflictos derivados de ella. Como nos recuerda Luis Prieto Sanchís partiendo de Ferrajoli, el constitucionalismo que se inaugura en la segunda mitad del siglo XX corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico (Prieto Sanchís, 2009: 23-25). Así, la omnipotencia del legislador que se observa en un primer momento se transforma en un principio de legalidad sustancial, en el que los valores ocupan una posición estelar.

Para Eduardo García de Enterría la ruptura con el positivismo de la primera mitad del siglo XX se produce por dos hechos: la consagración jurisprudencial de los principios generales del derecho, y no solo como fuente subsidiaria, sino también como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico en bloque, con espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —a la que añadiríamos nosotros también la propia labor que en la consagración de los principios ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos y libertades—; y la instauración de la justicia constitucional que pone claramente en duda el dogma basilar de la superioridad irresistible y absoluta de la ley y la correlativa prohibición de indagar en el proceso aplicativo sobre las razones de sus reglas. El proceso aplicativo del derecho deja de entenderse como una operación mecánica y se convierte en algo necesariamente axiológico (García de Enterría, 2000: 47-49) desde el momento que la justicia constitucional deberá llevar a cabo su valor recurriendo a los principios y valores consagrados en la Constitución.

Curiosamente, esta transformación del derecho por exigencias del avance de la ciencia y de la tecnología es la que precisamente puede salvar y dotar de singularidad y especificidad la labor del jurista y del profesional del derecho frente a la digitalización y la robotización. ¿Puede la máquina subsumir? Claramente sí, a través de unos precisos y gruesos algoritmos que permitan interpretar los hechos de acuerdo con la regla escrita. Sin embargo, ¿cuando hablamos de principios, es ya tan sencilla la operación? La máquina puede ofrecer seguridad jurídica, pero justicia no creemos que tanto. Y no es que el derecho acuda a los principios para librarse de la automatización de la labor de sus actores, sino que precisamente son los difíciles retos que plantea la tecnología los que le exigen dicho cambio posiblemente salvador.

Y como nos advertía Eduardo García de Enterría muy tempranamente, en los inicios de los años sesenta, se advierte ya que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. Y esta constatación va a motivar un artificioso esfuerzo para apuntalar la teoría básica que sostenía que las lagunas de la ley se integraban mediante un proceso deductivo operado inmanentemente a partir de las propias leyes positivas —mediante la llamada expansión lógica de las normas singulares— sin acudir a ningún principio transcendente de justicia material, y ello con objeto de no romper la unidad y homogeneidad del sistema (García de Enterría, 1963: 191). La concentración del derecho en la ley, con total eliminación de cualquier otra fuente de creación de reglas jurídicas, aunque buscada como un desiderátum de máximos en los mejores tiempos de la creencia positivista tanto en la capacidad ordenadora de la ley como en la falta de legitimidad de cualquier otra razón jurídica externa a ella, quizás no tuvo nunca una plasmación completa en la práctica. La ley, aun en la hipótesis de una codificación bien sedimentada y completa de las reglas aplicables a un sector o materia determinados, siempre deja anchos espacios vacíos de normas y es incapaz de prever por adelantado todos los problemas que sus propias regulaciones plantearán en el futuro (Muñoz Machado, 2011: 738). Son los principios los que permiten todo el proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y sin cuya incesante movilidad no tendrían la norma y el derecho explicación posible. Sin ellos, el derecho sería, en rigor, una expresión de arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso, en su momento, desalojar (García de Enterría, 1963: 192-193).

Hablar, por tanto, de un nuevo sometimiento del juez a la ley, como si eso pudiese tener un sentido unívoco y preciso, no es ya posible desde el momento en que nos consta que la interpretación

de la ley más simple no es posible abordarla sin principios generales, y que el precepto que ella proclama variará necesariamente de sentido, como solo los principios aclararán, con la alteración general y la evolución del ordenamiento, si no ya con la aparición de nuevas situaciones sociales no contempladas por el legislador (García de Enterría, 1963: 211-212).

Puede afirmarse, por tanto, que la respuesta del derecho al avance de la ciencia es precisamente —al contrario de lo que ocurriera en la primera mitad del siglo XX cuando el derecho pretendió aproximarse al propio método y discurso científico— apartarse de ella en su construcción y aplicación. El cientifismo se equilibra jurídicamente con los valores, y la incertidumbre del avance de la ciencia se afronta con la menor certidumbre jurídica de los principios. El derecho basado en principios sería la respuesta más humana a la ideología transhumanista y poshumanista. La presencia de tan solo reglas en el ordenamiento permitiría pensar en la “maquinización” de la aplicación del derecho. Sin embargo, la presencia de principios junto con las reglas hace que tal posibilidad sea absolutamente inviable (Zagrebelsky, 2009: 111). Pero, eso sí, logrando la mínima certidumbre que exige la seguridad jurídica a través de la positivización de los principios. No asistimos realmente a la crucifixión del positivismo, sino a la positivización del iusnaturalismo (Aragón Reyes, 2013: 23).

Y es ese protagonismo de los principios, y por tanto de la argumentación e interpretación, el que precisamente salvará al derecho, al jurista, de la automatización, de verse meramente sustituido por la máquina, el robot, que fácilmente puede ocupar una mera tarea de subsunción de la norma escrita. Es decir, el cambio que el momento disruptivo y de incertidumbre que vivimos exige del derecho —su formulación mediante unas respuestas más inciertas, más abiertas y flexibles a través de los principios, puesto que la certeza de las reglas no es ya posible— es paradójicamente el que puede salvar al derecho y a sus operadores de los riesgos de caer bajo el poder de la máquina. El jurista debe ser ya no un mero aplicador, subsumidor, sino un intérprete de una norma más compleja en su aplicación que una mera regla.

A los efectos de nuestro debate, resulta de interés la distinción entre dos modelos de legislación, el modelo de derecho como símbolo (en lengua inglesa, *Law as symbol* —LAS—) y el modelo de derecho como instrumento (*Law as instrument* —LAI—). El primer modelo es definido como aquel en el que el derecho, y, por ende, la norma, es un símbolo que, en cuanto tal, permite varias interpretaciones y que no tiene necesariamente un significado fijo, es decir, una interpretación original ni última. La norma continúa evolucionando a través del tiempo, siendo expresión de valores que son ampliamente compartidos por los miembros de la comunidad. La legislación sería, por tanto, expresión de valores, normas aspiracionales que reflejan valores morales generalmente compartidos y defendidos por la comunidad (Van Klink, 2019: 178-179).

En el modelo LAS, a diferencia del modelo LAI, la norma requiere de la interpretación. El derecho consistiría en cláusulas generales que deben interpretarse. Los órganos legislativos ni podrían ni pretenderían determinar lo que significa la norma, de modo que esta cobraría verdadero significado a través de su aplicación a los casos concretos (Van Klink, 2019: 180).

El modelo LAS no podría generalizarse, sino únicamente utilizarse en las materias que pudieran caracterizarse como especialmente complejas y sensibles desde una perspectiva ética y en las que

la incertidumbre estuviera presente (Van Klink, 2019: 183-185). Y así, el propio autor de la propuesta cita como ejemplo la biotecnología (Van Klink, 2019: 197).

El protagonismo de los principios tiene su impacto también en la propia división del poder, en la parte orgánica del ordenamiento jurídico, ya que supone que el poder judicial debe ocupar un papel estelar, como último intérprete de la solución jurídica al conflicto. El optar por cláusulas generales, dotadas de flexibilidad, en lugar de por cláusulas cerradas (reglas) afecta directamente al sujeto que ha de adoptar la decisión. Y, así, en el caso de las reglas, será el legislador el que tome la iniciativa, mientras que en el segundo será el juez el llamado a desempeñar la función esencial en el sistema (Lucas Murillo de la Cueva, 2004: 90). El dogma de la posición del juez como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, como *être inánime*, en la clásica expresión de Montesquieu, es abandonado y, con ello, quizá el punto clave al que pretendía conducir toda la construcción positivista (García de Enterría, 1963: 193). El ideal asentado tras la Revolución francesa, en virtud del cual el juez es la mera boca de la ley y debe ser borrado de nuestra lengua el término jurisprudencia —tal y como proclamara Robespierre en 1790 ante la Asamblea Constituyente—, ha perdido su vigencia. La ley será nuevamente más un género filosófico que una técnica jurídica en los términos empleados por Carbonnier (García de Enterría, 1999: 18). La pretensión de reducir el derecho a un conjunto cerrado y sistemático de normas positivas y su exclusión de toda referencia al valor material de la justicia no es ya posible ni admisible.

Así pues, los cambios en la forma de interpretar la ley, que es lo que a la postre venimos planteando, conlleva no solo el cómo ha de ser interpretada, sino también quién ha de interpretarla. Dentro de esta pregunta se encuentra la respuesta no solo a un problema hermenéutico, sino más allá, a un verdadero problema de índole jurídico-político: el determinar en manos de quién está la última palabra en el sistema de poderes que configura el orden constitucional. El cómo y el quién van indisolublemente de la mano. Ambos problemas están perfectamente interrelacionados, dado que las propias singularidades de la interpretación de la norma van a provocar que el intérprete ostente necesariamente un campo más o menos amplio de interpretación. Las propias características del objeto y la manera de la interpretación provocan la amplitud de los poderes del intérprete.

A mayor número de principios, mayor facultad hermenéutica en manos del intérprete. Sin embargo, la extensiva proclamación de principios en el texto normativo no solo provoca una mayor capacidad interpretativa del poder judicial, el contramayoritario, sino también una mayor efectividad del principio de interpretación conforme. Si los principios son candidatos a diferentes interpretaciones —a diferencia de las reglas, que marcan una pauta de conducta y una consecuencia jurídica a cada supuesto de hecho—, también limitan, al mismo tiempo, la capacidad anulatoria del poder contramayoritario. A este respecto, si el legislador vulnera una regla contenida en la Constitución (véase que la mayoría de edad se sitúa en los dieciocho años, lo que restringe los derechos políticos de aquellos que no hubieran alcanzado los veintiún años), resulta evidente que todo el poder de control y anulación de dicha norma legislativa está en manos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando el objeto de discusión no es ya la regla, sino un principio, resulta evidente que la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad, en su caso, pasa necesariamente por una evidente contradicción en los fines que claramente persigue el principio por parte del legislador. De esta manera, el activismo judicial quedaría paradójicamente limitado por los principios, ya que estos dan también mayor margen de decisión al propio legislador. El legisla-

dor será libre de interpretar y desarrollar los principios, y su labor será declarada no conforme al ordenamiento solamente en aquellos casos en los que exista una evidente contradicción entre el principio y su decisión. El margen de maniobrabilidad que el poder contramayoritario ostenta respecto de los principios es mayor que respecto de las reglas, pero también lo es, del mismo modo, para el legislador, de manera que una correcta división y articulación de los poderes impedirá que el poder judicial, recurriendo al margen que le permiten los principios, se exceda en su labor. La propia presencia de principios autolimita los excesos.

Los principios operarían, siguiendo la inquietud expresada por Santiago Muñoz Machado sobre el nuevo papel de los tribunales, como criterio de ordenación de la facultad de estos de conformar la legalidad y evitar que el sistema jurídico se dirija hacia el caos, poniendo en riesgo los valores de seguridad y certeza (Muñoz Machado, 2011: 818).

En todo caso, no se trata de sacrificar la seguridad jurídica en beneficio de la justicia o de la equidad, es decir, de la decisión socialmente aceptable en el marco del debate clásico entre seguridad y justicia, sino de desarrollar una seguridad jurídica asentada en los principios, más allá de las reglas. Y ello no por el superior valor de la justicia en sí, sino por la imposibilidad de la operatividad de las reglas ante la incertidumbre y la casuística a la que da lugar el desarrollo biotecnológico. En palabras de Luis Prieto Sanchís, que el juez adquiera más poder no significa que ese poder suplementario sea arbitrario ni deba abandonarse a una reflexión puramente personal. Al contrario, el juez queda sometido más de lo que ya estuviera bajo una perspectiva legalista, porque no solo deberá ya obediencia a las normas jurídico-positivas, sino a las exigencias morales de la razón práctica. Se le exigirá más actividad, pero no activismo (Prieto Sanchís, 2014: 88-89).

En una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en la obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez necesariamente se realza. Pero este realzamiento de su papel no puede llevarle nunca a una independencia respecto de la ley. Le lleva, por fuerza, a un uso más apurado y refinado de los principios generales del derecho. La vinculación del juez a la ley no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema jurídico como el aceite que facilita su funcionamiento y como una alternativa o una excepción o ruptura de dicho sistema (García de Enterría, 1997: 92-93). Como manifiesta Manuel Aragón Reyes, si bien es cierto que en los "casos difíciles" el intérprete de la Constitución puede encontrarse en una situación próxima a la discrecionalidad, aun en esos casos su interpretación ha de ser jurídica, esto es, basarse en razones jurídicas y no políticas o morales (Aragón Reyes, 2013, pág. 23). La función del juez, pues, no es creadora en sentido estricto, sino garantizadora, ya que "dice" el derecho, pero no lo crea libremente, *ex novo*. Cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, el juez habrá de acudir a los principios, pero tales principios ha de extraerlos del propio derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas (Aragón Reyes, 1986: 126). No se trata de proclamar la libre creación judicial del derecho, ni la rebelión del juez contra la ley, ni de optar por una interpretación ilimitada de la norma. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino solo su capacidad para expresar las normas que la sociedad democráticamente se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurarlos y afinar su alcance (García de Enterría, 2000: 49-52).

Los jueces no son ahora los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia (Zagrebelsky, 2009: 153). Porque, en palabras de Robert Alexy, si el juez estuviera exclusivamente vinculado por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico-positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, los principios ofrecen otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Las decisiones jurídicas son respuestas a cuestiones prácticas y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición (Alexy, 2016: 19-20).

En este marco, la confianza en los jueces no deriva ya de una posición elitista, sino de la mera necesidad, de la dificultad de hacerlo de otra manera. El juez quedará —como garantía de la seguridad jurídica— sujeto por los principios y por la exigencia de la argumentación, de acuerdo con unos estándares preestablecidos, como, por ejemplo, ocurre con el principio de proporcionalidad. Estaremos, una vez más, ante una legitimidad, la del juez, que se fundamenta no en el principio democrático, sino en la argumentación y motivación de las decisiones. La racionalidad jurídica de su trabajo lo legitima, y se expresa sustancialmente a través de la motivación, es decir, indicando las razones objetivas, los motivos de justificación, no susceptibles de reducirse al mero hecho del conocimiento afectivo. El juez no actuará *extra legem*, pero sí *intra principia*. Lo relevante no es que el juez pueda interpretar la norma, sino que lo haga a partir del mismo método de interpretación preestablecido y de los principios consagrados normativamente.

Como señalara García de Enterría hace ya casi sesenta años, la superioridad del derecho romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo, justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de Licurgo, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta (García de Enterría, 1963: 202).

En definitiva, todo este cambio en el derecho, no nuevo, pero que recobra nuevo brío por el avance de la biotecnología, nos obliga a hacer una importante reflexión: ¿Están los jueces preparados para asumir esta posición que les toca ocupar en el sistema jurídico y político? ¿Disponen de suficientes conocimientos más allá de los estrictamente jurídicos, especialmente en el ámbito de la bioética? Porque si, como hemos defendido, el derecho se aproxima inexorablemente a la bioética en su metodología y forma de resolución de los nuevos y emergentes conflictos, ello no supone sustituir al operador jurídico tradicional, los jueces, por una suerte de órganos bioéticos, como serían los existentes comités de ética y bioética, sino que aquel, pudiendo contar con el apoyo y orientación de estos —como de hecho está ya ocurriendo—, disponga de los suficientes conocimientos jurídicos y bioéticos para asumir el nuevo papel que inexorablemente le ha tocado asumir en la disrupción e incertidumbre.

El propio Gustavo Zagrebelsky, en su defensa del importante papel que deben desempeñar ahora los jueces en el marco de un sistema jurídico en el que los principios son ya instrumentos indispensables de este, destaca la transcendencia de contar con jueces no solo bien reclutados y responsables, sino formados en un nuevo panorama que exige una transformación del poder judicial y una superación del modelo anacrónico en el que los jueces siguen viéndose como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos en cuanto tales, pero alejados de las expectativas que la sociedad necesita poner en ellos (Zagrebelsky, 2009: 149-150).

Por último, este papel estelar que le corresponde ocupar al poder judicial al amparo de un sistema jurídico presidido por los principios no supone renunciar ni a las reglas ni al propio principio democrático en beneficio de la mera argumentación jurídica. No pretendemos convertirnos en unos adalides más de la que Juan Alfonso Santamaría Pastor denominó, muy gráficamente, "auténtica orgía principialista", en la que, según él, llevamos conviviendo más de dos décadas (ahora casi ya tres); principialismo sistemático y despechado que está generando un serio deterioro del rigor exigible al razonamiento jurídico y un paralelo descrédito del trabajo de los juristas, que cada vez es más difícil distinguir de la arbitrariedad de las propuestas políticas (Santamaría Pastor, 2010: 45-46). Se trataría, por el contrario, de cobrar consciencia de los profundos cambios que se están produciendo en los entornos del derecho y saber dotar a este de las herramientas necesarias. Y así, los principios no se muestran como una verdad ontológica del ordenamiento jurídico frente a la regla, sino como una necesidad ya poco discutible.

En todo caso, cabría también desarrollar un modelo que, además del citado papel que han de ostentar ineludiblemente los jueces, se dote de mecanismos y procedimientos de consulta y participación ciudadana, no tanto para fijar en concreto las reglas, sino los valores y principios, y también de órganos colegiados expertos que participen ofreciendo argumentos para la toma de decisiones y la interpretación de los principios por parte de los tribunales. Se trataría de un modelo de participación en el que los principios y la argumentación cobrarían también protagonismo.

Y si empezáramos nuestro artículo con una frase de Woody Allen, lo terminamos con dos ideas procedentes de una filósofa y un jurista, respectivamente. La primera, Lydia Feito, hace ya veinte años, concluía su trabajo sobre la terapia génica con las siguientes palabras que aún mantienen, creemos, plena vigencia: *"sumidos en los interrogantes de la circunstancia actual, solo caben dos modos posibles para seguir siendo humanos que han de caminar unidos y simultáneamente: la solidaridad, para que el mundo sea habitable en mutua convivencia, y el pensamiento, la reflexión, para que la acción no quede huérfana y desarraigada. Ambas tareas deben ser desempeñadas desde la esperanza, porque el pensar ético [y legal, añadiríamos nosotros], para serlo, ha de ser pensamiento esperanzado"* (Feito, 1999: 477). El segundo, el jurista Felix Frankfurter, hace unas décadas, decía sobre el derecho que, pese a que la razón del derecho pueda ser frágil y a que el derecho es una pobre expresión de la razón institucionalizada, es lo único que nos protege de la tiranía de la voluntad desnuda y de la crueldad de nuestros sentimientos cuando no les ponemos freno (Menéndez y Eriksen, 2010: 11).

Bibliografía

- AGAR, N. (2010). *Humanity's end. Why we should reject radical enhancement*. Cambridge MA: MIT Press.
- AGAR, N. (2014). *Truly human enhancement. A philosophical defense of limits*. Cambridge MA: MIT Press.
- ALEXY, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- ALEXY, R. (2011). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, pp. 17-34.
- ALEXY, R. (2016). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares (3.ª ed.).
- APARISI MIRALLES, A. (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (reflexiones desde la filosofía del derecho). *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, pp. 63-84.
- ARAGÓN REYES, M. (1986). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 85-136.
- ARAGÓN REYES, M. (2009). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC, (2.ª ed.).
- ARAGÓN REYES, M. (2013). Dos problemas falsos y uno verdadero: «neoconstitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitución. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29, pp. 3-25.
- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid: Dykinson.
- ATIENZA, M. (1998). Juridificar la bioética. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 8, pp. 75-99.
- ATIENZA, M. (2016). Argumentación jurídica y estado constitucional, *Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga, RIUMA*, 16 de mayo de 2016.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, pp. 101-120.
- BAUMAN, Z. (2017). *Retrotopía*. Barcelona: Paidós.
- BECK, U. (2006). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós.
- BELADIEZ ROJO, M. (2010). *Los principios jurídicos*. Madrid: Civitas.
- BELLVER CAPELLA, V. (2006). *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y derecho*. Granada: Comares.

- BEORLEGUI, C. (2019). *Humanos. Entre lo prehumano y lo pos- o transhumano*. Madrid: Sal Terrae-Universidad Pontificia Comillas.
- BERNAL PULIDO, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOSTROM, N. y SAVULESCU, J. (2017). *Mejoramiento humano*. Madrid: Teell.
- CASONATO, C. (2017). 21st Century BioLaw: a proposal. *Rivista di BioDiritto*, 1, pp. 81-95.
- COMISIÓN MUNDIAL DE ÉTICA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO (COMEST, UNESCO) (2005). *Informe del grupo de expertos sobre el principio precautorio*. París, 25 de marzo de 2005.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA Y CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA DE PORTUGAL (2011). *Informe conjunto sobre la biología sintética*. Lisboa-Barcelona, 24 de octubre de 2011.
- DIEGUEZ, A. (2017). *Transhumanismo. La búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*. Barcelona: Herder.
- DRATWA, J. (2011). Representing Europe with the precautionary principle. En S. JASANOFF (ed.), *Reframing rights. Bioconstitutionalism in the genetic age*. Cambridge MA: MIT Press, pp. 263-286.
- DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- DWORKIN, R. (2012). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, R. (2014). *Justicia para erizos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- ESCOBAR ROCA, G. y GARCÍA MANRIQUE, R. (2019). *Argumentación e investigación en derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2015). Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público. En M. M. DARNACUTELLA I GARDELLA, J. ESTEVE PARDO y I. S. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, pp. 33-46.
- FEITO, L. (1999). *El sueño de lo posible. Bioética y terapia génica*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1997). *De la arbitrariedad a la Administración*. Madrid: Civitas.
- FERRERES COMELLA, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.

- FERRY, L. (2017). *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*. Madrid: Alianza Editorial.
- FLETCHER J. (1971). Ethical aspects of genetic controls: Designed genetic changes in man. *New England Journal of Medicine*, vol. 285, 14, pp. 776-783.
- FOUCAULT, M. (2016). *Nacimiento de la biopolítica*. Madrid: Akal.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1963). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo. *RAP*, 40, pp. 189-222.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (2000). *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ R. ARNAIZ, G. (2016). *Bioética: un nuevo paradigma. De ética aplicada a ética de la vida digna*. Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, J. (2017). *Bíos. El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- HABERMAS, J. (2017). *Ciencia y técnica como ideología*. Madrid: Tecnos.
- HABERMAS, J. (2018). *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós.
- HAN, B.-C. (2017). *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- HART, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HAYDÉE PORTO DE CARVALHO, M. (2019). Casos difíciles e interpretación constitucional. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 31, enero-junio.
- HEIDEGGER, M. (2013). *Carta sobre el humanismo*. Madrid: Alianza Editorial.
- HESSE, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC.
- JASANOFF, S. (ed.) (2011). *Reframing rights. Bioconstitutionalism in the genetic age*. Cambridge MA: MIT Press.
- JONAS, H. (1997). *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós.
- JONAS, H. (2000). *El principio vida. Hacia una biología física*. Madrid: Trotta.

- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. (2003). Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 20, pp. 165-188.
- KURZWEIL, R. (2012). *La Singularidad está cerca. Cuando los humanos transcendamos la biología*. Berlín: Lola Books.
- LIPOVETSKY, G. (2012). *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2004). Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, 109, pp. 71-110.
- LUNA SERRANO, A. (2015). *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- LYONS, D. (1986). *Ética y derecho*. Barcelona: Ariel.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. (2012). Derecho e incertidumbre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 97-118.
- MENÉNDEZ, A. J. y ERIKSEN, E. O. (eds.) (2010). *La argumentación y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- MORENTE PARRA, V. (2014). *Nuevos retos biotecnológicos para los derechos fundamentales*. Granada: Comares.
- MOUNK, Y. (2017). *The age of Responsibility. Luck, choice, and the Welfare State*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*. Madrid: lustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2016). Regulación y confianza legítima. *RAP*, 200, pp. 141-172.
- NIETO, A. (1983). Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional. *RAP*, 100-102, pp. 371-415.
- NIETO, A. (2019). *Una introducción al Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R. (1998). *El Derecho y el revés: Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*. Barcelona: Ariel.
- PALAZZANI, L. (2002). *Introduzione alla biogiuridica*. Turín: G. Giappichelli.
- PAREJO ALFONSO, L. (2016). *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantía del Estado social de soberanía limitada*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- POUND, R. (1950). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Barcelona: Ariel.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta (2.ª ed.).
- PRIETO SANCHÍS, L. (2014). Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica. En M. GASCÓN ABELLÁN, *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17-42.
- RIECHMANN, J. (2000). *Cultivos y alimentos transgénicos. Una guía crítica*. Madrid: Los Libros de la Catarata.
- RODOTÀ, S. (2010). *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Trotta.
- ROMEO CASABONA, C. M. (2003). Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI. En N. MARTÍNEZ MORÁN (coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares.
- SANDEL, M. (2013). *Lo que el dinero no puede comprar: los límites morales del mercado*. Barcelona: Debate.
- SANDEL, M. (2015). *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona: Marbot.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2010). *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*. Madrid: La Ley.
- SERRA, M. A. (2016). Mejoramiento humano en el tercer milenio. Mitos y realidades. En A. CORTINA y M. A. SERRA (coords.), *Humanidad. Desafíos éticos de las tecnologías emergentes*. Madrid: Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno.
- SLOTERDIJK, P. (2000). *Normas para el parque humano*. Madrid: Siruela.
- TORRE, J. de la (ed.) (2016). *Cultura de la mejora humana y vida cotidiana*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- TOULMIN, S. (1982). How medicine saved the life of Ethics. *Perspectives on Biology and Medicine*, 25, pp. 736-750.
- TRONCOSO REIGADA, A. (2018). *Los bioderechos y la interpretación constitucional a la luz de la dogmática alemana*. Madrid: Civitas.
- VAN KLINK, B. (2019). Legislación, comunicación y autoridad: ¿cómo dar cuenta del carácter vinculante del Derecho? En A. D. OLIVER-LALANA (ed.), *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 171-222.
- VERGARA, O. (2015). Ética biomédica y prudencia. *Cuadernos de Bioética*, XXVI, pp. 267-277.

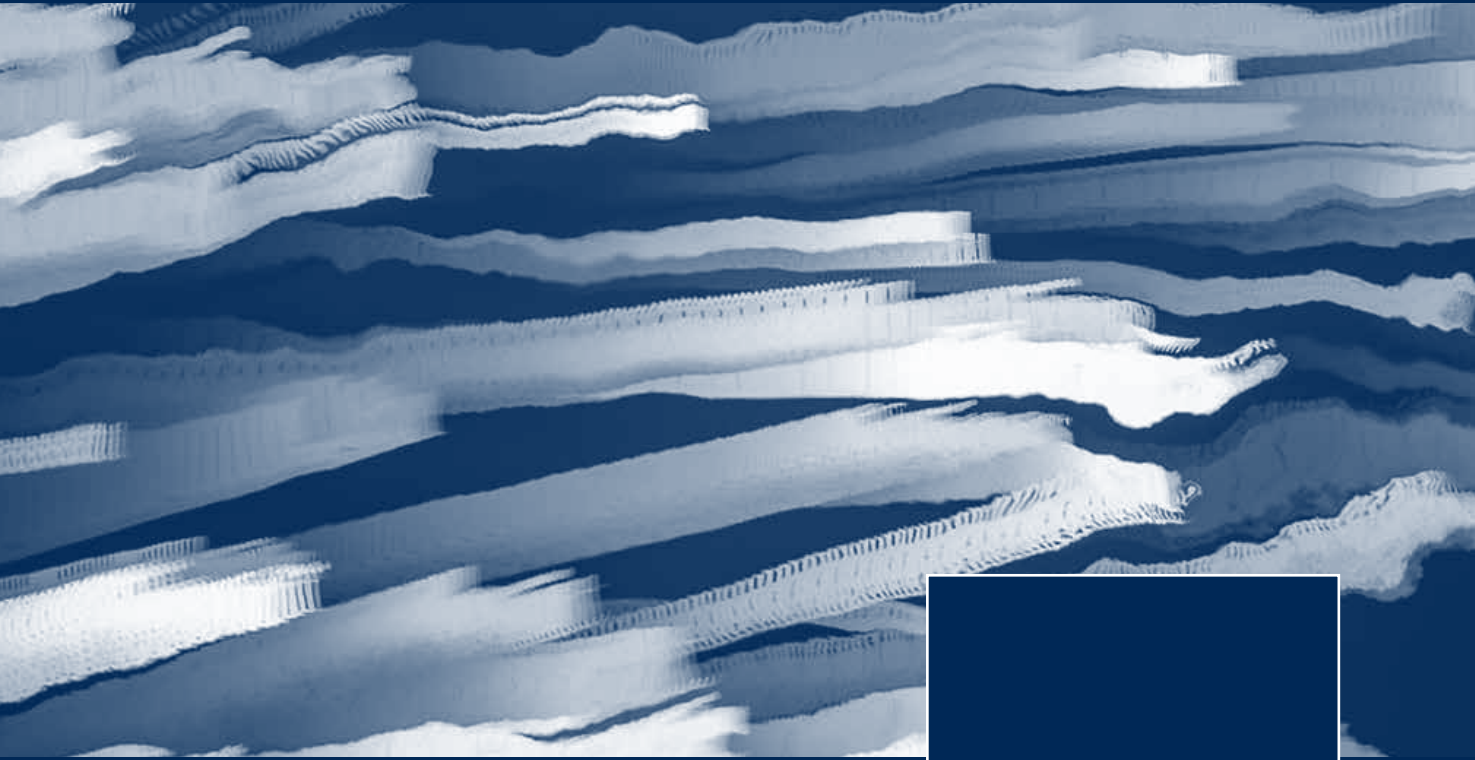
VIDAL GIL, E. J. (2016). Los retos actuales de la Bioética. ¿Qué hacer con los principios? En J. A. SANTOS, M. ALBERT y C. HERMIDA (ed.), *Bioética y nuevos derechos*. Granada: Comares, pp. 79-104.

VIDAL GIL, E. J. (2018). Bioética y Derecho: la positivización de los principios. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, pp. 23-41.

VON MÜNCH, I. (1982). La dignidad del hombre en el Derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, pp. 9-33.

VON MÜNCH, I. (2009). La dignidad del hombre en el Derecho constitucional alemán. *Foro, Nueva Época*, 9, pp. 107-123.

ZAGREBELSKY, G. (2009). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta (9.^a ed.).



Artículos

ENAJENACIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS

Fernando Azofra Vegas

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid)

Enajenación de unidades productivas

Se analizan las modificaciones en torno a la enajenación de unidades productivas entre la Ley Concursal y el Texto Refundido de la Ley Concursal, con especial énfasis en los efectos de la sucesión de empresa respecto de deudas laborales, tributarias y de Seguridad social, tanto en escenarios de concurso como de reestructuración preventiva. Se propone un tratamiento de la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de dichas deudas para la modificación legislativa que habrá de trasponer en derecho español la Directiva 2019/1023.

PALABRAS CLAVE:

CESIÓN DE UNIDADES PRODUCTIVAS, RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL ADQUIRENTE DE UNIDADES PRODUCTIVAS, REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIA.

Sale of productive units

This paper is intended to highlight the key differences between the Insolvency Act and the Recast Insolvency Act in respect of the transfer of undertakings, businesses or parts of businesses or undertakings. Its main focus rests on the effects of the transfer of going concerns on tax, labour and Social Security indebtedness, both when the transfer takes place in insolvency scenarios or as part of a restructuring plan. A proposal is made regarding the joint and several liability of the acquirer of a business or undertaking for any such indebtedness for the legal statute which should implement European Directive 2019/1023 into Spanish law.

KEY WORDS:

TRANSFERS OF UNDERTAKINGS OR BUSINESSES, JOINT AND SEVERAL LIABILITY OF THE ACQUIRER OF GOING CONCERNS, RESTRUCTURING AND INSOLVENCY.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Azofra Vegas, Fernando (2020). Enajenación de unidades productivas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 39-66 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Aunque el primer ministro británico Neville Chamberlain ganó la cuestión de confianza del 7 de mayo de 1940, el descalabro de sus apoyos fue tan enorme que se vio forzado a proponer su sustitución por Winston Churchill poco después. En el curso de esa tumultuosa sesión parlamentaria, tuvo que oír a uno de sus correligionarios conservadores dirigirle la misma frase que había utilizado Oliver Cromwell casi trescientos años antes:

"You have sat too long here for any good you have been doing. Depart, I say, and let us have done with you.

In the name of God, go!"

La cita se me viene desgraciadamente a la cabeza de forma recurrente en los últimos meses o años. Al preparar este trabajo, me acordé de ella pensando no en una persona concreta, sino en una construcción jurídica: la responsabilidad solidaria del adquirente de unidades productivas por deudas del cedente.

En los casos de enajenaciones de unidades productivas, contiene nuestro derecho una regla general de responsabilidad solidaria del adquirente en relación con las deudas tributarias, de Seguridad Social y laborales asociadas o relacionadas con dicha unidad productiva.

La base normativa de la responsabilidad solidaria del adquirente de una unidad productiva en materia tributaria se contiene en el art. 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT").

En materia de Seguridad Social, la responsabilidad solidaria se establece en los arts. 142.1 y 168.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (la "LGSS"), y en el art. 44.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el "ET"), precepto este que recoge igualmente la responsabilidad respecto de los créditos laborales.

Si bien en el ámbito del crédito tributario se contempla la excepción a la responsabilidad solidaria del adquirente cuando la unidad productiva se adquiere en un procedimiento concursal (art. 42.1.c) *in fine* LGT), no existe aún en nuestro derecho una regla que excluya la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de los créditos de Seguridad Social asociados a esa unidad productiva pendientes anteriores a la transmisión. Y, en lo que respecta a los créditos laborales, la normativa laboral solo permite que el juez del concurso excluya la responsabilidad del adquirente respecto de las deudas laborales cubiertas por el FOGASA.

Se sostiene en este trabajo que la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de las deudas de Seguridad Social y laborales pendientes al tiempo de la venta, cuando esta se produce en el seno de un concurso, constituye un privilegio no reconocido como tal por la normativa concursal, que resulta completamente incongruente con el principio de la comunidad

de pérdidas que subyace al concurso, y que produce mucho más perjuicio que utilidad (en muchos casos, precisamente en contra de los acreedores a los que dice servir)¹. Y esa responsabilidad solidaria tampoco resulta imperativa a la vista de la normativa europea de naturaleza laboral (en particular, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad —en adelante, la “Directiva 2001/23/CE”—).

Resultaría conveniente aprovechar la modificación de nuestro derecho que impone la transposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (la “Directiva 2019/1023”), para eliminar ese privilegio tanto en relación con la enajenación de unidades productivas que ocurra en sede de concurso como, deseablemente, también la que ocurra en ejecución de un plan de reestructuración homologado judicialmente (en este ámbito, con mayores objeciones o dudas, como se desarrollará a continuación)².

También contiene este artículo una comparación de los avances y retrocesos en torno a la enajenación de unidades productivas desde la Ley Concursal al texto refundido que ha entrado recientemente en vigor.

2. El tránsito desde la Ley Concursal al Texto Refundido de la Ley Concursal, y el futuro de transposición de la Directiva 2019/1023

Al igual que en alguna otra materia, no falta quien afirma que la evolución del régimen jurídico aplicable a la venta de la unidad productiva desde la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”)

1 Entre otros muchos, RUBIO VICENTE, Pedro J. (2014). La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, pp. 225-226; o PERDICES, Antonio (2015). La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 34. Resulta innegable que la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas laborales o de Seguridad Social distorsiona el mercado de las ventas de negocios, introduce elementos de incertidumbre que nada tienen que ver con la configuración de la unidad productiva al tiempo de la transmisión y, en definitiva, hace menos propicias estas operaciones, lo que, en última instancia, acaba por la liquidación de la empresa, en perjuicio precisamente de los acreedores laborales y de la Seguridad Social (MERCADER EGUINA, Jesús (2014). Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 31, pp. 117-121). La conclusión de un interesante análisis empírico sobre el grado de éxito de la normativa sobre la transmisión de la unidad productiva en concurso no puede ser más sombría, recomendando los autores, como primera medida “limitar los privilegios de los créditos públicos, sobre todo los referentes a la Tesorería de la Seguridad Social” (CALDERÓN PATIER, Carmen y LÓPEZ RAMÍREZ, Pedro (2019). ¿Garantiza la actual normativa en España de la venta de la unidad productiva en concurso de acreedores la continuidad de la actividad empresarial? Una aproximación empírica. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 47, pp. 20-21).

2 No hay nada de revolucionario o mesiánico en lo que aquí se propone. El artículo 363 del título 11 del Bankruptcy Code americano contiene un mecanismo, tremendamente popular, de venta de empresa, siendo los principales motivos de su uso generalizado, además de su rapidez, que el adquirente adquiere los activos libres de cargas, sin sucesión de empresa y, además, que puede excluir determinados activos (esto es, configurar el perímetro de lo que adquiere) a voluntad. Véase BUIL ALDANA, Ignacio (2012). *Section 363 Sales: una aproximación al régimen norteamericano de venta de activos y unidades productivas en sede concursal*. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. n.º 17, pp. 341 y ss., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. y MARCUELLO SALTO, Juan Ignacio (2015). El marco legal en los países de nuestro entorno. En AA. VV., *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pp. 63-65.

al texto refundido de la Ley Concursal aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (el "TRLR"), desborda el mandato de regularización, aclaración y armonización otorgado al Gobierno en la disposición final 8.^a de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, para la aprobación del TRLR, y el art. 82.5 de la Constitución³. Se hace esa afirmación, en particular, en relación con el tratamiento de la sucesión de empresa y la delimitación de las competencias del juez del concurso respecto de las competencias de los jueces y tribunales del orden social.

Exista o no en la regulación de la venta de la unidad productiva en el TRLR una innovación legislativa *ultra vires*, ya adelanto mi opinión de que aún será preciso modificar más nuestro derecho en esta materia para trasponer adecuadamente la Directiva 2019/1023.

La modificación más importante que la transposición de la Directiva 2019/1023 debería significar se refiere al tratamiento del crédito público y, singularmente, del crédito tributario y de Seguridad Social. Me importa ahora destacar esta idea general, de la que trataré de extraer corolarios o consecuencias particulares en relación con la transmisión de la unidad productiva y el "privilegio" que, en forma de responsabilidad solidaria del adquirente, nuestra normativa tributaria y de Seguridad Social (y también la normativa laboral) aún atribuye al crédito de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social (y al crédito laboral).

Desde la transformación del instituto preconcursal en el derecho español para permitir la imposición coactiva de medidas de reestructuración a acreedores con garantías reales, todos los acreedores, garantizados y no garantizados, están genéricamente llamados a intervenir en los esfuerzos de salvamento de sus deudores, siempre que sean empresas económicamente viables, pero que se encuentran en situación de iliquidez o apalancamiento excesivo que, salvo que se pase por una reestructuración del pasivo o del activo, están condenadas al concurso. Cuando el deudor y una mayoría suficiente de sus acreedores llegan al convencimiento de que una reestructuración preventiva es deseable (o, por mejor decir, preferible al concurso), incluso los acreedores disidentes vienen obligados a contribuir en ese esfuerzo colectivo que asegure la viabilidad de la compañía y evite el concurso.

Con todo, la reestructuración coactiva del crédito (sea o no crédito garantizado) en los expedientes preconcursales solo está actualmente disponible en nuestro derecho:

- i. bien en el marco de la homologación judicial de acuerdos de refinanciación ("AR"): arts. 605-630 TRLR, más los específicos de los AR en concurso consecutivo;
- ii. bien en el de los acuerdos extrajudiciales de pagos ("AEP"): arts. 631-694 TRLR, más los específicos de los AEP en concurso consecutivo.

³ Véase, sin ir más lejos, el voto particular al Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de septiembre de 2019 sobre el la Propuesta de Real Decreto Legislativo del TRLR del magistrado D. Juan Martínez Moya, que afirmaba que la jurisdicción natural para conocer del instituto de la sucesión de empresa y sus efectos era la social, por lo que la solución propuesta era "*muy discutible*" que tuviera cabida en los límites constitucionales de la delegación legislativa y no incurriera en *ultra vires* por "*razonables*" que pudieran ser los argumentos en los que se basaba. Sobre los antecedentes de la Propuesta, y su evolución a la vista de los distintos informes, véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Angel (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 51, pp. 9-26, en especial las reflexiones en torno al tratamiento en materia de sucesión de empresa, en las pp. 23 y 24.

Sin embargo, en el derecho vigente, existen aún determinadas inmunidades que el legislador ofrece a determinados acreedores y que les ponen a salvo de ese esfuerzo colectivo que, en ocasiones, el mantenimiento de la empresa y la evitación del concurso exigen. Me refiero, claro, a los acreedores de derecho público, por un lado, y a los acreedores laborales, por otro.

2.1. La inmunidad del acreedor público

Son inmunes a la reestructuración preconcursal, tengan o no garantías reales, los acreedores de derecho público (art. 231.5 LC; arts. 606.2 y 683.2 TRLC). Esta situación ha de cambiar, necesariamente, con la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023. No existe ninguna razón, jurídica o económica, que justifique la inmunidad del crédito público en el trance de la reestructuración preventiva. Desde el punto de vista económico, la inmunidad del crédito público implica, necesariamente, mayor lesión para el crédito privado. Cuando se impone como política europea permitir que las empresas viables, pero en probabilidad de insolvencia, dispongan en todos los Estados miembros de mecanismos de reestructuración preventiva eficaces, que les permitan reestructurar sus activos y pasivos para garantizar su viabilidad empresarial y evitar la insolvencia, y se establece, para conseguir ese fin, la posibilidad de la imposición coactiva a acreedores o clases enteras de acreedores disidentes, la carga o el sacrificio que toda reestructuración preventiva impone a los acreedores afectados ha de ser equitativamente soportada por todos ellos, incluso por el acreedor público. Tampoco desde un punto de vista jurídico se encuentran argumentos sólidos para sostener la inmunidad del crédito público, como se preocupó de enfatizar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") de 16 de marzo de 2017, *Agenzia delle Entrate* contra *Marco Identi* (ECLI:EU:C:2017:219).

En contra de lo anterior, algún autor cita el considerando n.º 52 de la Directiva 2019/1023 en apoyo de la tesis de que la Directiva 2019/1023 permite a los Estados miembros excluir de la reestructuración preventiva al crédito público: *"Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores, cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de los créditos de dichos acreedores"*. En mi opinión, es un razonamiento erróneo. Por una parte, porque esta aseveración se hace "[c]omo consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores" y no de manera genérica o abstracta. No quiere decir que el crédito público sea, por su naturaleza, inmune a la reestructuración o que se sitúe extramuros de ella, sino que, por el estatuto privilegiado que el crédito público puede tener en el concurso (la parte que lo tenga), el acreedor público disidente, por imperativo de la prueba del interés superior de los acreedores, puede resistir con éxito el plan que impone una quita total o parcial de su crédito o, más generalmente, un sacrificio que no satisface dicha prueba. De hecho, la cita a la prueba del interés superior de los acreedores es una evidencia palmaria de que el crédito público, en toda su extensión, entra en el perímetro de una reestructuración preventiva (esto es, puede ser crédito *afectado*), pues la prueba del interés superior de los acreedores es uno de los elementos de definición del perjuicio desproporcionado en el que se puede basar la impugnación de un acreedor afectado por la reestructuración, pero disidente. Como ese mismo considerando n.º 52 reza: *"esta prueba ha de aplicarse, en todo caso, cuando deba confirmarse un plan a fin de que sea vinculante para los acreedores disidentes o, según los casos, categorías de acreedores disidentes"*. En el mismo sentido, el art. 10.2 d). El art. 1.5 de la Directiva 2019/1023 zanja, en todo

caso, cualquier discusión adicional al respecto, pues solo permite a los Estados miembros excluir de la reestructuración preventiva a (1) los créditos laborales, (2) los créditos de alimentos y (3) los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No figura en ese listado, que tiene carácter exhaustivo, el crédito público, y, por tanto, puede ser perfectamente afectado por la reestructuración preventiva, como puede ser afectado en el concurso. Por tanto, en el derecho que deba trasponer la Directiva 2019/1023, el acreedor público no ha de ser inmune a la reestructuración preventiva que pueda evitar el concurso de una empresa. Si el acreedor público no es inmune a la imposición coactiva de efectos de una reestructuración preventiva que tiene, como fundamento y justificación, asegurar la viabilidad empresarial y evitar el concurso, carecería de cualquier lógica que el acreedor público sí que ostentara esta inmunidad en sede de concurso propiamente dicho. Es verdad que la reestructuración preconcursal tiene, como uno de sus dos pilares de apoyo, la evitación del concurso y este elemento obviamente no existe en la reestructuración que opera dentro del concurso. Pero el otro pilar, la viabilidad de la empresa, puede ser común a la reestructuración preventiva (preconcursal) y a la reestructuración concursal.

Concluyendo, podemos afirmar que la trasposición de la Directiva 2019/1023 nos obligará, al menos en lo que se refiere a los deudores empresarios, a permitir que el crédito público, en toda su dimensión, pueda incluirse en el pasivo afectado por una reestructuración preventiva de un deudor empresario, tenga derecho de voto —como acreedor afectado— para apoyar o rechazar un plan de reestructuración que asegure la viabilidad de la empresa y evite el concurso y, en consecuencia, que pueda ser arrastrado (esto es, que se le puedan imponer coactivamente los efectos pactados en ese plan de reestructuración), bien por la mayoría de los acreedores de la clase en la que se integre (arrastre intraclase), o bien incluso por una clase de acreedores *in-the-money* (arrastre interclase o *cross-class cram-down*).

Y si todo ello deberá ser así tras la trasposición de la Directiva 2019/1023, no podría concebirse un escenario legal en que las herramientas de reestructuración al servicio de las empresas para asegurar la viabilidad empresarial fueran más potentes en fase precontractual que en fase concursal. La conservación de la empresa, y de los puestos de trabajo, es una de las aspiraciones del legislador, no solo en sede de reestructuración preventiva (art. 4.1 Directiva 2019/1023), sino también en el ámbito del concurso propiamente dicho. No en vano, la exposición de motivos de la LC enfatizaba que *"aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores, y de otros intereses"* para luego destacar que *"la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios [...] mediante su enajenación como un todo"*.

Una de las medidas de reestructuración de empresas viables más eficaz es la venta de unidades productivas. Mediante la venta de unidades productivas que no son esenciales, que drenan injustificadamente recursos del deudor, que se integran en sectores muy volátiles, o de poca rentabilidad, o de mucho riesgo, etc., puede estabilizarse financieramente al conjunto de la empresa.

O puede incluso convenir para el mantenimiento de la empresa que esta, como todo, se venda a un tercero, previa exclusión de activos, negocios o ramas de actividad (*carve-outs*) que no tienen interés para el comprador del resto de la empresa, o que el deudor quiere retener y continuar

explotando. En estos casos, se produce simplemente una mutación del titular de la empresa (del empresario) en un contexto de continuidad de la empresa (salvo por los potenciales *carve-outs*).

Por eso, es esencial que el acreedor público pueda verse afectado por la enajenación de una unidad productiva o de la totalidad de la empresa, tanto en fase preconcursal (como exige la Directiva 2019/1023), como en fase concursal (como impondría la lógica tras la transposición de la Directiva 2019/1023), sin ofrecer al acreedor público inmunidades o exoneraciones en la colectivización del sacrificio que tanto la reestructuración preventiva como el concurso presuponen.

La responsabilidad solidaria del adquirente de una unidad productiva en materia tributaria y de Seguridad Social se opone frontalmente a este objetivo. Y, si bien en el ámbito del crédito tributario se contempla la excepción a la responsabilidad solidaria del adquirente cuando la unidad productiva se adquiere en un procedimiento concursal (art. 42.1.c *in fine* LGT) (no así cuando se adquiere en un procedimiento de reestructuración preventiva, incluso cuando permita garantizar la viabilidad económica y evitar la insolvencia), no existe aún en nuestro derecho una regla que excluya la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de los créditos de Seguridad Social anteriores a la transmisión.

En la interpretación de los avances o retrocesos que ha supuesto el TRLC respecto del derecho precedente en torno a la enajenación de unidades productivas que luego expondré, es importante tener presente como premisa previa la jurisprudencia del TJUE que, a la vista de los tratados europeos, exige de los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del derecho interno a una Directiva europea, que *"se abstengan de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente la consecución del resultado prescrito por dicha Directiva"* (por todas, STJUE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Région wallonne*, C-129/96).

2.2. El acreedor laboral

No son inmunes a la reestructuración preconcursal en el derecho vigente los créditos laborales. En efecto, un AEP puede perfectamente imponerse al acreedor laboral disidente, tenga o no garantías reales (arts. 683-684 TRLC). En sede del AEP, ni siquiera juega a beneficio del acreedor laboral la prohibición de que las medidas de reestructuración impliquen la conversión en crédito participativo o subordinado, acciones, participaciones u otros instrumentos, salvo con el consentimiento del acreedor, que sí se aplican en fase de convenio (art. 327.2 TRLC), en una evidente incoherencia.

Pero, por el contrario, no puede imponerse un AR homologado a los acreedores laborales, salvo con su consentimiento (art. 606.2 TRLC).

En cuanto al derecho proyectado, ya hemos visto que la Directiva 2019/1023 permite al legislador nacional incluir o excluir al crédito laboral de la reestructuración preventiva. Pero, al margen de dejar a la opción de los Estados miembros la posibilidad de extender un plan de reestructuración preventiva a las deudas de naturaleza laboral, la Directiva 2019/1023 contiene toda una serie de salvaguardas o matizaciones respecto de los derechos e intereses de los trabajadores, que se enfatizan en los considerandos:

- i. “[l]a presente Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad [...]” (considerando n.º 1).
- ii. “[e]n los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada” (considerando n.º 3);
- iii. “[t]oda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. [...] y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional” (considerando n.º 10);
- iv. “los Estados miembros deben poder determinar que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración sea siempre necesario en determinadas circunstancias, como, por ejemplo: [...] cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores [...]” (considerando n.º 30);
- v. “El concepto de “partes afectadas” debe incluir únicamente a los trabajadores en su calidad de acreedores. Por tanto, si los Estados miembros deciden eximir los créditos de los trabajadores del marco de reestructuración preventiva, los trabajadores no deben tener la consideración de partes afectadas” (considerando n.º 43);
- vi. “[...] los Estados miembros deben poder establecer normas específicas que faciliten la clasificación en diferentes categorías cuando los acreedores no diversificados o especialmente vulnerables, como los trabajadores o pequeños proveedores, puedan disfrutar de esa clasificación por categorías” (considerando n.º 44);
- vii. “El valor como empresa en funcionamiento es, por regla general, superior al valor de liquidación, ya que se basa en la presunción de que la empresa sigue activa con una mínima perturbación, cuenta con la confianza de los acreedores financieros, accionistas y clientes, y sigue generando ingresos, y limita las repercusiones sobre los trabajadores” (considerando n.º 49);
- viii. “A lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva, los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral. En particular, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los trabajadores garantizados por las Directivas 98/59/CE (12) y 2001/23/CE (13) del Consejo, y por las Directivas 2002/14/CE (14), 2008/94/CE (15) y 2009/38/CE (16) del Parlamento Europeo y del Consejo” (considerando n.º 60);
- ix. “Se debe proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información referente a la propuesta de plan de reestructuración en la medida en que lo disponga el Derecho de la Unión, a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades. Además, los trabajadores y sus representantes deben participar en la medida que sea necesaria para satisfacer los requisitos de consulta previstos por el Derecho de la Unión. [...] De

forma alternativa, los Estados miembros deben poder excluir los créditos de los trabajadores del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva y disponer su protección con arreglo a la normativa nacional” (considerando n.º 61);

- x. *“Cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa o negocio, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral, en particular, el derecho a un salario, deben protegerse de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia de conformidad con el artículo 5 de dicha Directiva y, en particular, las posibilidades previstas en el artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de los derechos de información y consulta, que están garantizados por la Directiva 2002/14/CE [...]. Además, en virtud de la presente Directiva, los trabajadores cuyos créditos se vean afectados por un plan de reestructuración deben tener derecho de voto en relación con dicho plan. A efectos de la votación en relación con un plan de reestructuración, los Estados miembros deben poder decidir clasificar a los trabajadores en una categoría separada de otras categorías de acreedores” (considerando n.º 62).*

La principal protección de los derechos laborales se contiene, en fin, en el art. 13 de la Directiva 2019/1023, que impone a los Estados miembros garantizar que los marcos de reestructuración preventiva no afecten a los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, tales como (1) el derecho de negociación colectiva y de acción sindical, (2) el derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE, o (3) los derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE y 2008/94/CE (protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia).

Por tanto, la transposición de la Directiva 2019/1023 a derecho español exige mantener los derechos que resultan de las citadas directivas laborales, pero obligará al legislador español a que opte por incluir o excluir el crédito laboral del pasivo potencialmente afectado por una reestructuración preventiva. Intuyo que excluir al acreedor laboral de entre el pasivo afectado por una reestructuración preventiva podría ser, en efecto, la opción del legislador español, por su evidente comodidad política. Pero no puedo dejar de romper una lanza a favor de los demás acreedores, lo que en este caso significa en contra del acreedor laboral: si la viabilidad futura de una empresa que se encuentra en las proximidades del concurso es un bien superior al que vale la pena sacrificar el consentimiento individualizado de los acreedores de esa empresa, de modo que, con las mayorías, los requisitos y las garantías establecidos, los acreedores soporten la lesión de su crédito para salvar la empresa, incluso contra su voluntad, no se me ocurre acreedor más preocupado con esa viabilidad futura que los trabajadores de esa empresa. Si la reestructuración no sale adelante y el deudor acaba en insolvencia, sin duda que sus créditos actuales podrán verse afectados en el concurso, incluso contra su voluntad. Por no mencionar sus créditos futuros. La Directiva 2019/1023 lo reconoce, por ejemplo, cuando se refiere a la valoración de la empresa en funcionamiento como superior, en la mayoría de los casos, a su valor en liquidación, en el referido considerando n.º 49. Excluir al acreedor laboral por ley de la reestructuración preventiva es, si se me permite la licencia, un ejercicio de cierto paternalismo irresponsable por parte del legislador. Porque una cosa es que el deudor y los acreedores “*profesionales*” decidan, a la vista de las cir-

cunstances concretas, que los trabajadores sean dispensados o excusados de hacer ese esfuerzo patrimonial que cualquier reestructuración preventiva supone (para no retrasar su adopción, por razones de eficiencia, etc.), y otra muy diferente es que la ley, directa e inexorablemente, les sitúe al margen de ese esfuerzo, cuando lo que está en causa es su medio de vida. En mi opinión, la ley solo debería situar al margen de la reestructuración (salvo con su consentimiento) a los acreedores "accidentales" (por responsabilidad civil extracontractual).

Desde luego, lo que no tendría sentido alguno sería que el legislador español, en el trance de trasposición de la Directiva 2019/1023, hiciera uso de la opción que esta concede para incluir el crédito laboral como crédito potencialmente afectado por una reestructuración preventiva (y, por tanto, potencialmente sujeto a arrastre) y que, sin embargo, el acreedor laboral fuera inmune a la reestructuración en el concurso. Y no solo carecería de lógica, sino que supondría un paso atrás, puesto que en el derecho vigente un acreedor laboral, incluso cuando goza de garantías reales, está sujeto a arrastre (esto es, está potencialmente expuesto a sufrir sacrificios contra su voluntad), con tal de que exista una mayoría suficiente de acreedores de su misma naturaleza dispuesta a aceptarlos.

Como digo, el escenario que quizá resulta más previsible es que el legislador español que transponga la Directiva 2019/1023 excluya al acreedor laboral del perímetro de deuda potencialmente afectada por una reestructuración preventiva, pero mantenga sustancialmente el tratamiento del acreedor laboral en sede de concurso y, en particular, en lo que a la enajenación de unidades productivas se refiere.

El régimen actual en lo referente a la venta de la unidad productiva se basa en los dos efectos principales de la sucesión de empresa en el ámbito laboral que recoge el art. 44 ET, a saber, la subrogación del adquirente en los contratos de trabajo de los empleados adscritos a la unidad productiva (44.1 ET) y en los derechos y obligaciones existentes a la fecha de la venta, tanto de origen legal como contractual, y la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas laborales y de Seguridad Social nacidas con anterioridad a la transmisión y existentes al tiempo de la venta (44.3 ET). Este último efecto, sin embargo, admite una ligera modulación o atenuación, cuando la enajenación se produce en el concurso, al permitir al juez que excluya la responsabilidad del adquirente respecto de los créditos laborales (no así de Seguridad Social) cubiertos por el FOGASA, como luego se analizará pormenorizadamente.

En mi opinión, la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de los créditos laborales pendientes antes de la enajenación o respecto de las deudas de Seguridad Social, cuando la enajenación sobreviene en el ámbito del concurso, compromete o contraría la regla de la *pars conditio*, pues permite al acreedor laboral o a la Seguridad Social cobrar íntegramente del adquirente de la unidad productiva y, por tanto, desde el punto de vista económico, con cargo al valor total de mercado de la unidad productiva enajenada, pese a no tener una garantía real sobre ella ni sobre ninguno de sus elementos. Y esa responsabilidad solidaria tampoco resulta imperativa a la vista de las directivas europeas en materia laboral (como luego se expondrá). Por eso, *de lege ferenda*, convendría eliminar esta responsabilidad solidaria respecto de las enajenaciones de unidades productivas que ocurren en el seno del concurso, pero también cuando la enajenación forma parte de un plan de reestructuración que haya sido objeto de homologación

judicial (detallaré esta conclusión en el apartado siguiente). Y debería aprovecharse el trámite de la transposición de la Directiva 2019/1023 precisamente para lograr ambos objetivos⁴.

2.3. La enajenación de unidades productivas como herramienta de reestructuración

La enajenación de unidades productivas, o incluso de la totalidad de la empresa, es una medida de reestructuración. A pesar de ello, lo cierto es que ha tenido poca utilización en reestructuración preconcursal en España, ni en sede de AR ni en sede de AEP. Las razones del escaso uso, estadísticamente hablando, de la venta de unidades productivas como herramienta de reestructuración preconcursal en España son las siguientes:

- i. La venta de unidades productivas no aparece en la relación de medidas o efectos sobre los que puede versar una homologación de AR o un AEP. Sí se menciona expresamente la dación en pago (y, a veces, también la dación para pago) de *"bienes o derechos"*, pero no de unidades productivas, ramas de actividad o de la empresa en su conjunto, como se expone a continuación:
- ii. Respecto a la homologación judicial de AR, los arts. 623.2.^o y el 626.1.2.^o TRLC recogen tanto la cesión en pago como para pago de bienes o derechos. Lo mismo en el art. 667.1.4.^o y 667.2 TRLC respecto del AEP (el art. 669.1 TRLC se refiere apenas a la cesión *"en"* pago, pero se diría que no con carácter excluyente, habida cuenta de la habilitación general de ambas modalidades en el art. 667 y del propio título del art. 669 —*Límites de los acuerdos de cesión de bienes*—, genérico para ambas modalidades). Además, los apartados 1 y 3 de este mismo art. 669 TRLC se refieren al carácter de bien necesario o no para la continuidad de la actividad, que se aplican a ambas modalidades. El apartado 3 remite al capítulo III del título IV del libro I en cuanto a las reglas de autorización judicial de la cesión de bienes afectos a privilegio especial, lo que habilita los arts. 204 a 225 TRLC y, por tanto, el art. 211 en sus dos modalidades de cesión en pago y para pago al acreedor real o a quien él designe. El apartado 2 es solo para la cesión en pago, porque impone la valoración del bien o derecho al que tiene lugar la transmisión: *"La cesión de los bienes y derechos deberá realizarse por el valor razonable que tuvieran [...]. Si el valor fuera igual o inferior al importe del crédito, este se extinguirá una vez realizada la cesión [...]"*.
- iii. (Ya en sede concursal, el art. 211 TRLC, en la parte relativa a la conservación y enajenación de la masa activa del concurso, contempla tanto la dación en pago como para pago de los bienes o derechos sobre los que recaiga la garantía real al acreedor real o a quien él designe.
- iv. En sede de convenio, sin embargo, se sigue contemplando expresamente únicamente el convenio con cesión en pago de bienes o derechos, pero no a la cesión para pago (art. 329 TRLC), siempre en el contexto de propuestas alternativas (arts. 325 y 326 TRLC).

⁴ En sentido parecido, ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel y RUBIO SANZ, Javier (2020). La venta de negocios y la filialización (*"hive-down"*) como instrumentos solutorios y alternativas del acuerdo de refinanciación. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, pp. 5-7.

- v. Finalmente, en la liquidación, los arts. 417.3 y el 419.2 TRLC admiten la cesión en pago y para pago de bienes y derechos.

No existe un precepto en el TRLC que extienda, en sede de reestructuración pre-concursal, las reglas previstas para la venta de la unidad productiva en el concurso en los arts. 2100 y ss. TRLC. Por lo tanto, la venta de la unidad productiva en fase precontractual queda plenamente sujeta a las reglas generales mercantiles, administrativas, tributarias, laborales y de Seguridad Social (y, en particular y lo más grave, a las reglas de la sucesión de empresa y a la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas tributarias, de Seguridad Social y laborales).

A pesar de que el marco regulatorio vigente no es, como se ve, favorable a la utilización de la venta de unidades productivas, o de la propia empresa, como herramienta de reestructuración preconcursal, no son completamente desconocidos los expedientes de homologación judicial de un AR que incluye un cambio de deudor (o sea, la sucesión de un tercero en la titularidad de la totalidad de la empresa del deudor refinanciado). Se han homologado refinanciaciones con cambio de deudor en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Madrid de 22 de julio de 2016 (Bodybell), en el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid de 28 de julio de 2016 (European Vehicle Safety Spain 1, S.A.) o en el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Castellón de la Plana de 11 de octubre de 2017 (grupo Obinesa) (BOE n.º 250 de 17 de octubre de 2017, pp. 74499 a 74501).

Y el TRLC ha avanzado en la posibilidad de imponer a los acreedores disidentes (sean o no garantizados) el cambio de deudor en la homologación judicial de un AR o en un AEP, dado que los arts. 623.2.º, 626.1.2.º y 667.1.3.ª TRLC contemplan la medida de conversión en acciones o participaciones de la sociedad deudora "*o de otra sociedad*", mientras que la DA 4.ª, 3, b), 3.º LC o el art. 236.1 d) LC permitían apenas la conversión de créditos en acciones o participaciones "*de la sociedad deudora*"⁵. El TRLC permite, por tanto, la conversión de deuda en un instrumento de capital de un tercero distinto del deudor refinanciado. Si es posible transformar un crédito en capital de un tercero, parecería que tanto más podrá transformarse un crédito en deuda de un tercero. Aunque en el contexto del derecho preconcursal, el TRLC no llega a admitirlo expresamente, sí se hace en sede de convenio, pues el art. 327 TRLC contiene, como propuesta alternativa tanto la conversión en instrumento de capital, puro y duro, como en deuda convertible: "*la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas o en obligaciones convertibles de la propia sociedad concursada o de otra sociedad*". Si bien, como se ha anticipado, el crédito público es aún inmune a la refinanciación preconcursal.

La transposición de la Directiva 2019/1023 debería incluso potenciar la utilización de la venta de unidades productivas o de la propia empresa como herramienta de reestructuración preventiva. Y ello porque la Directiva 2019/1023 emplea un concepto de reestructuración preventiva omnicom-

5 Parece claro que el derecho anterior al TRLC no permitía la conversión de créditos en capital de un tercero. Ni en expediente concursal, ni preconcursal. Véanse los arts. 93.2.2.º ("*y aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización*"), 100.2 ("*En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario [...]*"), 134.1 *in fine*, 165.2, 172.2.1.º ("*La presunción contenida [...] no resultará de aplicación a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización*"), y la disposición final 12.ª LC ("*Las ampliaciones de capital realizadas por personas jurídicas declaradas en concurso para atender una conversión de créditos en capital establecida en un convenio [...]*"). La ampliación del ámbito de la herramienta de capitalización a la capitalización "*en un tercero*" no ha sido denunciada en el informe del CGPJ o en el dictamen del Consejo de Estado sobre el TRLC.

preensivo, que incluye *"aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor"*, contemplando específicamente *"las ventas de activos o de partes de la empresa"* y, sujeto en este caso a la opción de los Estados miembros, incluso *"la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos"* (art. 2.1.1) Directiva 2019/1023).

Por tanto, protegiéndose los derechos de los trabajadores tal y como resultan de las directivas laborales europeas, es indiscutible que la Directiva 2019/1023 fomenta la reestructuración preventiva de empresas viables, entre otras formas, mediante la enajenación de unidades productivas. Cuando el Estado miembro haya excluido a los trabajadores de la consideración de acreedores afectados por la reestructuración, carecerán de derecho de voto incluso si la reestructuración afecta directamente a sus derechos e intereses, como sería prototípicamente el caso de la enajenación de la unidad productiva, pero siempre con pleno cumplimiento de los derechos de participación en estos procesos que les garantizan las normativas comunitarias en materia laboral, en particular, las Directivas 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; la Directiva 2001/23/CE; la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea; la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Téngase en cuenta que la Directiva 2001/23/CE contiene un único derecho básico en relación con los traspasos entre empresarios de cualquier *"entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria"*. Se trata del derecho a la continuidad de la relación laboral tras el traspaso, que se contiene en el art. 3.1, primer párrafo (los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo existente a la fecha del traspaso son transferidos al cesionario) y en el art. 4.1 (el traspaso no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario, sin perjuicio de los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo). No es contenido esencial de la Directiva 2001/23/CE, por el contrario, la responsabilidad solidaria del adquirente de una unidad productiva respecto de los créditos de los trabajadores anteriores. No se impone en la Directiva 2001/23 CE, sino que fue la normativa de transposición (Ley 12/2001) la que efectuó esa transposición *"con nota"* y dotó ese régimen adicional de responsabilidad solidaria (lo que, por cierto, en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha llegado a generar algún que otro contratiempo y modificación *"obligada"* de criterio, por ejemplo, en el supuesto de la doctrina Somoza⁶). En efecto, el párrafo segundo del art. 3.1 Directiva 2001/23/CE permite, pero no obliga a los Estados miembros, a establecer la responsabilidad solidaria de cesio-

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2018, C-60/17, *Somoza Hermo*.

nario y cedente respecto de las obligaciones laborales pendientes a la fecha del traspaso. Por eso, al establecer la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de los créditos laborales pendientes al tiempo de la venta, el art. 44 ET ofrece un sistema de protección mayor que el que resulta estrictamente preciso bajo la Directiva 2001/23/CE⁷, algo que el propio art. 8 de la Directiva permite.

Y, en todo caso, el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE establece que, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los derechos de los trabajadores en los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de unidades productivas cuando el cedente se encuentre en concurso (el "*cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)*"). Tampoco el legislador español ha "*acogido*" esta excepción a los derechos protegidos por la Directiva 2001/23/CE en los casos en los que el traspaso se produce en situación concursal (el art. 44 ET no contiene, a diferencia del art. 42.1.c *in fine* respecto al crédito tributario, una excepción a la responsabilidad solidaria del adquirente de unidad productiva vendida por un concursado y la única atenuación o modulación de la responsabilidad solidaria se contempla únicamente para la parte de los créditos laborales cubiertos por el FOGASA y mediante determinación del juez del concurso, no *ex lege*).

Por tanto, si bien es posible afirmar que la continuidad de las relaciones laborales existentes en relación con una unidad productiva es una consecuencia obligada de su transmisión conforme a la Directiva 2001/23/CE, que solo puede ceder, conforme a su art. 5.1, cuando el cedente esté en concurso, la Directiva 2001/23/CE no impone en todo caso la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva, sino que otorga a los Estados miembros la posibilidad de establecerla. E, incluso para el caso de que el Estado miembro haya establecido en efecto esa responsabilidad solidaria del adquirente (como ha hecho el legislador español), podrá excepcionarse en caso de concurso conforme al art. 5.1 de la propia Directiva 2001/23/CE (cosa que el legislador español no ha hecho).

Porque, como el auto del TJUE de 28 de enero de 2015 (C-688/13, *Gimnasio Deportivo San Andrés*, ECLI:EU:C:2015:46) destaca, el derecho laboral europeo (fundamentalmente, el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE) no impide que los Estados miembros dispongan que las cargas de la Seguridad Social (o los créditos laborales) que deriven de los contratos o relaciones laborales no se transfieran al adquirente de una empresa cuando la transmisión sucede en sede de concurso, pero tampoco se opone a que tales cargas sean soportadas por el adquirente. Por tanto, si se me permite, la normativa europea de naturaleza laboral "*ni quita, ni pone rey*": permite que los Estados miembros establezcan o no la responsabilidad solidaria del adquirente de una unidad productiva y permite que los Estados miembros excepcionen todos los derechos derivados de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE (esto es, los derechos de subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones derivados de las relaciones y contratos laborales y su continuidad tras la enajenación) en caso de concurso.

7 PUEBLA PINILLA, Ana de la (2019). Los costes laborales en el concurso y en las reestructuraciones preventivas. En N. BERMEJO GUTIÉRREZ, A. MARTÍNEZ FLÓREZ y A. RECALDE CASTELLS (dirs.), *Las reestructuraciones de las Sociedades de Capital en crisis*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, p. 355.

En el marco del capítulo IV de la Directiva 2019/1023, relativo a las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, el legislador comunitario exhorta a los Estados miembros a (1) garantizar que los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas se tramitan de forma eficiente, a los fines de una tramitación rápida de los procedimientos (art. 25. d)); (2) establecer los mecanismos reguladores y de supervisión adecuados para garantizar que el trabajo de los administradores concursales se supervise de manera efectiva, a fin de garantizar que prestan sus servicios de forma eficiente, competente, imparcial e independiente (art. 27.1); y (3) velar por que la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir *“una resolución eficiente de los procedimientos”* (art. 27.4). La mejora de la eficiencia y la agilización de los procedimientos de reestructuración e insolvencia es, así, un *desideratum* del legislador europeo.

Pues bien, no parece discutible que la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas como todo no solo permitiría agilizar los procedimientos concursales, sino que, más fundamentalmente, minimizaría los riesgos de deterioro de la propia actividad, y del valor del patrimonio del deudor que el mantenimiento de largos procesos de incertidumbre y crisis empresarial comportan, lo que, a su vez, permitiría maximizar el ratio de repago de los acreedores, al tiempo que fomentará el mantenimiento de puestos de trabajo.

El mantenimiento a favor de unos pocos acreedores (Hacienda Pública, Seguridad Social y trabajadores) de ese “privilegio” injustificable que representa la responsabilidad solidaria del comprador de una unidad productiva constituye un claro obstáculo para la consecución de los referidos objetivos del legislador europeo.

- i. Sin incumplir la normativa europea de naturaleza laboral (en particular, la Directiva 2001/23/CE), el legislador español podría aprovechar el trance de trasposición de la Directiva para excluir la responsabilidad solidaria del adquirente de unidades productivas transmitidas por un concursado. Son relevante, en este contexto, las conclusiones de una de las últimas resoluciones del TJUE de 9 de septiembre de 2020, en el asunto *TMD Friction* (casos acumulados C-674/18 y C-675/18, ECLI:EU:C:2020:682), que resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de lo Laboral de Alemania en un caso en el que las normativas de sucesión de empresa (Directiva 2001/23) y de insolvencia (Directiva 2008/94) estaban implicadas⁸. El Tribunal menciona hasta tres veces que la Directiva 2001/23/CE *“no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un «equilibrio justo» entre los intereses de estos, por un lado, y los del cesionario, por otro”* (apartados 50, 69 y 72 de la STJUE *TMD Friction*, casos acumulados C-674/18 y C-675/18, y apartado 26 de la STJUE *ISS Facility Services*, C-344/18, ECLI:EU:C:2017:276). Ese *“equilibrio justo”* permite *“una limitación de la responsabilidad de los cesionarios que puede facilitar las transmisiones de empresas objeto de un procedimiento de insolvencia”* (apartado 72). Y también que, en la interpretación del TJUE sobre el art. 3, *“la transmisión al cesionario de las cargas que, en el momento de la transmisión de la empresa incumben al cedente debido a la circunstancia de que emplea tra-*

⁸ Véase el análisis de esta sentencia en MARTÍNEZ SALDAÑA, David (2020). OP-Ed: Transfer of Insolvent Undertakings and Restriction on Transferee's Pension Obligations. The EU Law Live Blog (eulawlive.com/blog) de 14 de septiembre de 2020.

bajadores, comprende la totalidad de los derechos de éstos últimos en la medida en que no se les aplique una excepción expresamente prevista por la misma Directiva [como permite el art. 5.1]" (ATJUE de 28 de enero de 2015, C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, apartado 52, ECLI:EU:C:2015:46).

- ii. Sin incumplir la normativa europea de naturaleza laboral (en particular, la Directiva 2001/23/CE), el legislador español podría aprovechar el trance de trasposición de la Directiva 2019/1023 para excluir la responsabilidad solidaria del adquirente de unidades productivas transmitidas, cuando la enajenación de una unidad productiva se incluya en un plan de reestructuración que haya sido homologado judicialmente. En este segundo caso, sin embargo, dado que el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE no ofrecería un "puerto seguro" para la excepción a los derechos de los arts. 3 y 4 (puesto que el cedente no se encontraría en concurso), la exclusión de la responsabilidad solidaria del comprador no resuelve del todo la cuestión para el caso de que la unidad productiva en venta incluya trabajadores, y es preciso hacer una segunda derivada de análisis:
 - Opino que no se opondría a la Directiva 2001/23/CE, y sería congruente con la Directiva 2019/1023, que el legislador español optara por excluir la responsabilidad solidaria y la necesidad de la propia transmisión al cesionario de las deudas de Seguridad Social pendientes afectas a la unidad productiva cuando esta se transmita en un plan de reestructuración homologado judicialmente, quizá con la exigencia de considerar a la Seguridad Social acreedor afectado por la homologación.
 - Creo que no se opondría a la Directiva 2001/23/CE, y sería congruente con la Directiva 2019/1023, que el legislador español optara por excluir la responsabilidad solidaria y la necesidad de la propia transmisión al cesionario de las deudas laborales pendientes cuando la unidad productiva no integre trabajadores al tiempo de la transmisión y esta se produzca en ejecución de un plan de reestructuración homologado judicialmente.
 - Y, por último, y esto admito que es bastante más argumentable, creo que no se opondría a la Directiva 2001/23/CE, y sería congruente con la Directiva 2019/1023, que el legislador español optara por excluir la responsabilidad solidaria, pero no la necesidad de la propia transmisión al cesionario de las deudas laborales pendientes de los trabajadores afectos a una unidad productiva, cuando se transmita una unidad productiva con trabajadores en ejecución de un plan de reestructuración homologado judicialmente si, como aventuro, el legislador nacional opta por no considerar los créditos laborales como pasivo afectado por una reestructuración preventiva.

Al alcanzar estas conclusiones, no paso por alto la doctrina que resulta de la sentencia del TJUE de 22 de junio de 2017 (C-126/16, *Federatie Nederlandse Vakvereniging* y otros, EU:C:2017:489) en la que el Tribunal consideró no aplicable la excepción del art. 5.1 a un caso en el que la transmisión de la empresa se produce tras una declaración de quiebra en el contexto de un *pre-pack* preparado con anterioridad a la declaración de quiebra y ejecutado inmediatamente después de esta, en el marco del cual un «futuro síndico», nombrado por un tribunal, examina las posibilidades de que un tercero prosiga eventualmente con las actividades de esta empresa y se prepara para celebrar ciertos actos jurídicos inmediatamente después de la declaración de quiebra a fin de lograr esta continuidad de

las actividades, en base a que, en la opinión del Tribunal, no se cumplirían, en las circunstancias del caso, las exigencias del art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CE de que el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia abierto *"con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente"*. Cualquiera podría hacer el razonamiento rápido de que si, ni siquiera en un *pre-pack*, el Tribunal consideró que aplicaba la excepción del art. 5.1, aún menos cuando el traspaso se produce en un procedimiento anterior a la insolvencia (y para evitarla). Creo que esta doctrina no contradice la propuesta que aquí se hace porque:

- i. en cuanto a la Seguridad Social, aunque es cierto que el TJUE ha considerado las deudas por Seguridad Social también se ven afectadas por la Directiva 2001/23/CE (*"[...] forman parte integrante de esas cargas no sólo los salarios y otras retribuciones [...] sino también cotizaciones al régimen legal de seguridad social correspondientes al cedente, puesto que tal carga resulta de los contratos o de las relaciones laborales que vinculan a éste último"*, apartado 53 del ATJUE de 28 de enero de 2015, C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, ECLI:EU:C:2015:46), debe prevalecer la posibilidad de afectar con marcos de reestructuración preventiva al acreedor público (como exige la Directiva 2019/1023) y, por tanto, al acreedor público Tesorería General de la Seguridad Social y, además, la excepción que hace el art. 13 de la Directiva 2019/1023 al respeto de las directivas laborales se refiere únicamente a los *"derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional"*, enunciado que no alcanza a la Seguridad Social.
- ii. en cuanto a los créditos laborales cuando no existen trabajadores vinculados a la unidad productiva, porque el Tribunal ha declarado que *"[...] sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva [2001/23/CE] no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de transmisión [...]"* (ATJUE de 28 de enero de 2015, C-688/13, Gimnasio Deportivo San Andrés, ECLI:EU:C:2015:46).

Y, al margen de lo anterior, también convendría aplicar el régimen especial de transmisión de unidades productivas en sede concursal de los arts. 215 y ss. TRLC a las ventas de unidades productivas realizadas en ejecución de un plan de reestructuración homologado⁹.

2.4. Lo bueno y lo malo del TRLC en materia de enajenación de unidad productiva

Sigue, a continuación, una relación de las diferencias advertidas en torno al tratamiento de la venta de unidades productivas entre la LC y el TRLC:

- Mientras que el art. 43.3.1.^º LC contemplaba entre las excepciones a la prohibición de vender bienes o derechos de la masa activa sin autorización judicial los *"actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa"*, el TRLC, con más rigor, excluye de la autorización los *"actos de disposición indispensables para garantizar*

9 MUÑOZ GARCÍA, Alfredo (2017). Transmisión de empresas en crisis y saneamiento empresarial: la aportación de rama de actividad a sociedad íntegramente participada. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 26, pp. 11 y ss.

la viabilidad de los establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios que formen parte de la masa activa" (art. 206 TRLC).

- No existe en el TRLC una norma paralela al art. 43.4 LC, que hacía aplicable a las transmisiones de unidades productivas efectuadas en la fase común el régimen establecido en los arts. 146 bis y 149 LC ("*En el caso de transmisión de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado se estará a lo dispuesto por los artículos 146 bis y 149*"). El hecho de que no tenga reflejo expreso en el TRLC, naturalmente, no puede significar que no se pueden enajenar unidades productivas hasta aprobación de convenio o liquidación (salvo en contexto de venta exprés).

- El art. 174.2 TRLC reproduce la regla contenida en el art. 64.5 LC respecto a la necesidad de consultas, para la modificación de las condiciones colectivas de empleo, respecto de las "*personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada*".

- El art. 293.2 TRLC, que se corresponde con el art. 175.1.5.^º LC (referido a la valoración de la empresa y de las unidades productivas en el informe de la administración concursal) enfatiza que la valoración de la empresa o de las unidades económicas que la integran debe hacerse tanto en hipótesis de continuidad de la actividad como de liquidación.

- El art. 327.1 TRLC, se aparta ligeramente del art. 100.2 LC del que procede, refiriéndose a las propuestas alternativas, enfatizando que pueden consistir en la capitalización o conversión en capital u obligaciones de la propia concursada "*o de otra sociedad*".

Mientras que el art. 100.2, tercer párrafo LC se refería lacónicamente a la posibilidad de que las propuestas de convenio incluyeran "*proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada*", remitiendo el régimen aplicable a "*lo dispuesto en el artículo 146 bis*", el art. 324.1 TRLC impone la necesidad de que el adquirente de una unidad productiva asuma el "*compromiso de continuidad de esa actividad durante el tiempo mínimo que se establezca en la propuesta, y de la obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales*". No hay, sin embargo, determinación alguna de cuál ha de ser ese tiempo mínimo, o de cuáles las consecuencias de su incumplimiento en el futuro.

- El régimen general aplicable a la venta de las unidades productivas, que en la LC se incluyó en el art. 146 bis LC, pasa a contenerse en los arts. 415.3 TRLC (en sede de liquidación) y en el art. 222.1 TRLC (en el ámbito de las especialidades de la enajenación de unidades productivas), que no enfatiza la libertad de excluir la subrogación por parte del adquirente, como hacía el 146 bis.1. LC. Tampoco enfatiza el derecho de opción del adquirente el art. 222.2 TRLC ("*Por excepción a lo establecido en el apartado anterior, la cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo establecido en la legislación sobre contratos del sector público*"). Desaparece así la mención al deseo del adquirente de no subrogarse en cualquier contrato, incluso los del sector público, que tenía la LC.

- El art. 146 bis.2 LC relativo a la continuidad del adquirente en las licencias y autorizaciones administrativas, siempre que continúe la actividad en las mismas instalaciones, se mantiene casi en los mismos términos en el art. 222.3 TRLC.

El art. 146 bis.3 LC enfatizaba el derecho del adquirente de una unidad productiva a “*exclure*” la continuidad (la sucesión) de determinadas licencias, autorizaciones o contratos (*carve-outs*), salvando, eso sí, las exigencias de la sucesión de empresa en el Estatuto de los Trabajadores. Lamentablemente, esta regla no se ha recogido expresamente en el TRLC.

- Uno de los apartados más importantes de la regulación de la venta de unidades productivas en la LC era el apartado 4 del art. 146 bis, que enfatizaba la regla general de que la transmisión no conllevaba la responsabilidad del adquirente por las deudas del concursado anteriores a la transmisión, aunque estuvieran relacionadas con la empresa transmitida. Esta regla general se excepcionaba en caso de asunción voluntaria por parte del adquirente o cuando existiera disposición legal en contrario y salvándose expresamente lo dispuesto en el art. 149.4 LC, que presupone la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social cuando “*una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio*”, para permitir, acto seguido, que el juez excepcionara la sucesión en la responsabilidad del adquirente respecto de los salarios e indemnizaciones pendientes anteriores a la enajenación asumidos por el FOGASA. En la LC, la regla general de la ausencia de responsabilidad del adquirente respecto de las deudas anteriores se excepcionaba cuando el adquirente era persona relacionada con el concursado (art. 146 bis. 4 LC). El art. 149.4 LC, por otra parte, también recogía, con carácter meramente dispositivo, la posibilidad de que el adquirente y los representantes de los trabajadores suscribieran acuerdos de modificación de las condiciones colectivas de empleo (obviamente, sujeto a los derechos de información y consultas establecidos en la normativa laboral).

Todo esto se recoge ahora, fundamentalmente, en el art. 224.1 TRLC, que empieza recogiendo la regla general de la ausencia de responsabilidad del adquirente de la unidad productiva respecto de las deudas anteriores (“*La transmisión de una unidad productiva no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa*”), para consignar a continuación tres excepciones: “[c]uando el adquirente hubiera asumido expresamente esta obligación”; “[c]uando así lo establezca una disposición legal” o “[c]uando se produzca sucesión de empresa respecto de los créditos laborales y de seguridad social correspondientes a los trabajadores de esa unidad productiva en cuyos contratos quede subrogado el adquirente”. Por tanto, a diferencia de la LC, el TRLC enfatiza que la sucesión de empresa laboral solo afecta a los trabajadores de esa unidad productiva en los que quede subrogado el adquirente, y no respecto de todos los trabajadores del concursado. Es una precisión oportuna; y es una precisión valiente. Y ello porque existía una gran confusión entre los tribunales en torno a si la sucesión de empresa afectaba únicamente a los créditos pendientes de los trabajadores vinculados a la unidad productiva objeto de venta o a todos los trabajadores del concursado¹⁰. Ni el informe

10 Véanse, por ejemplo, los autos AP Madrid, Secc. 28.ª, de 6 de mayo de 2016 (JUR 2016, 182314) y 13 de marzo y 12 de mayo de 2017 (JUR 2017, 187396); auto de la AP Alicante de 12 de mayo de 2017 y autos de la AP Albacete de 20 de enero y de 16 de febrero de 2017. Hay bastantes resoluciones en las que la responsabilidad solidaria del comprador de la unidad productiva se extiende a trabajadores despedidos antes de la enajenación, incluso antes de la declaración de concurso, como en las SSTs de 27 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:752) (de unificación de doctrina), 3 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3856), 17 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3742), 17 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2018:367) y 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3670). En contra de esta construcción, véase CALERO GARCÍA, Salvador (2017). *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 96-97, y el ATJUE de 28 de enero de 2015 (C-688/13, *Gimnasio Deportivo San Andrés*, ECLI:EU:C:2015:46). A favor de considerar que no ha lugar a la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las deudas de Seguridad Social o laborales cuando la unidad productiva que se transmite carece de trabajadores, véase CÓRDOBA ARDAO, Bárbara M.ª (2020). Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal. *Diario La Ley*, n.º 9617, de 21 de abril de 2020, p. 3.

del Consejo General del Poder Judicial (apartado 272) ni el del Consejo de Estado (pág. 48) consideran esta posición una innovación extramuros de la habilitación legislativa. Es particularmente interesante la justificación del Consejo de Estado, que apela al efecto desincentivador de las ventas de unidades productivas que las resoluciones judiciales expansivas de la jurisdicción social provocan en la práctica *“ante la incertidumbre de cuál es el pasivo laboral y de la Seguridad Social que el eventual adquirente deberá asumir”*, lo que a su vez ocasiona que los *“elementos de la unidad se venden entonces de forma independiente, lo que genera una destrucción de valor y es altamente perjudicial para la conservación del tejido empresarial”*. El Consejo de Estado considera que el art. 224.1.3.º TRLC es conforme con la Directiva 2001/23/CE, y la jurisprudencia del TJUE (entre otras, STJUE de 16 de mayo de 2019, *Plessers*, C-509/17), para concluir que la regulación propuesta *“está, por tanto, suficientemente justificada, en particular desde el punto de vista de la seguridad jurídica, y constituye un adecuado ejercicio de la facultad de armonización conferida al Gobierno”*¹¹.

E incluso respecto de las deudas a favor de aquellos trabajadores en cuyos contratos se subroga el adquirente, cabe que el juez acuerde la no sucesión en relación con la parte de esas deudas anteriores que sea asumida por el FOGASA (art. 224.1.3.º TRLC).

Al presuponer la existencia de sucesión de empresa a efectos laborales y de Seguridad Social en las enajenaciones de unidades productivas, el art. 221.1 TRLC hace supuesto de la cuestión, empeorando aquí la regla del art. 149.4 LC, que exigía circunstanciadamente que se dieran los supuestos de la sucesión de empresa laboral a las enajenaciones de unidades productivas realizadas en el concurso para que fuera aplicable la sucesión de empresa.

Recuérdese que la redacción del art. 149.4 LC vigente al tiempo de la aprobación del TRLC, que provenía del artículo único, dos, 5 del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, había agravado la situación previa, pues antes de ese Real Decreto-Ley, el precepto se refería únicamente a las deudas laborales (*“[...] se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa”*), lo que había permitido defender, en la jurisdicción civil al menos, que el auto de adjudicación de una unidad productiva a un tercero podía excluir la responsabilidad del adquirente por deudas de la Seguridad Social¹². Con la inclusión del inciso *“y de Seguridad Social”* en ese artículo por el Real Decreto-Ley 11/2014 se reforzó la posición de la Seguridad Social para defender que el juez del concurso no puede excluir la sucesión de empresa respecto de las deudas por Seguridad Social (y, en particular, la responsabilidad solidaria del adquirente), aunque la transmisión ocurra en concurso. Y resulta sorprendente que fuera precisamente mediante el Real Decreto-Ley 11/2014 que se diera ese paso atrás, puesto que una gran parte de sus modificaciones se orientan, precisamente, a agilizar y hacer más fáciles las transmisiones de unidades productivas en el concurso, sin que el adquirente se subroga en las deudas previas. Como se enfatiza en el preámbulo de dicho Real Decreto-Ley: *“[t]ambién se efectúa una*

¹¹ Véase FACHAL NOGUER, Nuria (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades”. *Aranzadi Digital*, n.º 1, BIB 2020\11584, pp. 33 y ss.

¹² Autos de la AP Barcelona, Secc. 15.ª, de 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 127523) y 16 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 180618), auto JM n.º 5 de Barcelona de 23 de febrero de 2009 (JUR 2013, 241018), autos AP Pontevedra de 25 de mayo de 2012 (JUR 2012, 398857) y 22 de junio de 2012 (AC 2012, 2090) o el auto de la AP Toledo de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013, 326400). Véase, sobre el viraje legislativo, MARTÍNEZ SALDAÑA, David (2016). La sucesión de empresas desde el punto de vista del derecho concursal. En D. MARTÍNEZ SALDAÑA (coord.), *La sucesión de empresa*. Cizur Menor (Navarra), pp. 311-313.

remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis, lo que implica, con determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas" (apartado III); "[s]e trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas" (apartado IV) o "[t]ambién resulta imprescindible acometer con la mayor celeridad posible las modificaciones que introduce este real decreto-ley en la fase de liquidación concursal. La eliminación de determinados obstáculos que están surgiendo en la transmisión de las unidades productivas, supondrá un incentivo inmediato para la adquisición de empresas o ramas de negocio permitiéndose así el mantenimiento de la actividad empresarial y, por ende, de puestos de trabajo" (apartado VII). Pese a lo cual, el legislador acaba por claudicar: "[a]sí [...] se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o a los trabajadores" (apartado IV del preámbulo). Se trata, además, de una claudicación vergonzante, pues da por sobreentendido una situación legal preexistente igual para las deudas laborales que para las de Seguridad Social ("*siguen mereciendo*"), que no era el caso¹³.

En este aspecto, por tanto, el TRLC aún empeora el régimen preexistente, que ya había sufrido un retroceso en 2014. Pero este paso atrás se enjuga, al menos parcialmente, en el apartado 2 del art. 221 TRLC, al conceder al juez del concurso la competencia única para declarar la existencia de sucesión ("*El juez del concurso será el único competente para declarar la existencia de sucesión de empresa*"). Se aparta aquí el TRLC de jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, que habían confirmado la jurisdicción de los tribunales de lo social en lo relativo a la existencia y efectos de la sucesión de empresa. En efecto, los autos de la Sala Especial de conflictos de jurisdicción del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:10642A) y de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2647A), y las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de enero (RJ\2017\426) y 18 de mayo de 2017 (RJ\2017\2979) (esta última, en unificación de doctrina), 27 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:752), 5 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2351), 12 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3199), habían establecido que el orden jurisdiccional únicamente competente para pronunciarse sobre el alcance y los efectos de la sucesión de empresa en materia laboral era el social, incluso cuando la transmisión de una unidad productiva ocurría en el seno de un concurso de acreedores (con el argumento de que "*la acción ejercitada, de ser estimada, llevaría aparejada la condena de diversos sujetos que no son parte en el procedimiento concursal, en el que intervienen la entidad concursada, como deudoras y los acreedores*").

Pese a que la LC no contenía una norma en la que apoyarse, y pese a la existencia de una línea jurisprudencial en contrario, el TRLC se aventura a declarar la competencia exclusiva del juez del

13 El auto del JM n.º 9 de Barcelona de 24 de julio de 2015 (JUR 2015, 196472), tras analizar la evolución normativa respecto a las deudas de la Seguridad Social en el tramo de la venta de la unidad productiva, concluye en una nota sombría: "*Es indudable que ese nuevo art. 149.2 LC [el 149.4 tras la reforma de 2014 y 2015] limitará el número de ventas de unidades productivas en el concurso y ocasionará inevitables pérdidas de puestos de trabajo, si bien se trata de la opción por la que se ha decantado el legislador y que el TJUE, en su auto de 28 de enero de 2015, ha avalado al entenderlo conforme con el derecho comunitario*". También se critica la "*hipertrofia del crédito público*", que puede frustrar la continuidad de empresas viables, que resulta del Real Decreto-Ley 11/2014, en GENTO CASTRO, Zulema (2015). La venta de la unidad productiva en concurso. En A. B. CAMPUZANO LAGUILLO y E. SANJUÁN Y MUÑOZ (dirs.), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 717 y ss. De forma más neutral (descriptiva), FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2015). La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado. En ROJO Á. FERNÁNDEZ-RIO, A. B. CAMPUZANO LAGUILLO, y E. M. BELTRÁN SÁNCHEZ (hom.) (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*. Valencia: Tirant lo Blanch, vol. 2, pp. 2125-2132.

concurso. El cambio no mereció la consideración de innovación *ultra vires* para el CGPJ (sin perjuicio del voto particular del Sr. Moya) ni para el Consejo de Estado. El primero apela, lacónicamente, a la competencia general exclusiva del juez del concurso, y al respeto al art. 57 ET¹⁴.

Y el Consejo de Estado, apoyándose también en la cláusula residual de competencia contenida en el art. 86 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considera *"que la precisión del artículo 221.2 TR resulta adecuada y no excede de las facultades conferidas al Gobierno en la delegación legislativa"* (pág. 48).

Pero, para *"redondear el trabajo"*, quizá aprovechando la modernización de nuestro derecho que habrá de resultar de la trasposición de la Directiva 2019/1023, convendría que se enfatizara que la competencia del juez del concurso se extiende no solo a declaración o no de la existencia de sucesión de empresa, sino, también a la identificación de los activos, pasivos, contratos o elementos que comporta. La experiencia demuestra que cualquier incertidumbre en torno a la subrogación o no del comprador de una unidad productiva realizada en el seno de un concurso en los créditos laborales o de la Seguridad Social pendientes de pago relacionados con esa unidad retrae la licitación y la concurrencia de ofertas y perjudica la maximización del valor de realización. Ello perjudica a todos los acreedores, salvo a los titulares de dichos créditos que, si finalmente obtienen un reconocimiento de su acción contra el adquirente, por parte de los jueces y tribunales del orden social, pese a la limitación o exclusión de la sucesión de empresa realizada por el juez del concurso conforme a lo previsto en los artículos 221 y 224, habrán conseguido sustraerse de los efectos de la insolvencia, y de la regla de la *pars conditio*, aunque carezcan de privilegio especial sobre los bienes y derechos que conforman la unidad productiva y, por tanto, contrariando el 269.2 TRLC que enfáticamente declara que *"[e]n el concurso no se admitirá ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en la ley"*.

Para evitar esta perniciosa consecuencia, radicalmente contraria a los principios reguladores del concurso de acreedores, era necesario que la determinación del juez del concurso en torno a la existencia o no de la sucesión de empresa, o la eventual limitación de sus efectos respecto de los créditos laborales o de la Seguridad Social pendientes de pago al tiempo de la enajenación de la unidad productiva, no estuviera sujeta a eventual corrección por los jueces y tribunales del orden social, tanto si la enajenación acontece en la fase común como en la fase de liquidación, o incluso cuando se realiza en ejecución del convenio aprobado.

Para asegurar que la enajenación de unidades productivas se configura como una alternativa eficaz de reestructuración, tanto en fase concursal como, incluso, en fase preconcursal, sería conveniente derogar la aportación extraordinaria al Tesoro en los despidos colectivos cuando afecten a empresas concursadas o cuando se produzcan en planes de reestructuración homologados judicialmente. Sería así conveniente modificar la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011,

14 *"Es cierto –no puede obviarse– que la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5222) contiene un escueto argumento (FJ 5º) conforme al cual parece atribuirse la competencia para determinar si se ha producido o no una sucesión empresarial corresponde al orden jurisdiccional social. Con posterioridad se han pronunciado en el mismo sentido las SSTs de 26 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1777), y 12 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3295). No obstante tales pronunciamientos, la integración que lleva a cabo el texto proyectado se muestra coherente con la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso y con las concretas competencias en punto a la transmisión de unidades productivas empresariales y para fijar el alcance de la misma, y se muestra coherente también con las previsiones del art. 57 ET, por lo que se encuentra justificada por la función armonizadora insita en la labor de refundición"* (apartado 270 del Informe CGPJ).

de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de forma que se excluyera la obligación de la aportación extraordinaria al Tesoro allí recogida respecto de las empresas declaradas en concurso de acreedores, las empresas que se hallaran tramitando un despido colectivo en el momento de la declaración del concurso e incluso a los despidos colectivos que se realice en ejecución de planes de reestructuración homologados¹⁵.

- La enajenación en conjunto de la empresa, y de los establecimientos o unidades productivas que la integran, o de alguna de ellas, sigue siendo la alternativa preferida en la liquidación, habiendo simplemente reducido la exigencia desde el “[s]iempre *que sea factible*” del art. 148.1 LC al “[s]iempre *que sea posible*” del art. 417.2 TRLC. Se añade, y esto sí que es novedoso, además del criterio del interés del concurso, el de la más adecuada satisfacción de los acreedores como estándar u objetivo que la administración ha de considerar cuando redacta el plan de liquidación: *“La administración concursal elaborará el plan de liquidación atendiendo al interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores”* (art. 417.1 TRLC).

- El art. 418.1 TRLC introduce la exigencia de la audiencia a los representantes de los trabajadores, además de al concursado y a los acreedores, para formular observaciones o propuestas de modificación del plan de liquidación elaborado por la administración concursal. Audiencia a los representantes de los trabajadores que el art. 148.2 LC no contemplaba, si bien el art. 149.1.1.ª LC sí preveía la audiencia de los trabajadores precisamente para adoptar la decisión de enajenación de unidades productivas.

- El art. 149.1.1.ª LC, tras sentar la preferencia por la enajenación unitaria o en conjunto de los establecimientos, explotaciones y unidades productivas del concursado, permitía al juez, previo informe de la administración concursal, y cuando lo entendiera más conveniente para los intereses del conjunto, su *“previa división”* o *“la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos”*. El art. 422 TRLC, tras reproducir la regla del conjunto, permite al juez, cuando se estime conveniente para el interés del concurso, y previo informe de la administración concursal, acordar *“la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan”*, pero sin contemplar la posibilidad de división previa.

- Complementa el régimen de transmisión de unidades productivas en el TRLC el art. 216 TRLC, referido a la autorización judicial para la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada, que, a diferencia del art. 149 1.1.ª LC, no da audiencia a los representantes de los trabajadores para la enajenación de unidades productivas, ni se contempla expresamente la posibilidad de adjudicación directa o por persona especializada por resultar *“en interés del concurso”*.

- El art. 219 TRLC es el paralelo del art. 149.1.3.ª LC referente a la posibilidad de adjudicar la empresa en conjunto o cualquiera de las unidades productivas a favor de una oferta inferior a la más alta recibida. Mejora, en primer lugar, la redacción al referirse a la discrepancia máxima del 15 % *“de la oferta superior”* (en la LC, la referencia a la diferencia máxima del 15 % se predicaba *“de la*

¹⁵ De especial importancia, porque tanto el reglamento de desarrollo como la contestación a consulta de la Dirección General de Trabajo señalan a la existencia de responsabilidad solidaria sobre las aportaciones al Estado (si se han devengado en el cedente) (Consulta de 9 de mayo de 2016 de la Dirección General de Empleo sobre aportaciones económicas por despidos de trabajadores de 50 o más años reguladas en la DA 16.ª de la Ley 27/2011).

inferior" y enturbiaba sobremanera advertir cuál era en efecto el margen máximo permitido). E introduce, como criterio que justifica apartarse de la oferta más alta, además de la mejor garantía de la continuidad de la empresa o de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, no solo la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores (que era lo que la LC contemplaba), sino también la *"más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores"*.

-No existen diferencias dignas de mención entre el art. el art. 149.2 LC y el art. 421 TRLC en torno a la opción por el procedimiento de apremio para la enajenación de los bienes o derechos del concursado, a salvo de las especialidades del plan de liquidación.

- No existen diferencias entre la LC y el TRLC en torno a la determinación de la parte del *"precio obtenido"*¹⁶ en la unidad productiva que corresponde a los acreedores privilegiados cuando se enajena sin subsistencia de las garantías e integra bienes o derechos gravados. Sí existe una variación fundamental entre la LC y el TRLC respecto de las reglas de *"arrastre"* de los acreedores privilegiados en estos casos. Se trata de una variación sutil, casi furtiva, pero que en la práctica puede tener importantes repercusiones prácticas, en especial en los casos, no infrecuentes, en los que los acreedores públicos gozan de garantías reales.

Cuando el art. 149.2, apartado a) LC establecía las condiciones del arrastre forzoso al acreedor que goza de garantía real sobre bienes integrados en la unidad productiva, cuando se enajena sin subsistencia del gravamen y el precio a percibir es inferior al valor de la garantía real, exigía que prestaran conformidad *"los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2"*. Por tanto, imponía el consentimiento al 75 % dentro de cada una de las clases de acreedores privilegiados del art. 94.2 LC, a saber, acreedores laborales, acreedores públicos, acreedores financieros y resto de acreedores. No es nada frecuente que los acreedores laborales gocen de garantías reales. Ni que no haya ningún acreedor financiero con garantías reales. Acreedores de derecho público o incluidos en la clase *"resto de acreedores"* pueden, en ocasiones, gozar de garantías reales. Pues bien, cuando haya acreedores financieros, acreedores públicos, otros acreedores o incluso acreedores laborales que gocen de garantías reales sobre bienes integrados en la unidad productiva que se enajena sin subsistencia de las garantías reales y que no vayan a percibir siquiera el valor de sus respectivas garantías reales, debe alcanzarse el voto favorable del 75 % de los acreedores reales con derecho de ejecución separada de cada una de esas subclases.

La regulación del art. 214.1.1.^ª TRLC, sin embargo, no parece exigir voto separado de cada una de las subclases de acreedores privilegiados: *"[...] la conformidad a la transmisión por los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, siempre que representen,*

16 Vuelvo a poner de relieve la distorsión que la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto de las deudas tributarias, laborales y de Seguridad Social anteriores (o solo respecto de estas dos últimas) ha producido en relación con la determinación del *"precio obtenido"* de la unidad productiva que integra bienes o derechos gravados a favor de acreedores singularmente privilegiados, que es el punto de partida para determinar si esos acreedores tienen o no derecho de veto. Porque es posible señalar hasta tres posiciones distintas (las dos últimas, en mi opinión, sin sustento) sobre qué debe entenderse por *"precio obtenido"* (véase el AJM n.º 5 de Barcelona de 23 de marzo de 2015, grupo Dinámic, ECLI:ES:JBM:2015:26A): (a) *"precio obtenido"* es la contraprestación bruta total que el adquirente satisface (o asume) por la unidad productiva, lo que incluye obviamente el efectivo que paga, pero también la deuda que asume voluntariamente, y la deuda en la que se subroga por imperativo legal; (b) *"precio obtenido"* es el efectivo que ingresa el vendedor y la deuda laboral y de Seguridad Social impuesta sobre el adquirente; (c) *"precio obtenido"* es el efectivo que ingresa el vendedor.

*al menos, el setenta y cinco por ciento de la clase del pasivo privilegiado especial, afectado por la transmisión*¹⁷. Se refiere este artículo del TRLC a "la clase del pasivo privilegiado especial" en lugar de referirse a las subclases del pasivo privilegiado especial afectado por la transmisión, que sería lo correcto a la vista de la redacción del art. 287 TRLC (que es el equivalente al art. 94.2 LC). La redacción del art. 214.1.1.^ª TRLC da a entender que no es preciso el voto separado del 75 % en cada una de las subclases de acreedores con privilegio especial que puedan gozar de garantías reales sobre bienes o derechos integrados en la unidad productiva que se enajena, sino que basta con la aprobación al 75 % de todos ellos.

En mi opinión, de ser correcta esta interpretación, se trataría de una innovación legal *ultra vires*, porque excedería del mandato de regularización, aclaración y armonización otorgado al gobierno para la elaboración del TRLC. Y de ahí que el art. 214.1.1.^ª TRLC, a pesar de la claridad de su redacción, debería seguir interpretándose conforme al tenor literal del art. 149.2.a) LC, esto es, imponiendo el voto en las subclases separadas de acreedores con privilegio especial sobre bienes de la unidad productiva en venta.

Y ello a pesar de que, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, será necesario modificar nuestro derecho para permitir que, en los procesos de reestructuración preventiva en los que se aprueben ventas de unidades productivas en las que puedan englobarse activos gravados, pueda imponerse la reestructuración (y por tanto dicha enajenación) al acreedor disidente, incluso al acreedor real disidente y a toda una clase de acreedores garantizados disidentes (cuando se cumplan los requisitos previstos para el arrastre intraclase o el arrastre interclases, en los arts. 10 y 11 de la Directiva 2019/1023, respectivamente), sin que sea preciso que los acreedores reales se organicen en subclases separadas, en función de la naturaleza del crédito (crédito de derecho público, crédito financiero, crédito laboral u otros créditos, como el art. 94.2 LC o el art. 287 TRLC imponen) si no existiera entre esos acreedores disparidad de intereses suficiente, dado que el criterio de formación de la clase en la Directiva 2019/1023 se basa en la comunidad o homogeneidad de intereses con apoyo en criterios comprobables, y nunca en la naturaleza subjetiva del acreedor, ni en la causa u origen de los créditos.

17 Se ha mantenido (CÓRDOBA ARDAO, 2020, pp. 4-5) que no debería ser preciso el consentimiento de los acreedores con privilegio especial sobre bienes integrados en una unidad productiva cuando esta se vende en subasta sin subsistencia de la garantía porque, se argumenta, existiría en ese caso una garantía de que se ha seguido un procedimiento público y concursal de maximización de valor y debería seguirse la misma regla que respecto a la enajenación aislada del colateral (solo tiene el acreedor con privilegio especial derecho de veto en la venta directa sin subsistencia de la garantía, pero no cuando se hace en subasta *ex art.* 210.3 TRLC, antes *ex art.* 155.4 LC). No estoy de acuerdo con la reflexión. Es, en efecto, comprensible que el acreedor con privilegio especial no pueda objetar la enajenación en subasta del bien afecto porque no es razonable esperar que en la ejecución por él promovida hubiera de resultar un producto mayor. Pero, sin embargo, si en la venta del conjunto de la unidad productiva la parte del precio que corresponde al acreedor real no alcanza siquiera el valor de la garantía real, incluso aunque la venta se haya hecho en subasta, debe corresponder al acreedor real el derecho a no consentir la transmisión porque, tal vez, en la ejecución aislada del bien o derecho afecto sí que se consiga un producto incluso superior al valor de la garantía. Podemos admitir que se erosione el derecho individual del acreedor real cuando reciba al menos el valor de la garantía en una enajenación conjunta, incluso mediante subasta, de la unidad productiva en la que se integran los bienes o derechos afectos en aras de la continuidad de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo, bla, bla, bla. Pero cuando ni siquiera se le repaga ese valor mínimo, el acreedor real debe poder obstaculizar la venta del conjunto y es perfectamente comprensible que lo haga si la venta aislada del bien o derecho afecto puede proporcionarle un mayor repago, aunque sea a costa de poner en peligro la continuidad de la empresa. De otra forma, se transfiere valor desde el acreedor con privilegio especial hacia otros acreedores, hacia el deudor, sus socios, empleados y directivos (interesados en la continuidad de la empresa), sin justificación alguna. Véase la STS de 21 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4095) y el apartado 11.1 de los "Criterios sobre el Plan y Operaciones de Liquidación" contenido en las Conclusiones del Seminario de Jueces de lo Mercantil de Cataluña de 23 de marzo de 2011, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 1, 2012, pp. 595-596, que justifica la venta aislada de activos cuando es más favorable para el interés del concurso porque se maximice el producto para pagar a los acreedores. La satisfacción de los acreedores sigue siendo el "interés del concurso", sin que haya adelantado a ese objetivo el mantenimiento de la unidad productiva o de los puestos de trabajo para erigirse en fin del concurso (ni único, ni preferente a la satisfacción de los acreedores).

Siendo preciso adaptar nuestra legislación preconcursal, por imperativo de la Directiva 2019/1023, de forma que la formación de clases atienda a una suficiente homogeneidad objetiva entre los acreedores, y, por tanto, debiendo renunciarse a una formación de clases basada en el puro origen, causa o naturaleza objetiva del crédito (crédito de derecho público, crédito financiero, crédito laboral, etc.), parecería incongruente que, en el contexto del concurso, se siguiera un criterio diferente. No lo impediría la Directiva 2019/1023, cuyas exigencias en torno a las clases de acreedores se contienen en su título II, dedicado al precurso, pero no de forma expresa en su título IV, dedicado a las medidas de mejora de la eficacia de la reestructuración preventiva, la exoneración del pasivo insatisfecho y el concurso. Aunque no lo impediría la Directiva 2019/1023, sí lo haría la coherencia interna del sistema, la congruencia del derecho en su conjunto, considerando el precurso y el concurso como partes de un todo que debe ser armónico: que los acreedores privilegiados de derecho público, por ejemplo, puedan impedir en el concurso la enajenación de la unidad productiva que integra bienes o derechos sobre los que ostentan garantías reales, cuando la venta se produce sin subsistencia del gravamen y el precio que les corresponde no alcance el valor de sus garantías reales, a pesar de que hayan votado a favor de la enajenación el resto de los acreedores reales con bienes gravados englobados en esa unidad productiva, que representan más del 75 % de todos los acreedores con privilegio especial sobre bienes de la unidad productiva, y, sin embargo, no puedan impedirlo en el precurso en esas mismas condiciones, atenta contra la lógica de que el concurso es la última frontera, el ámbito en el que mayor puede ser la erosión del derecho de crédito individual en aras de la satisfacción del principio básico de la *pars conditio*.

- Se aprecia una mejora de redacción en este mismo art. 214.1.1.^a TRLC en relación con la enajenación de la unidad productiva que integra bienes o derechos gravados, sin subsistencia del gravamen, cuando la parte del precio a recibir por el acreedor real no fuera suficiente para cubrir el valor de la garantía real. El art. 214.1.1.^a TRLC se refiere a la clasificación que corresponda conforme a su naturaleza a la "*parte del crédito garantizado no satisfecha*", mientras que la LC, con menor rigor terminológico, se refería a "*la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha*".

- Por último, las previsiones en los arts. 190.3 y 191 ter.4 LC sobre la venta de la unidad productiva en procedimiento concursal abreviado cuando el deudor presenta, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento (*pre-pack*) se han trasladado, sin modificaciones dignas de comentario, al art. 530 TRLC. Es importante destacar que, en este caso, el TRLC no exige al adquirente ningún compromiso de continuidad de la actividad durante un "*tiempo mínimo*" que sí impone al adquirente de la unidad productiva en cualquier otro trance el art. 324.1 TRLC, aumentando así las ventajas de la adquisición de unidades productivas en *pre-pack* señaladas por la doctrina¹⁸.

18 GUASCH MARTORELL, Rafael (2018). El procedimiento abreviado: transmisión de la unidad productiva en funcionamiento. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 308, pp. 9 y ss.; AZOFRA VEGAS, Fernando (2012). La agilización de la reestructuración del activo: "pre-pack" y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º. 17, pp. 134-141.

Bibliografía

ALONSO HERNÁNDEZ, Ángel y RUBIO SANZ, Javier (2020). La venta de negocios y la filialización (“hive-down”) como instrumentos solutorios y alternativas del acuerdo de refinanciación. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 33, pp. 369-398.

AZOFRA VEGAS, Fernando (2012). La agilización de la reestructuración del activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, pp. 131-143.

BUIL ALDANA, Ignacio (2012). Section 363 Sales: una aproximación al régimen norteamericano de venta de activos y unidades productivas en sede concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, pp. 337-351.

CALDERÓN PATIER, Carmen y LÓPEZ RAMÍREZ, Pedro (2019). ¿Garantiza la actual normativa en España de la venta de la unidad productiva en concurso de acreedores la continuidad de la actividad empresarial? Una aproximación empírica. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 47, pp. 187-211.

CALERO GARCÍA, Salvador (2017). *La venta de empresas y unidades productivas en la liquidación concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CÓRDOBA ARDAO, Bárbara M. (2020). Los retos futuros de las ventas de unidades productivas en sede concursal. *Diario La Ley*, n.º 9617, de 21 de abril de 2020, pp. 1-7.

FACHAL NOGUER, Nuria (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal: una selección de sus principales novedades. *Aranzadi Digital*, n.º 1, BIB 2020\11584, 56 pp.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María (2015). La venta de unidades productivas en el procedimiento concursal abreviado. En Á. ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A. B. CAMPUZANO LAGUILLO y E. M. BELTRÁN SÁNCHEZ (hom.) (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*. Valencia: Tirant lo Blanch, vol. 2, pp. 2119-2253.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. y MARCUELLO SALTO, Juan Ignacio (2015). El marco legal en los países de nuestro entorno. En AA. VV., *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pp. 61-81.

GENTO CASTRO, Zulema (2015). La venta de la unidad productiva en concurso. En A. B. CAMPUZANO y E. SANJUÁN Y MUÑOZ (dirs.), *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 715-740.

GUASCH MARTORELL, Rafael (2018). El procedimiento abreviado: transmisión de la unidad productiva en funcionamiento. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 308, 31 pp.

MARTÍNEZ SALDAÑA, David (2016). La sucesión de empresas desde el punto de vista del derecho concursal. En D. MARTÍNEZ SALDAÑA (coord.), *La sucesión de empresa*. Cizur Menor (Navarra), pp. 297-313.

MARTÍNEZ SALDAÑA, David (2020). OP-Ed: Transfer of Insolvent Undertakings and Restriction on Transferee's Pension Obligations. The EU Law Live Blog (eulawlive.com/blog) de 14 de septiembre de 2020.

MERCADER EGUINA, Jesús (2014). Asimetrías, dudas e inconsistencias en los aspectos laborales del concurso. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 31, pp. 91-121.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo (2017). Transmisión de empresas en crisis y saneamiento empresarial: la aportación de rama de actividad a sociedad íntegramente participada. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 26, pp. 117-138.

PERDICES, Antonio (2015). La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 34, 2015, pp. 101-112.

PUEBLA PINILLA, Ana de la (2019). Los costes laborales en el concurso y en las reestructuraciones preventivas. En N. BERMEJO GUTIÉRREZ, A. martínez flÓrez y A. RECALDE CASTELLS (dirs.), *Las reestructuraciones de las Sociedades de Capital en crisis*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 347-380.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel (2020). El Texto Refundido de la Ley Concursal. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 51, pp. 9-26.

RUBIO VICENTE, Pedro J. (2014). La problemática de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación concursal. *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, pp. 177-250.

LA CUOTA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS EMPRESAS PRIVADAS DEL PERÚ

Luis Mendoza Legoas

Abogado del Área de Derecho Laboral de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Perú)

Resumen

Vigente en Perú desde 2015, la obligación de implementar una cuota de personal con discapacidad en empresas privadas enfrenta una serie de problemas prácticos que deben ser analizados desde el derecho material de igualdad y el mandato de no discriminación. En esa medida, este artículo propone un repaso de esta acción afirmativa a través de su implementación conforme con los derechos fundamentales y con un enfoque crítico de la facultad fiscalizadora y punitiva que el Estado adopta sobre este tema.

PALABRAS CLAVE:

EMPRESA, DISCAPACIDAD, CUOTA, EMPLEO, ADECUACIÓN.

Abstract

In force in Peru since 2015, the obligation to implement a quota of employees with disabilities faces practical problems that must be analyzed based on the right and principle of equality and non-discrimination. To that extent, this article proposes a review of this affirmative action through its implementation in accordance with fundamental rights and with a critical approach of the supervisory and punitive faculty that the State adopts on this subject.

KEY WORDS:

COMPANY, DISABILITY, QUOTA, EMPLOYMENT, ADEQUATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Mendoza Legoas, Luis (2020). La cuota de personas con discapacidad en las empresas privadas del Perú. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 67-81 (ISSN: 1578-956X).

Las relaciones laborales del ámbito privado en el Perú constituyen un espacio intensamente complejo para el estudio de la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo, especialmente si consideramos la *efectividad* desde un punto de vista material (vale decir, como ejercicio fáctico de los derechos por parte de sus titulares). Aquí presentaremos uno de sus avances más recientes: desde hace casi un lustro, la legislación laboral peruana ha ordenado a ciertas empresas del sector privado la adopción de medidas efectivas para contratar a personas discapacitadas, la obligación de procurar los *ajustes razonables* necesarios para que ellas puedan desarrollar su vida laboral en forma digna y la obligación de incorporar un proceso de consulta en la toma de decisiones sobre los ajustes razonables para que los trabajadores con discapacidad participen efectivamente en la determinación de dichos ajustes.

Interesa abordar, pues, asuntos sustantivos que se encuentran presentes dentro de esta acción afirmativa (que recae en empresas privadas según su mayor envergadura) y por la cual, dentro de su respectivo personal a cargo, debe darse empleo progresivamente a un porcentaje representativo de población en condición de discapacidad hasta satisfacer la llamada “cuota”.

Desde luego, nuestro estudio del tema se realizará desde el enfoque antidiscriminatorio que esa medida legislativa evidencia, advirtiendo la importancia del aparato administrativo laboral para coadyuvar al cumplimiento tanto de la cuota de empleo de personal discapacitado (que resuelve el problema de su difícil acceso a una relación de trabajo) como de los derechos dentro de la relación laboral (entre otros, a no ser discriminados por ese motivo prohibido), y que todo ello sea eficazmente cumplido por los empleadores del sector privado.

1. La cuota de empleo de personal discapacitado como expresión del derecho de igualdad material

1.1. Las normas peruanas sobre cuota de empleo de personas con discapacidad en el contexto internacional y comparado

La legislación sobre este tema ha sido expedida entre los años 2012 y 2016, y ha sustituido a las normas anteriores que, en la práctica, parecerían no haber impulsado suficientemente ni la empleabilidad ni el respeto de condiciones de trabajo adecuadas para la población trabajadora con discapacidad. Así, en el cuatrienio indicado, entraron en vigor (entre otras normas) cuatro cuerpos normativos fundamentales:

- La Ley 29973, *Ley General de la Persona con Discapacidad* —en adelante, LGPD—, que impuso a las empresas con más de 50 trabajadores la obligación de contar con una cuota de personal discapacitado equivalente al 3 % de su planilla y que dispuso que la fiscalización de esta obligación

se daría recién transcurridos los dos primeros años desde la entrada en vigencia de la Ley (vale decir, desde el 25 de diciembre de 2014);

- El *Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*, aprobado por Decreto Supremo 2-2014-MIMP —en adelante, Reglamento de la LGPD—, que precisó el carácter progresivo de la cuota al estipular eximentes (basadas en la demostración de acciones tendentes al cumplimiento de esta obligación) que podían ser alegadas por las empresas para evitar las sanciones correspondientes por no haber alcanzado la referida cuota.

- Las *"Normas complementarias para la aplicación y fiscalización del cumplimiento de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores privados"*, publicadas en el diario oficial *El Peruano* en mayo de 2017 mediante Resolución Ministerial 107-2015-TR —en adelante, RM 107-2015-TR—, en las que se precisaban varios aspectos prácticos referidos a la implementación de la cuota de personal discapacitado y para el ejercicio del derecho de defensa de los empleadores ante una eventual fiscalización y sanción.

- La *"Norma técnica para el diseño, implementación y ejecución de ajustes razonables para el empleo de personas con discapacidad en el sector privado"*, publicada mediante la Resolución Ministerial 127-2016-TR —en adelante, RM 127-2016-TR—, en la que se regula un procedimiento deliberativo por el que la persona con discapacidad puede solicitar los ajustes razonables, identificando las barreras existentes, y el empleador puede implementar las medidas correspondientes o denegarlas bajo causales previstas en la norma.

- El *"Protocolo de fiscalización de la cuota de empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores del sector privado"* (número 4-2016-SUNAFIL/INII), aprobado mediante la Resolución de Superintendencia 141-2016-SUNAFIL.

No es únicamente un mandato de derecho interno el que ha motivado que el Estado expida una normativa tan importante como la señalada. Sin duda, debemos contar entre las fuentes de referencia para esta normativa con dos convenios internacionales de la Organización Internacional de Trabajo (OIT): el Convenio N.º 111 de la OIT (1960), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y el Convenio N.º 159 de la OIT (1983), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. En particular, es el último de los instrumentos mencionados el que nos parece más importante en la línea de una construcción ponderada de la igualdad material para las personas con discapacidad.

En efecto, el Convenio N.º 159 establece algunas medidas que queremos resaltar:

- Pone en relieve la necesidad de que las personas discapacitadas encuentren *"plena participación"*, entendiendo que para ello debe protegerse su derecho a obtener y conservar un empleo adecuado y a progresar dentro del mismo (artículo 1.º);

- Busca promover la incorporación de estas personas al *mercado regular del empleo* (artículo 3.º);

- Afirma que es legítima la adopción de las *medidas positivas* encaminadas a lograr la igualdad entre trabajadores discapacitados y el resto de los trabajadores, pues el establecimiento de diferencias de trato no constituye discriminación respecto de los últimos (artículo 4.º).

El derecho comparado demuestra que la imposición de cuotas para estos efectos no resulta una técnica infrecuente. Al contrario, ya desde hace varias décadas se vienen implementando medidas similares en otros países. Es el caso de Alemania (1974), donde actualmente los empleadores con veinte trabajadores o más deben garantizar que al menos el 5 % de ellos tengan alguna forma de discapacidad. En Francia (1987), los empleadores de similar dimensión cuentan con al menos el 6 % de trabajadores con discapacidad.¹ En Italia (1999), existe la obligación de contratar un número fijo de personas con discapacidad según el número de trabajadores que tengan las empresas. En España (2005), las empresas con más de cincuenta trabajadores deben contar con una proporción de personal con discapacidad no inferior al 2 %.

En el contexto latinoamericano, puede verse una tendencia creciente hacia la extensión de esta obligación hacia el sector privado. Así, cronológicamente puede enlistarse los casos de:²

- Brasil (1991), donde las empresas con cien o más trabajadores deben contar con proporciones de entre el 2 % y el 5 %, según el número de empleados.

- Panamá (1999), en donde la cuota del 2 % de trabajadores con discapacidad se aplica a las empresas con cincuenta trabajadores o más.

- República Dominicana (2000), donde la cuota de trabajadores con discapacidad se aplica a todas las empresas del sector privado y asciende al 2 %.

- Argentina (2002), donde las empresas privadas concesionarias de servicios públicos deben contar con una cuota del 4 %.

- Venezuela (2007), donde el 5 % de todas las empresas del sector privado debe estar constituido por personas con discapacidad.

- Nicaragua (2011), país en el que las empresas con más de cincuenta trabajadores deben contar con una cuota representativa de personal discapacitado del 2 %. En el resto de las empresas, la cuota no es porcentual, sino que se reserva un puesto de trabajo para una persona con discapacidad.

- Ecuador (2012), donde la cuota exigida representa el 4 % de las empresas con veinticinco o más trabajadores.

1 Vid. Organización Internacional del Trabajo (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para personas con discapacidades a través de la legislación*. Directrices. Ginebra: OIT, p. 36.

2 Vid. Organización Iberoamericana de Seguridad Social (2014). *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*. Madrid: OISS, pp. 67 y siguientes.

1.2. Imposición legal de la cuota y las empresas privadas en Perú

Revisado este marco de referencia, nuestra intención es aproximarnos al porqué de esta medida legislativa. Para ello enfocaremos a esta obligación empresarial desde el contenido del principio-derecho de igualdad material y los mecanismos para su efectividad.

El proceso de elaboración de las normas sobre esta materia en Perú —especialmente en el caso de la RM 107-2015-TR, para la que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) realizó consultas participativas con actores de la sociedad civil— ha demostrado que, en general, existe poco entusiasmo dentro de un grueso sector de los empleadores ante el hecho de que se *les obligue* a admitir a determinado personal dentro de su empresa —sin importar cuál es su condición—, pues, como en muchos aspectos de la contratación laboral y del *management* empresarial, las normas heterónomas no suelen ser bienvenidas.

Sin embargo, existen algunos hechos relevantes que podrían estar ayudando a cambiar esa percepción inicial. En primer lugar, desde la propia economicidad del mercado de trabajo, cierto tipo de emprendimientos podría no estar considerando todo el potencial que la fuerza de trabajo tiene. Apenas iniciado el siglo XXI, un estudio sobre discapacidad en nuestro país estableció que anualmente se pierde entre el 7 % y 9 % del Producto Bruto Interno peruano debido a la exclusión laboral de las personas con discapacidad.³

En segundo lugar, el calado de discursos sobre buenas prácticas empresariales e imagen corporativa puede articularse bien con ciertos llamados a la inclusión de esta población trabajadora. Cabe recordar que la propia Organización Internacional de Empleadores —haciéndose eco de campañas que sobre el particular se han impulsado desde la OIT— ha destacado que *“las personas con discapacidad representan un enorme potencial que puede beneficiar a casi cualquier tipo de empresa”*.⁴ Muestra de esto es que la Red Mundial Empresas y Discapacidad —una herramienta mundial reconocida por la OIT— busca promover la inclusión de personas con discapacidad en el mundo del trabajo mediante su Estatuto, que expresa esa determinación.⁵ Son once de las empresas más grandes del mercado global las que están impulsando este esfuerzo y las que han expresado su compromiso para contagiar este impulso a otras empresas.

Volviendo al ámbito nacional, la percepción inicial desfavorable de un grueso sector empresarial peruano hizo que se aguardaran con especial interés las normas de reglamentación correspondientes. Desde luego, no puede responsabilizarse a las empresas por la falta de oportunidades de empleo para la población con alguna forma de discapacidad. En rigor, la situación desventajosa que experimentan estas personas dentro del mercado de trabajo puede explicarse por su virtual marginación y hasta *invisibilización*. Todos estos factores se suman a la ausencia de políticas socia-

3 MALDONADO, S. (2004). *Trabajo y discapacidad en el Perú. Mercado laboral, políticas públicas en inclusión social de las personas con discapacidad*. Citado por: S. Galicia, S. *Comentarios al Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad en materia laboral*. Documento de MS Word. En <http://www.pucp.edu.pe>. Página visitada en marzo de 2015.

4 Organización Internacional de Empleadores. Véase en: <http://www.ioe-emp.org>. Página visitada en junio de 2017.

5 Vid. OIT, página institucional. <http://www.ilo.org>. Página visitada el 29 de octubre de 2018.

les que integren a este segmento de la población en forma eficaz y a las privaciones que culturalmente se atribuyen a ciertas condiciones de discapacidad, entre otras causas.

En todo caso, el involucramiento (así sea forzado) de las empresas en el fomento del empleo de personas con alguna discapacidad representa en sí mismo un avance en la dinámica necesaria para que la calidad de vida de estas personas mejore. Lejos de esperar al momento en el que las condiciones culturales, formativas y, en general, socioeconómicas permitan la inserción laboral "espontánea" de estas personas, el legislador peruano ha incluido a los empleadores dentro de este *proceso afirmativo*.

Aventurando un balance en este punto, la legislación ha apostado por la inserción de las empresas como actores necesarios para la construcción de un escenario institucional que ofrezca mayores espacios de ciudadanía para las personas con discapacidad, precisamente, a través de su integración al mundo de las relaciones laborales. Con esta medida, entonces, se manifiesta en concreto una acepción más acabada del concepto de "*Constitución económica*" como precepto que, desde el máximo nivel normativo, ordena el contenido del sistema social y de las relaciones entre los agentes económicos (en este caso, empleador y trabajador discapacitado).⁶

Sin duda, es muy importante que el proceso afirmativo que se ha abierto conquiste resultados efectivos para que, en el mediano y largo plazo, se mantenga la asociación entre el sector público y las empresas, a fin de que estas puedan valorar y contribuir en la difusión de los beneficios que a ellas mismas les reporta la contratación de trabajadores discapacitados,⁷ y así la cuota de discapacidad pase de ser una imposición legal a una realidad socialmente aceptada y practicada.

Ahora bien, ¿cómo funciona exactamente esta figura legal? Queda claro que si, en el plano ideal, una empresa se constituye el día de hoy con una planilla compuesta por más de cincuenta trabajadores, se tiene que al menos un porcentaje no menor al 3 % de ese personal tendría que estar conformado por trabajadores con alguna discapacidad (al tiempo que ellos deben cumplir con el perfil requerido por el empleador para los puestos concretamente ofrecidos).

Sin embargo, el común de los escenarios en los que esta normativa será aplicada es el de compañías de la mediana y la gran empresa que ya están en funcionamiento. Considerando la relativa complejidad de este supuesto, se ha establecido que la implementación de la cuota de empleo de personal discapacitado es una obligación anual y que el porcentaje fijado (3 %) se establece en forma proporcional al periodo trabajado por todos los trabajadores que, dentro del ejercicio anual, prestaron servicios para un empleador determinado.

De esa manera, para efectos del cómputo de la citada obligación, se tiene que, dentro del periodo anual, se determinará una equivalencia por porción anual laborada por cada trabajador de la empresa, en la que:

6 Confróntese con lo señalado por BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 96-98.

Sobre el particular, véase: SCOTT-PARKER, S. (2011). Derechos y obligaciones: el punto de vista de la empresa. En W. Momm y R. Ransom (dirs.). *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*. Ginebra: OIT, p. 1736.

7 Sobre el particular, véase: S. SCOTT-PARKER. *Derechos y obligaciones...*, op. cit., p. 1736.

- La persona que prestó servicios por un año es equivalente a 1.
- La persona que solamente trabajó por meses específicos: $1/12$ por cada mes laborado.
- La persona que solamente trabajó días específicos: $1/30 \times 12$ por cada día laborado.

Estas pautas arrojarán el número computable de trabajadores dentro del período anual. Ese número, a su vez, será multiplicado por 0.03, lo que *arrojará el número total de la cuota de discapacidad*, que podrá redondearse y aplicarse en forma ponderada, según los mismos criterios de cómputo de períodos de trabajo: año completo, mes o días laborados.

El universo de trabajadores de cada empresa (sin importar si existen uno o varios centros de trabajo dentro de ella) puede ser rastreado a través de los datos registrados por el empleador en un sistema de información conocido como "Planilla Electrónica".

Acorde con la naturaleza de este tipo de cuotas, su temporalidad es permanente. Por ello, la terminación del vínculo contractual con cualquier trabajador discapacitado por cualquier causal no disminuirá la cuota correspondiente, ya que surgirá la obligación de contratar a un trabajador discapacitado que sustituya al cesado.

No han sido pocos los empresarios peruanos que han malinterpretado esta nueva normativa. Algunos han entendido que ordena la contratación de personal adicional al que realmente necesita su organización. Otros han entendido que la incorporación de estas personas debe hacerse sin considerar las necesidades existentes dentro de su organización. Ambas son lecturas erróneas de esta obligación legal.

Debe tomarse nota de que quizá estas expresiones no acusan tanto una disconformidad jurídica, o siquiera económica, como sí una de orden político. En efecto, puede manifestar una resistencia a la posibilidad de que las normas laborales declaren abiertas las fronteras de la empresa para la maximización de los derechos fundamentales dentro de las relaciones privadas que estas albergan. Y aún más, podría comunicar la resistencia a la acción que procura el desarrollo de tales derechos respecto de sujetos que, en muchos casos, se han visto mantenidos fuera de los muros de la empresa por tácitas o abiertas prácticas discriminatorias.

Volviendo a nuestro punto: la norma sobre cuotas busca que esa medida se implemente allí donde se haya generado la necesidad de contratar a nuevo personal y cuando los postulantes que tengan alguna discapacidad cuenten con una cualificación suficiente. De otro lado, se reconoce que pueden concurrir razones técnicas o de riesgo que objetivamente excluyan a un postulante discapacitado de un puesto de trabajo determinado.

2. El control estatal del cumplimiento de esta acción afirmativa

2.1. Su carácter programático y su exigibilidad inmediata

Como puede apreciarse, la exigencia de la cuota no es una exigencia sorda, cuyo incumplimiento sea penalizado automáticamente. No podría ser así, ya que —como ha puesto en relieve la Autoridad Nacional del Servicio Civil del Perú— *“la Población con discapacidad económicamente activa representa el 2% de la Población Económicamente activa total nacional, cifra inferior a la suma de las cuotas de empleo de 5% para personas con discapacidad en el sector público y 3% en el sector privado”*.⁸ En otras palabras, es numéricamente imposible que todos los empleadores (incluido el Estado) alcancen la referida cuota.

Esto nos recuerda aquella distinción, existente en la vieja doctrina del derecho privado, entre las llamadas *“obligaciones de medios”* y las de *“resultados”*. Claramente, la implementación de la cuota se asemeja más a una obligación de medios, dada la imposibilidad de que hoy todas las empresas (formales, cuando menos) y entidades estatales lleguen a contratar a todas las personas con discapacidad que estén cualificadas para los puestos de trabajo que pudieran generarse. Descartándose el resultado por la imposibilidad fáctica advertida, esta obligación consiste en el razonable cumplimiento de acciones desplegadas para alcanzar la cuota (conforme se haya registrado la necesidad de contratar a nuevo personal o de reemplazar al cesado).

Apoya esta conclusión el hecho de que los empresarios que no lleguen a completar la cuota respectiva pueden demostrar haber realizado esfuerzos por tratar de alcanzarla y eximirse de una multa administrativa. Para ello, de acuerdo con la normativa aplicable, es necesario que el empleador realice las convocatorias en número suficiente, siempre que exista necesidad empresarial de cubrir puestos de trabajo.

Habida cuenta de lo expuesto, es posible sostener que la implementación de la cuota tiene una connotación programática y hasta (como gusta decir al empresariado) *“flexible”* para los empleadores obligados. Así, es posible que el sujeto obligado arguya, ante una fiscalización, que no alcanzó a cubrir la cuota de personas con discapacidad dentro del periodo fiscalizado por la concurrencia de *“razones de carácter técnico que dificultan la incorporación de trabajadores con discapacidad”*. Conforme con el artículo 25 de la RM 107-2015-TR, esta justificación incide en el *“alto nivel de especialización de competencias exigidas para el puesto de trabajo, de escasa oferta en el mercado formativo o laboral nacional”*.

Las razones de carácter técnico como causa de la baja o nula participación de postulantes con discapacidad parten del reconocimiento de que, como se ha anotado antes, este es un grupo de personas que muestra como promedio una baja cualificación para el empleo. De esto se sigue

⁸ Vid. *El reto de la inserción laboral de las personas con discapacidad en el servicio civil peruano*. En portal institucional de la Autoridad Nacional del Servicio Civil. <http://www.servir.gob.pe>.

que los puestos que objetivamente ameritan que los aspirantes a ocuparlos posean determinados conocimientos y especializaciones que optimicen su aptitud para cumplir con éxito esas funciones podrían tener poca participación de personas con discapacidad.

En ese sentido, la RM 107-2015-TR señala que la escasa oferta en el mercado formativo o laboral nacional respecto al perfil profesional requerido podría acreditarse mediante la información que, en su momento, proporcionen instituciones como el *Observatorio sobre Educación y Empleo* que el MTPE, el Ministerio de Educación y el sector privado están implementando aún.

Alternativamente a esa causal, aparece otra que se vincula a las características de la actividad a desarrollar: se trata de las "*razones de riesgo vinculadas al puesto de trabajo que motivan la especial dificultad para incorporar personas con discapacidad*" (inciso 1.1 del artículo 56.4 del Reglamento, desarrollado por el artículo 26 de la RM 107-2015-TR). Esta eximente puede justificar la escasa o nula participación de personas discapacitadas en las convocatorias de empleo de una empresa por consideraciones del riesgo ocupacional que hagan inadecuado, desde el punto de vista del deber de prevención, que este se ofrezca a personas con cierta forma de discapacidad.

En esto, los empleadores tienen la carga de elaborar preliminarmente el perfil de los puestos de trabajo a ser ofertados con arreglo a sus instrumentos de seguridad y salud en el trabajo, mediante información pormenorizada de las características del puesto y las competencias laborales exigidas. Además, las normas reglamentarias precisan que esta eximente no puede ser alegada en forma válida si se origina en el incumplimiento del empleador de los estándares del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. De otro lado, debe quedar sentada la insuficiencia de posibles ajustes razonables.

El desarrollo reglamentario de las eximentes fundadas en el deber de prevención de accidentes es de especial relevancia, pues, pese a que la LGPD es coetánea a la Ley 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ambas normas no parecen contener demasiados puntos de conexión ni de remisión que ayuden a aliviar la evidente tensión que existe entre el deber de prevención y la acción afirmativa que busca favorecer la empleabilidad de personas con discapacidad. Por ello se espera que la inspección del trabajo empiece a sentar criterios que permitan la conciliación entre el interés de incluir a personas con discapacidad en más puestos de trabajo con el de proteger la salud de dichas personas y la de su entorno inmediato.

Sea por una alta especialización exigida o por el nivel de elevado riesgo persistente a pesar de las medidas preventivas adoptadas (incluyendo los ajustes razonables), los empleadores tienen la carga de confeccionar, de forma objetiva, los perfiles ocupacionales de cada puesto. Esto es debido a que (lógicamente) no todas las formas de discapacidad podrían quedar excluidas automáticamente de ocupar los puestos de trabajo que convoque una empresa obligada a implementar la cuota. De hecho, incluso es posible que no todas las personas con un mismo tipo de discapacidad, considerada en principio como "incompatible" con un puesto de trabajo por los riesgos implícitos, puedan resultar excluidas en forma apriorística.

Como fuere, una vez elaborados los perfiles para las convocatorias identificadas, es preciso evidenciar la apertura de la empresa para contratar a personas con discapacidad procurando la participación efectiva de postulantes con dicha condición, a través de la intermediación de entidades

especiales. Los empleadores que tienen pendiente cubrir la cuota de personal discapacitado y que, después de la entrada en vigor de esta obligación, tienen altas de personal (por creación de nuevos puestos de trabajo o por reemplazo de personal) *están obligados* a ofertar puestos de trabajo a través de los servicios de intermediación públicos o privados que se vinculan al Estado. En ese sentido, se ha regulado un plazo de diez días como mínimo para que el empleador active los servicios de intermediación, remitiendo la solicitud correspondiente a la Bolsa de Trabajo antes de iniciar el proceso de selección.

Es muy interesante reparar en la forma en la que la autoridad administrativa interviene dentro del cumplimiento de la cuota de discapacidad. Uno de sus servicios —cuya actual denominación es “Centro de Empleo”— comunicará a la empresa convocante el listado de personas con discapacidad que podrían seguir el proceso de selección, o bien —de darse las circunstancias— comunicará al interesado que no existen personas con discapacidad que cumplan con el perfil requerido por la empresa.

Este servicio de intermediación emite una constancia virtual que contiene el listado de buscadores de empleo preseleccionados para su convocatoria o, en su defecto, la comunicación de no haber contactado a personas con discapacitadas interesadas o con el perfil solicitado. Lo cierto es que, hasta que el MTPE no implemente el aplicativo informático que corresponda, los empleadores deberán solicitar a la Bolsa de Trabajo la constancia correspondiente, mediante comunicación documental o electrónica. Esto tiene valor probatorio en el correspondiente procedimiento sancionatorio, pero, más allá de su utilidad pragmática, acerca al empresario nacional a la consideración de la cuota como una meta a la cual debe llegar.

A pesar de lo anotado en los párrafos precedentes, la RM 107-2015-TR ha establecido que pueden solicitarse, para estos efectos, los servicios brindados por entidades privadas sin fines de lucro que celebran convenios con el MTPE para esos fines. Consideramos que esta posibilidad es, en abstracto, positiva, toda vez que el involucramiento de actores civiles dentro de esta nueva meta social —el empleo digno, transversal y mutuamente beneficioso de personas con discapacidad— debe contar con tantos aliados desde el sector público como desde el sector privado que puedan aunarse a esa finalidad.

2.2. La supervisión del cumplimiento de la cuota en el ámbito privado

Desde la perspectiva de la OIT, el sistema de imposición de la cuota de personas con discapacidad en la empresas del Perú podría calificarse como un sistema dual, cuyos primeros dos años de vigencia (desde la entrada en vigor de la LGPD) tuvo características de un sistema de *cuota obligatoria sin mecanismo de exigibilidad* —toda vez que no se aplicaban sanciones— hasta su cambio por un sistema de *cuota obligatoria acompañado de tasas o sanciones*, que se entiende como preferible, ya que no depende exclusivamente de la buena voluntad de los empleadores ni incrementa las oportunidades para la población objeto de la acción afirmativa.⁹ Por más que esta evolución en la normativa peruana encuentre su causa eficiente en la búsqueda de aliviar la percepción negativa de esta obligación entre los empleadores, lo cierto es que al día de hoy

⁹ Organización Internacional del Trabajo (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo...*, op. cit., pp. 35-40.

el carácter preceptivo de la cuota de discapacitados en las empresas ya es en el Perú un sistema respaldado por la imposición de sanciones.

Ciertamente, ningún derecho es efectivo en el plano de la realidad cuando no tiene mecanismos que garanticen su cumplimiento de parte del sujeto obligado. Dichos mecanismos pueden constituir incentivos para esa conducta positiva, o bien desincentivos específicamente diseñados para evitar que la norma sea, en los hechos, una declaración que no trascienda al papel.

En lo que se refiere a la fiscalización que sobre este tema practica el Sistema de Inspección del Trabajo, la empresa tendría que acreditar que durante el ejercicio anual objeto de investigación se lanzaron al mercado ofertas de empleo que admitieron la acción de un intermediario público, como el MTPE, o de agencias especialmente autorizadas por la Administración Pública.

Considerando que las normas reglamentarias de dicha obligación se han expedido entre 2014 y 2016, es recién desde hace poco que el Sistema de Inspección del Trabajo ha iniciado procedimientos especiales de investigación. A través de ellos, viene cruzando información de los registros electrónicos correspondientes al periodo anual investigado, para así determinar cualquier incumplimiento de la cuota por las empresas. Cuando se advierta que no se alcanza el porcentaje mencionado (3 % de la planilla, según un promedio ponderado), se iniciará, directamente, un procedimiento sancionador con reglas especiales, y se podrán establecer multas administrativas que se calcularán según el número total de personas necesarias para alcanzar la cuota en cada empresa.

No obstante, el régimen fiscalizador y sancionador en esta materia evidencia la ausencia de una política laboral consistente (en general), pues junto con reformas aplicadas en los años recientes el estándar de las multas ha variado significativamente: desde rebajas de un régimen promocional hacia un escenario actual en el que se reconoce, con cierta ambigüedad, la posibilidad de que las infracciones puedan ser subsanadas (de modo que muchas veces queda a criterio de un fiscalizador qué se considera subsanable y qué no). Como sea, hoy el incumplimiento de la obligación de la cuota amerita —según ha precisado la RM 127-2016-TR— la aplicación de una sanción con arreglo al régimen general de multas, que sanciona la multa según el “número de trabajadores afectados”.

Es evidente que este criterio resulta inadecuado por donde se le mire: desde un ángulo competencial, se supone que un protocolo cuyo objeto es regular la fiscalización pretende establecer las consecuencias sancionadoras que impactan sobre los administrados. Peor aún, desde los principios de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador puede cuestionarse fácilmente al criterio de imputación de responsabilidad si se toma en cuenta que la obligación de implementar la cuota no expresa necesariamente a un número de “trabajadores afectados”, pues podría ocurrir una gama variada de supuestos por los que podría sostenerse que tal ficción resulta de imposible determinación (piénsese, por ejemplo, si un administrado logra demostrar que el perfil de los puestos de trabajo convocados en el año fiscalizado no hubiera permitido que ninguna de las personas con discapacidad obtuviera una plaza en la empresa).

Pues bien, sea como fuere, existen procedimientos fiscalizadores y sancionadores especiales que sancionan el incumplimiento de la cuota de trabajadores discapacitados y que, además, pueden

servir para proteger los derechos de estas personas ya insertadas dentro de relaciones laborales. Siguiendo la línea de esta reflexión, nos interesa desarrollar aquí a los primeros.

Hay que empezar señalando que las cuotas de discapacidad son eficaces allí donde se les acompaña de adecuadas fórmulas de fiscalización de su cumplimiento.¹⁰ En este caso, la secuencia lógica que la normativa establece es la siguiente:

A partir de 2016 la inspección del trabajo verifica la planilla electrónica para establecer qué empresas, según los criterios de cálculo expuestos, incumplieron con la cuota.

El sistema de la fiscalización laboral requerirá la subsanación correspondiente. Frente a ello podrán presentarse las pruebas que demuestren que se ha cumplido con la cuota (tras lo cual se subsanará la información en la planilla electrónica); o bien, se podrán presentar los descargos pertinentes que acreditan que no se presentaron ciertas condiciones materiales para alcanzar la cuota (las mismas que están preconfiguradas en la norma) o se confirmará la situación de *incumplimiento de la cuota* y se emitirá el acta de infracción correspondiente.

En caso de que el empleador declare haber cumplido o habiéndose presentado los descargos mencionados, la inspección del trabajo podrá fiscalizar (mediante el procedimiento general fiscalizador) que efectivamente los hechos se corresponden con la declaración del empleador. Si ello no resultase así, se establecerá el *incumplimiento de la cuota*, con la emisión del acta de infracción correspondiente.

En caso de establecerse una situación de *incumplimiento de la cuota*, el procedimiento sancionador posee reglas específicas en la RM 107-2015-TR que inciden en la verificación del número suficiente de convocatorias de personal con discapacidad en la bolsa de empleo pública que maneja el MTPE, o en la existencia de razones de índole técnica o de riesgo ocupacional (que no puedan ser superadas mediante ajustes razonables).

Lamentablemente, la metodología de esta fiscalización especial únicamente contempla el ámbito de las empresas formales, pues la planilla electrónica es una herramienta que presupone que los empleadores declarantes sean, precisamente, formales. Entonces, existirán empresas que, dentro de la informalidad laboral, cumpliendo con los requisitos del ámbito de aplicación de la cuota de discapacidad, no alcanzarán a ser fiscalizadas y, por lo tanto, no estarán persuadidas de cumplir con esta obligación.

No sería el único caso en el que una ley fracase al no contar con un adecuado sistema de incentivos y desincentivos; sin embargo, tratándose de un tema que tiene anclaje en los derechos sociales, económicos y culturales de estas personas (cuyo ejercicio se refuerza, precisamente, por la situación del empleo), resultaría un fracaso que no puede admitirse, como ha venido ocurriendo en otros temas laborales de orden más economicista. Es conocido que la tasa de informalidad laboral, calculada sobre la base de los asalariados del sector privado que no están registrados, se mantiene en niveles elevados, ya que supera nítidamente el 50 % del mercado de trabajo.

10 MONT, D. (2004). Disability Employment Policy. *DigitalCommons@ILR*, Social Protection Discussion Paper Series, n.º 0413, p. 11.

3. El procedimiento deliberativo para la determinación de ajustes razonables

Lo cierto es que, una vez dentro del empleo, el derecho-principio de igualdad también asiste a los trabajadores discapacitados, quienes tienen derecho a que se practiquen los llamados *ajustes razonables para personas con discapacidad*. Estas medidas son un complemento indispensable a la obligación de la cuota, pues, a diferencia de ella, busca atender a las circunstancias individuales concretas que se presentan en cada caso, a fin de que se otorguen facilidades y condiciones adecuadas para el empleo de personas con discapacidad. Se trata, en buena cuenta, de hacer que el puesto de trabajo a ocuparse refleje la condición humana de su ocupante y, teniéndola en cuenta, se adapte a esta persona para permitirle el goce de sus derechos fundamentales en la relación de trabajo.

Por definición legal, los ajustes tienen cabida cuando no generen costos excesivos. Entre las medidas posibles que se califican como “ajustes razonables” se comprenden medidas de adaptación de las herramientas de trabajo, de las maquinarias o del entorno de trabajo. A su vez, dichas medidas también pueden verse reflejadas en la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades particulares de un trabajador con discapacidad.

Sí se ha aprobado la ya mencionada RM 127-2016-TR, que establece el procedimiento por el que, a instancia del trabajador discapacitado con interés, se efectúen los ajustes razonables. Un aspecto que cabe destacar sobre el ámbito subjetivo de esta norma es que no se ciñe únicamente a los empleadores obligados a implementar la cuota, sino que es extensible a toda empresa que emplee a una persona con discapacidad.

El procedimiento deliberativo regulado por la RM 127-2016-TR impone al trabajador con discapacidad la carga de iniciar esta consulta ante su empleador mediante una solicitud escrita. Es decir, la norma presupone que los trabajadores conocen este derecho, por lo que se espera que el aparato estatal imparta esta información, lo que bien podría efectuarse (por ejemplo) en los centros hospitalarios a los que estas personas se acercan con ocasión de la certificación de la discapacidad.

Sin embargo, lo cierto es que no es indispensable que el trabajador impulse el procedimiento regulado en la RM 127-2016-TR para que un empresario adopte estos mecanismos: dentro de su facultad organizativa, el empleador puede establecer los ajustes razonables adecuados para cada caso. Sin embargo, de presentar la solicitud el trabajador interesado, el empleador se vería obligado a efectuar un procedimiento de consulta dentro de plazos regulados:

Luego de presentada la solicitud, hasta el décimo día hábil posterior deben efectuarse actos preparatorios, en los que la empresa analizará el puesto en concreto y el trabajador interesado expondrá sus necesidades particulares respecto a dicho puesto. La norma técnica refiere la posibilidad de que el trabajador con discapacidad pueda requerir apoyos para esta parte, lo que entendemos no solamente desde el punto de vista técnico (por ejemplo, a través del asesoramiento del médico ocupacional de la empresa u otro especialista tercero), sino posiblemente a través del asesoramiento sindical, de resultar esto conveniente para el caso en concreto.

Posteriormente, se inicia propiamente el *procedimiento deliberativo* por el que, al cabo de no más de treinta días hábiles y en no más de tres sesiones, se intercambia información entre las partes y finalmente el empleador selecciona el ajuste razonable más idóneo. Todo esto se hace constar en un acta que es levantada y remitida a la autoridad regional de trabajo que resulte competente.

Si bien la decisión final sobre el ajuste razonable recae en el empleador, se han previsto criterios que deben seguirse para esta elección. En particular, interesa subrayar que estos destacan la importancia de la realización de la igualdad material entendida en su faz comparativa (igualdad de condiciones entre la persona con discapacidad y los otros trabajadores que realizan similares labores o que comparten el espacio de trabajo).

Si no existiera un ajuste razonable idóneo (o este resultase excesivamente oneroso), habría que evaluar una reasignación del trabajador con discapacidad a un puesto distinto que resulte compatible con su condición. Esto dependerá de la disponibilidad de tal vacante o del posible “intercambio” de puestos de trabajo con otro trabajador que aceptase tal modificación y estuviera apto para ejecutar las funciones del puesto que es dejado por el trabajador con discapacidad.

Desde nuestro punto de vista, los ajustes razonables una vez adoptados terminan asimilándose dentro de una categoría laboral bien conocida: la de una *condición de trabajo*. Por ello, su revocación no puede efectuarse sin poner en riesgo la posibilidad de que su beneficiario cumpla con su prestación contractual. Esto lleva a considerar que la revocación o afectación injustificada de los ajustes razonables por el empleador podría reputarse como un incumplimiento laboral que, además, constituiría una forma de hostilidad laboral.

Si el empleador no realizara los ajustes razonables en el lugar de trabajo para el personal discapacitado y no existiera justificación para ello, este acto podría ser considerado una forma de *hostilidad*, pudiendo darse por despedido el trabajador afectado, y podrían aplicarse contra las empresas las multas que el Sistema de Inspección del Trabajo prevé contra los actos discriminatorios.

La justificación admitida para denegar un ajuste razonable ha sido regulada también dentro de la RM 127-2016-TR, aunque debe advertirse que su rigor lleva a pensar que es materialmente muy complicado que una empresa pueda acogerse a tales justificaciones. Así, se ha establecido que un ajuste razonable solicitado puede denegarse cuando *suponga la afectación del funcionamiento de la empresa*, lo que se entiende cumplido en los siguientes casos:

- Si su adopción produce la paralización o alteración del ciclo productivo, poniéndose en riesgo el cumplimiento de las metas productivas de la empresa.
- Si el ajuste razonable supone un impacto económico negativo que pone en peligro los resultados económicos esperados para el ejercicio correspondiente.
- Si la medida adoptada genera falta de liquidez, impidiendo el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la empresa.

La intensidad de estas exigencias —cuya regulación nos recuerda a los presupuestos para que una autoridad administrativa intervenga y resuelva, en forma excepcional, una huelga prolongada en

el tiempo— da a entender que los ajustes razonables deben ser adoptados bajo una proporcionalidad económica adecuada.

Bibliografía

BLANCAS, Carlos (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 96-98.

CABRA DE LUNA, M. A. (2004). Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 50, pp. 21-46.

INGHAMMAR, A. (2001). Discrimination of people with disabilities. Normative aspects of disability and work in Swedish, England and EC Context. *Legal perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 321-350.

MONT, Daniel (2004). Disability Employment Policy. *DigitalCommons@ILR*, Social Protection Discussion Paper Series, n.º 0413, p. 11.

ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL (2014). *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*. Madrid: OISS, pp. 67 y siguientes.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2007). *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para personas con discapacidades a través de la legislación. Directrices*. Ginebra: OIT, pp. 35-40.

SCOTT-PARKER, S. (2011). Derechos y obligaciones: el punto de vista de la empresa. En W. Momm y R. Ransom (dirs.). *Enciclopedia de salud y seguridad en el trabajo*. Ginebra: OIT, p. 17.36.

Internacional

LA APLICACIÓN DEL TEST DE LAS PLENAS FUNCIONES TRAS *AUSTRIA ASPHALT*

Alfonso Gutiérrez Hernández y Alberto Pérez Hernández

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*

Han pasado algo más de tres años desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableciera que el paso de control exclusivo a control conjunto sobre una empresa preexistente solo constituye una “concentración económica” si satisface el test de plenas funciones. Sin embargo, no parece que las autoridades de competencia hayan verificado esta autonomía funcional en todas las operaciones de adquisición de control conjunto sobre empresas preexistentes desde entonces.

Este artículo repasa la práctica decisoria reciente de la Comisión Europea y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para identificar y explicar las excepciones al test de plenas funciones.

PALABRAS CLAVE:

CONTROL DE CONCENTRACIONES, PLENAS FUNCIONES, EMPRESA EN PARTICIPACIÓN, EMPRESA PREEXISTENTE, ADQUISICIÓN A TERCEROS.

Application of the full-functionality test in the *Austria Asphalt* aftermath

It is now three years since the European Court of Justice ruled that a change of sole to joint control over a pre-existing undertaking amounts to an economic concentration insofar it meets the full-functionality test. However, competition authorities seem not to have always verified the full-function nature in all acquisitions of joint control over an existing company ever since.

This article examines the recent decisional practice of the European Commission and the Spanish Competition and Markets Authority in order to identify and explain exceptions to the full-functionality test.

KEY WORDS:

MERGER CONTROL, FULL-FUNCTIONALITY, JOINT VENTURE, PRE-EXISTING UNDERTAKING, ACQUISITION FROM THIRD PARTIES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-9-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17-9-2020

Gutiérrez Hernández, Alfonso y Pérez Hernández, Alberto (2020). La aplicación del test de las plenas funciones tras *Austria Asphalt*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 82-92 (ISSN: 1578-956X).

El análisis de las plenas funciones de una empresa en participación ("*joint venture*") juega un papel muy relevante en la aplicación de las normas sobre control de concentraciones en la Unión Europea. La razón es sencilla: la constitución o la adquisición de una empresa en participación con plenas funciones está sujeta a un control preventivo por parte de las autoridades de competencia como concentración económica, al amparo del Reglamento (CE) núm. 139/2004 (el "EUMR") y sus equivalentes en Derecho nacional, siempre que supere los umbrales mínimos de notificación. En cambio, si la empresa en participación no disfruta de autonomía funcional en el mercado (esto es, no es "de plenas funciones"), la operación no constituirá una concentración económica (con independencia del tamaño y facturación de las partes). En este segundo caso podría quedar sujeta a un control *ex post* y de naturaleza sancionadora, en aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) núm. 1/2003 y normas homólogas nacionales.

Esta cuestión exige certidumbre jurídica porque puede llevar a confusión acerca de un elemento fundamental en las operaciones de M&A, como es la de saber si existe obligación de notificar o no la operación. En *Groupe Lagardère / SNCF Participations / JV*¹, la Comisión Europea (la "CE") adoptó una de sus tres decisiones al amparo del artículo 6 (1) (a) EUMR desde la entrada en vigor de dicha norma. En ella, la CE determinó que la creación de una *joint venture* por parte de Lagardère Services y el Operador francés de infraestructuras ferroviarias no constituía una concentración económica porque la empresa en participación carecía de plenas funciones. Las partes habían previsto que la *joint venture* se dedicaría a la explotación de una serie de puntos de venta de tabaco, prensa y otros productos en estaciones francesas. Sin embargo, la CE concluyó que la empresa en participación carecía de autonomía funcional con respecto a sus matrices, ya que los activos (locales, personal), los permisos y licencias para la venta y la política comercial de la empresa en participación dependían en gran medida de sus matrices.

Por lo tanto, la decisión de si debe notificarse una empresa en participación ante las autoridades de defensa de la competencia parece exigir necesariamente una evaluación previa de sus plenas funciones en el mercado. No obstante, en la práctica reciente esto no ha sido siempre así, como veremos a continuación.

¹ Decisión de la CE de 25 de julio de 2014, asunto M.7253 – *Groupe Lagardère / SNCF Participations / JV*.

1. La Sentencia *Austria Asphalt* y las adquisiciones de control conjunto a terceros

El párrafo 91 de la Comunicación Jurisdiccional Consolidada de la Comisión Europea en materia de concentraciones económicas (la "CJN") señala que:

"La nueva adquisición de otra empresa por varias empresas que ejercen el control conjuntamente constituye, por tanto, una concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones.

[...]

Así, una transacción en la que participen diversas empresas que adquieren a terceros el control conjunto de otra empresa o partes de otra empresa, que cumpla los criterios establecidos en el apartado 24, constituirá una concentración con arreglo al artículo 3, apartado 1, sin que sea necesario considerar el criterio de plenas funciones."

Estos párrafos se interpretaban tradicionalmente en el sentido de que cualquier adquisición de control conjunto sobre una empresa *preexistente* (por oposición a la constitución de una empresa en participación de nueva creación) se consideraba *siempre* una concentración económica. Se consideraba que la empresa preexistente cumplía por definición la condición de las "plenas funciones" al tratarse de una empresa ya presente en el mercado.

No obstante, el 7 de septiembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el "TJUE" o el "Tribunal") dictó sentencia en el asunto C-248/16 *Austria Asphalt*, por la que se resolvió una cuestión prejudicial relativa a la interpretación de las normas europeas sobre control de concentraciones (la "Sentencia"). El TJUE estableció que solo *"se entenderá que se produce una concentración como resultado del cambio de naturaleza del control ejercido sobre una empresa existente, que deja de ser exclusivo y pasa a ser conjunto, si la empresa en participación resultante de tal operación desempeña de forma permanente todas las funciones propias de una entidad económica autónoma"* (párrafo 35 de la Sentencia).

En otras palabras: el TJUE aclaró que el test de las plenas funciones, como requisito necesario de la existencia de una concentración económica en casos de empresas en participación, debía de verificarse y satisfacerse específicamente también en las operaciones consistentes en el paso de control exclusivo a conjunto de una *empresa existente*. Es decir, este tipo de operaciones de toma de control conjunto sobre una empresa ya presente en el mercado no se presumían automáticamente concentrativas, sino que (al igual que la constitución *ex novo* de una *joint venture*) también debían satisfacer el test jurídico de las plenas funciones.

Sin embargo, la regla resulta menos clara de lo que parece a primera vista. Resulta indiscutible que la Sentencia se refiere a un supuesto de hecho consistente en el paso del 100% a un 50% / 50% de la titularidad de una empresa ya existente, en la que el antiguo propietario permanece como socio de control. Ahora bien, ¿qué ocurre con la adquisición de control conjunto sobre una empresa preexistente en la que el vendedor no permanece como socio de control? La pregunta

es relevante no solo porque este supuesto de hecho no se examinó en *Austria Asphalt*, sino también porque el párrafo 91 de la CJN se refiere expresamente a este supuesto (“*diversas empresas que adquieren a terceros el control conjunto de otra empresa*”) como base de la presunción de las plenas funciones y, por tanto, como excepción a la obligación de realizar el análisis caso por caso.

Nótese que la Sentencia omite toda referencia a la CJN y, en particular, a la adquisición “a un tercero” como justificación para eludir el test de las plenas funciones. Es cierto que el supuesto de hecho no lo exigía, ya que el caso consistió en una operación de cambio de control exclusivo a control conjunto sobre una fábrica de asfalto, en la que el vendedor permanecía como socio de control (esto es, no se adquiría control conjunto “a un tercero”, sino a la otra entidad co-controlante). Sin embargo, algunos autores han apuntado que el razonamiento del Tribunal sugiere una aplicación generalizada del test de plenas funciones a *todas* las empresas en participación preexistentes². El argumento fundamental en *Austria Asphalt* es que la adquisición de control conjunto sobre una empresa solo surtiría efectos en la estructura del mercado si la empresa objetivo ejerce de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma (párrafo 24 de la Sentencia). A esos efectos, resultaría indistinto si esa empresa ha sido adquirida “a un tercero” o no.

Es llamativo que el Tribunal de Justicia siguiera las Conclusiones de la Abogada General, salvo en este concreto matiz. Las Conclusiones de la Sra. Kokott abogaban por la aplicación del test de plenas funciones a los supuestos de cambio de control exclusivo por parte de un grupo empresarial a control conjunto “*por ese mismo grupo y otro, diferente e independiente de aquel*”, pero el Tribunal eliminó ese inciso de su pronunciamiento³.

Tres años después de la publicación de la Sentencia, podemos comprobar que las autoridades de la competencia no han aplicado el test de las plenas funciones a todas las operaciones de adquisición de control conjunto sobre empresas preexistentes que han examinado. Por ello, vamos a tratar de identificar las excepciones al test de plenas funciones y establecer aquellos grupos de casos en los que se exige y en los que no. Nos centraremos en la práctica decisoria de la CE y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”), a partir la publicación de *Austria Asphalt*.

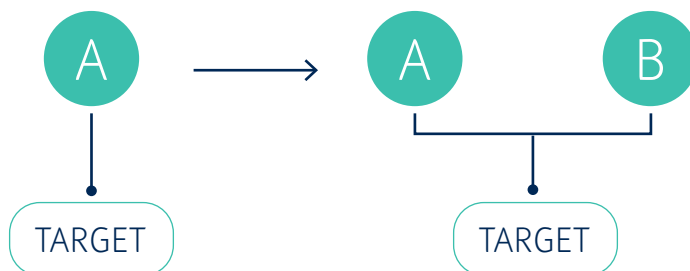
2. La práctica decisoria reciente de la CE y de la CNMC

A continuación, estableceremos los cuatro grupos de casos que ordenan las distintas modalidades de adquisiciones de control conjunto sobre una empresa preexistente: (i) el paso de control exclusivo a control conjunto, (ii) la adquisición de control conjunto sobre una empresa controlada por un tercero, (iii) la combinación de dos negocios controlados hasta entonces en exclusiva y (iv) el paso de control conjunto a control conjunto con otros nuevos socios. Para cada uno de ellos, analizaremos si la práctica decisoria de la CE y de la CNMC es constante y si se ha alineado con lo dictaminado por el Tribunal en *Austria Asphalt*.

² RUDOLF, Lars-Peter, “Austria Asphalt: Only Full-function Joint Ventures Subject to Review Under the EUMR”, en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, núm. 2.

³ Cfr. párrafo 48 de las Conclusiones de la Abogada General y párrafo 35 de la Sentencia del Tribunal.

2.1. Paso de control exclusivo a control conjunto sobre una filial



La CE aplica sistemáticamente el test de las plenas funciones cuando alguno de los adquirentes de control conjunto ya tuvieran previamente control exclusivo sobre la empresa objetivo desde *Austria Asphalt*. La consolidación de este criterio es bienvenida, debido a que hasta entonces la CE no siempre había aplicado el criterio de las plenas funciones para determinar si este grupo de casos está sujeto a notificación o no.

Por ejemplo, en *Hammerson / Irish Life / Ilac Shopping Centre* (2016)⁴, la Comisión autorizó la adquisición de control conjunto por Hammerson e Irish Life sobre un centro comercial en el centro de Dublín, en el que Irish Life ya contaba con una participación del 50%. En aquella ocasión no analizó las plenas funciones de la empresa en participación, sino que lo definió como la adquisición de control conjunto sobre los activos al amparo del artículo 3(1)(b) EUMR.

En otras palabras, para descartar que una adquisición de control conjunto esté sujeta a notificación, las partes debían asegurarse de que la operación no cumplía ninguno de los dos test de posible aplicación:

- la operación no daba lugar a la creación de una empresa en participación con plenas funciones (artículo 3(4) EUMR), y
- la operación tampoco daba lugar a la adquisición indirecta, a través de una *joint venture*, de activos con presencia en el mercado (artículo 3(1)(b) EUMR).

Sin embargo, la práctica decisoria de la CE desde *Austria Asphalt* sugiere la aplicación generalizada del test de plenas funciones a los casos de paso de control exclusivo a control conjunto. Continuemos con el ejemplo de los centros comerciales. En *Lifeco / Hammerson / Swords Pavilions* (2019)⁵, la Comisión analizó la adquisición de control conjunto por parte de Hammerson y Great-West Lifeco sobre Swords Pavilions, un centro comercial situado en el Norte de Dublín, y sobre el que Hammerson ya tenía control exclusivo. La Comisión sí verificó las plenas funciones de la *joint venture* y concluyó que la operación constituía una concentración económica.

⁴ Decisión de la CE de 14 de diciembre de 2016, asunto M.8229 – *Hammerson / Irish Life / Ilac Shopping Centre*.

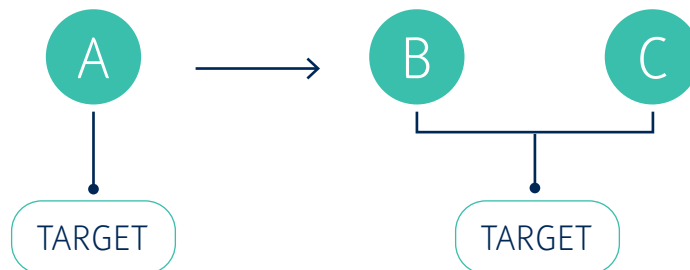
⁵ Decisión de la CE de 29 de marzo de 2019, asunto M.9195 – *Lifeco / Hammerson / Swords Pavilions*.

Del mismo modo, la Comisión ha verificado la existencia de plenas funciones en operaciones de paso de control exclusivo a conjunto en otros muchos sectores: seguridad⁶, infraestructuras⁷, *software* para empresas⁸ o siderúrgico⁹.

Por su parte, la CNMC no habría motivado expresamente las plenas funciones de varias operaciones recientes de paso de control exclusivo a conjunto, si bien la mayoría de ellas fueron notificadas mediante el formulario abreviado¹⁰. Por ejemplo, en *OCP International Coöperative U.A. / Sr. Martín Blesa / Fertinagro Biotech S.L.*¹¹, se analizó el paso de control exclusivo por parte del Sr. Martín Blesa a control conjunto con OCP International Coöperative U.A. sobre Fertinagro Biotech, S.L. La CNMC no analizó las plenas funciones de la empresa objetivo, sino que se limitó a afirmar que la operación constituye una concentración económica al amparo del artículo 7(1)(c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC").

A la vista de lo anterior, puede concluirse que la práctica decisoria de la CE y de la CNMC es coherente en la aplicación del concepto de concentración a este grupo de casos. La adquisición de control conjunto en la que el vendedor retiene control sobre la empresa objetivo solo está sujeta a notificación si satisface el test de plenas funciones, en línea con lo dictaminado en *Austria Asphalt*.

2.2. Adquisición de control conjunto sobre una empresa controlada por un tercero



La práctica decisoria de la CE desde la publicación de *Austria Asphalt* confirma la vigencia de la excepción en el párrafo 91 de la CJN, esto es, inaplicación del test de plenas funciones en los supuestos en que se adquiere a terceros el control conjunto de una empresa preexistente. Así lo declaró

6 Decisión de la CE de 19 de febrero de 2020, asunto M.9559 – *Telefónica / Prosegur / Prosegur Alarmas España*.

7 Decisión de la CE de 6 de julio de 2018, asunto M.8894 – *ACS / Hochtief / Atlantia / Abertis Infraestructuras*. Nótese que la operación autorizada en esta decisión consistía en el paso de control exclusivo por parte de ACS a control conjunto con Atlantia (párrafo 18 de la decisión).

8 Decisión de la CE de 22 de agosto de 2018, asunto M.8984 – *HG / Vista / Allocate*.

9 Decisión de la CE de 28 de marzo de 2019, asunto M.9317 – *Arcelormittal / CLN / Ilva SSSC*. Debe puntualizarse que los activos, formalmente titularidad de Ilva, estaban bajo control exclusivo de ArcelorMittal en virtud de un contrato de arrendamiento anterior a esta concentración (párrafo 8 de la decisión).

10 Resoluciones del Consejo de la CNMC de 19 de diciembre de 2019 e informe y propuesta en el expediente C-1084/19 *CRBC / Europe Bridgesroads / Grupo Puentes*; de 14 de febrero de 2019, en el expediente C-1006/19 *Alantra / Frías de Ponferrada / Frías* y de 5 de julio de 2018, en el expediente C-0946/18 *Magnum / European IO-N / Aire*.

11 Resolución del Consejo de la CNMC de 5 de julio de 2018 en el expedientes C-0948/18 *OCP International Coöperative U.A. / Sr. Martín Blesa / Fertinagro Biotech S.L.*

expresamente, por ejemplo, en sus decisiones de 21 de noviembre de 2017, en el asunto M.8640 *CVC / Blackstone / Paysafe*; y de 23 de octubre de 2019 en el asunto M.9387 *Allied Irish Banks / First Data Corporation / Semeral*. Tomemos a título ilustrativo un extracto de la última de ellas:

“(5) Although Semeral has no activities other than being the holding company for Payzone, Payzone is a business with a market presence to which market turnover can be clearly attributed and hence, as clarified in paragraph 24 of the Consolidated Jurisdictional Notice (“CJN”),⁵ it constitutes an undertaking within the meaning of the Merger Regulation.

(6) Following completion of the Transaction, the Notifying Parties would acquire joint control of Augmentum, Semeral, and Payzone. [...]

(7) As neither of the Notifying Parties exerted previously any form of control over Semeral (or Payzone), the transaction qualifies as an acquisition of control by third parties pursuant to paragraph 91 of the CJN.

(8) In light of the above, the transaction constitutes a concentration within the meaning of Article 3(1)(b) of the Merger Regulation”.

Como se puede comprobar, la CE sigue aplicando el artículo 3(1)(b) EUMR a aquellas adquisiciones de control conjunto en las que ninguno de los adquirentes de control conjunto tuviera previamente control sobre la empresa objetivo, adquiriendo dicho control de un “tercero” (el vendedor) que no permanece en la empresa. En tales casos, la operación se considera una concentración económica con independencia de si la empresa objetivo operará con autonomía funcional o no. Bastará con que tenga presencia en el mercado (párrafo 24 CJN).

A mayor abundamiento, cabe destacar que el 20 de diciembre de 2018, dos jefes de unidad y dos instructores de la Dirección General de Competencia de la CE publicaron un artículo sobre el test relevante tras el caso *Austria Asphalt*¹². Los funcionarios opinaban que el párrafo 91 de la CJN no se ve necesariamente contradicho por la interpretación del TJUE. Por ello, consideraban que las adquisiciones de control conjunto a terceros serían una concentración sin necesidad de analizar las plenas funciones de la empresa objetivo.

Esto ha permitido a la CE seguir analizando operaciones en las que se adquirió control conjunto de un tercero sobre activos cuyas plenas funciones podrían ser cuestionables. En *SABA Portugal / EGIS Portugal / Viseu Car Park*¹³, se analizó la adquisición de control conjunto sobre una concesión del Ayuntamiento de Viseu (Portugal) para la explotación de áreas de estacionamiento de vehículos. En *Oaktree / Pimco / Real Estate Portfolio*¹⁴, la CE retuvo jurisdicción para analizar una concentración económica consistente en la adquisición de control conjunto a un tercero sobre una cartera de aproximadamente treinta locales comerciales en Polonia. Finalmente, en *Mirova / GE*

¹² CARPI BADIA, Josep María.; BROCKHOFF, Julia; ANDRÉS VAQUERO, Marta; y ZEDLER, Marc, “Jurisdictional test(s) applicable to acquisitions of joint control / joint ventures in light of Jurisdictional test(s) applicable to acquisitions of joint control / joint ventures in light of the ECJ’s Austria Asphalt judgment”, en *Competition merger brief*, número 2/2018, págs. 1-5.

¹³ Decisión de la CE de 1 de marzo de 2019, asunto M.9083 – *SABA Portugal / EGIS Portugal / Viseu Car Park Assets*.

¹⁴ Decisión de la CE de 23 de noviembre de 2017, asunto M.8861 – *Oaktree / Pimco / Real Estate Portfolio*.

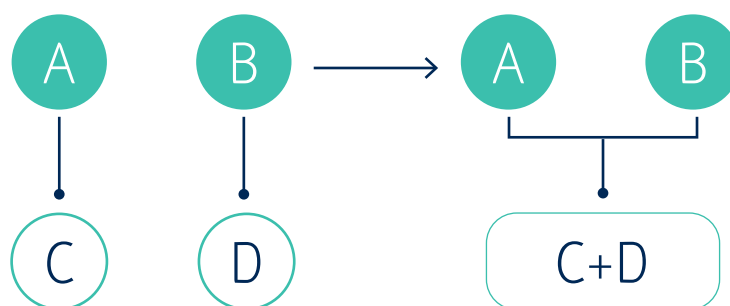
/ *Desarrollo Eólico Las Majas*¹⁵, la CE consideró como concentración económica la adquisición de control conjunto sobre varios parques eólicos en Aragón.

La práctica de la CNMC ofrece también algunos ejemplos de adquisición de control conjunto a un tercero. Por ejemplo, en *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos* y en *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos II*¹⁶, la CNMC analizó la adquisición de control conjunto sobre dos paquetes de plantas fotovoltaicas a terceros (Solarpark y Aleph Capital, respectivamente). En ambas resoluciones se concluye la existencia de una concentración sin analizar las plenas funciones de los activos adquiridos. Esta práctica estaría en línea con la de la CE, ya que no considera necesario analizar las plenas funciones de los activos adquiridos a terceros. De este modo, estaría aplicando implícitamente la excepción contenida al final del párrafo 91 de la CJN.

No se pone en duda que todas las operaciones anteriormente descritas satisfacen *a priori* los requisitos exigibles a la adquisición de activos para ser una concentración, esto es, el de constituir "una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado" (párrafo 24 de la CJN). Sin embargo, sería cuestionable que estos activos *por sí solos* cumplieran adicionalmente con el test de autonomía funcional en el mercado, por lo que su adquisición podría no estar sujeta a notificación si el vendedor retuviera control conjunto sobre ellos. El hecho de que unos mismos activos puedan constituir o no una concentración económica en función de si el vendedor retiene o no control sobre ellos genera una cierta inconsistencia en el concepto de concentración económica, noción clave en la determinación de la obligación de notificar ante las autoridades de competencia europeas.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que la práctica decisoria de la CE y de la CNMC está alineada, en el sentido de aplicar la excepción prevista en el párrafo 91 de la CJN. La adquisición de control conjunto sobre una empresa a un tercero está sujeta a notificación siempre que se adquieran activos que tengan una presencia en el mercado, sin que sea necesario analizar sus plenas funciones.

2.3. Adquisición de control conjunto por la puesta en común de negocios anteriormente controlados en exclusiva por las matrices



15 Decisión de la CE de 3 de enero de 2018, asunto M.8716 – *Mirova / GE / Idesamgar / Idesamgar 1*.

16 Resoluciones del Consejo de la CNMC de 28 de marzo de 2019 e Informes Propuesta en los expedientes C-1017/19 *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos* y C-1018/19 *Optrust / Loma / Macquarie / Activos Fotovoltaicos II*.

Desde la publicación de *Austria Asphalt*, la CE también ha aplicado de forma generalizada el test de las plenas funciones a este grupo de casos. Parece una consecuencia necesaria de la jurisprudencia fijada por el Tribunal, ya que la puesta en común de los activos controlados hasta entonces de forma exclusiva por sus respectivas matrices guarda identidad de razón con el supuesto analizado en su Sentencia. La única diferencia es la reciprocidad: A comparte el control sobre sus activos en un determinado mercado con B y viceversa. Nótese además que el párrafo 92 de la CJN ya clarifica esta cuestión:

“El criterio de plenas funciones delimita, por tanto, la aplicación del Reglamento de concentraciones en el caso de creación de empresas en participación por las partes, independientemente de si tal empresa en participación se crea a partir de cero o si las partes aportan a la empresa en participación activos que anteriormente poseían individualmente. En estas circunstancias, la empresa en participación debe cumplir el criterio de plenas funciones para constituir una concentración” (énfasis añadido).

Así, por ejemplo, la CE ha evaluado recientemente las plenas funciones de la puesta en común de multitud de negocios, como el transporte aéreo¹⁷, los vehículos de uso compartido¹⁸, la energía¹⁹ o la salud²⁰. En cambio, no hemos identificado ejemplos en los que la Comisión haya omitido el análisis de las plenas funciones para este grupo de casos desde *Austria Asphalt*.

Por su parte, la CNMC ha tenido ocasión de analizar alguna operación reciente de combinación de negocios. Por ejemplo, en *Covetrus / Distrivet*²¹ se analizó la combinación de los negocios ibéricos de salud animal de ambos operadores y la adquisición de control conjunto sobre la *joint venture* resultante. En su Informe y Propuesta de Resolución, la CNMC razona la existencia de control conjunto sobre la nueva entidad. Sin embargo, no se recoge ningún argumento que justifique las plenas funciones de la *joint venture*.

A la vista de lo anterior, la CE parece consistente al analizar las plenas funciones de las operaciones comprendidas en este grupo de casos. Por su parte, no se puede concluir si la CNMC las analiza o no, dado que este dato no trasciende en sus resoluciones publicadas.

17 Decisión de la CE de 23 de julio de 2019, asunto M.9062 – *Fortress Investment Group / Air Investment Valencia / JV*.

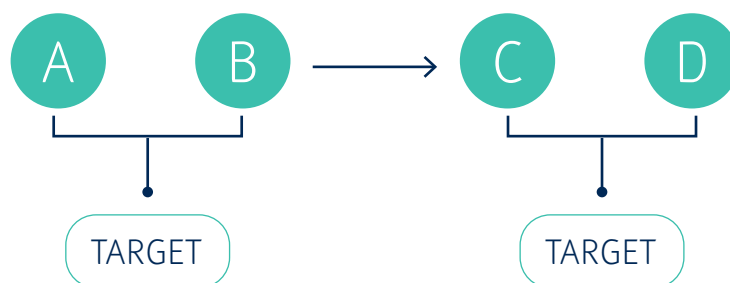
18 Decisión de la CE de 7 de noviembre de 2018, asunto M.8744 – *Daimler / BMW / Car Sharing JV*.

19 Decisión de la CE de 28 de febrero de 2019, asunto M.8773 – *Letterone / BASF / Wintershall DEA*.

20 Decisión de la CE de 13 de febrero de 2019, asunto M.8941 – *EQT / Widex / JV*.

21 Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de marzo de 2020 e informe propuesta en el expediente C-1101/20, *Covetrus / Distrivet*, párrafos 4 y 8-12.

2.4. Control conjunto por diferentes socios



Finalmente, cabe considerar cómo ha evaluado la CE los supuestos en los que sigue existiendo control conjunto sobre la empresa existente, pero con diferentes socios. De acuerdo con la lógica del párrafo 91 de la CJN, debería evaluarse la autonomía funcional de la *joint venture* siempre que, al menos, permanezca alguno de los socios de control tras la operación. En cambio, cuando se produzca un cambio de todos los socios de control conjunto, la situación sería análoga a la adquisición a un único tercero y, en la lógica del párrafo 91 de la CJN, no deberían analizarse las plenas funciones de la empresa preexistente.

Por ejemplo, en *Rubis / Phillips 66 / Zeller* \varnothing *CIE*²², la CE analizó el paso de control conjunto por Phillips 66 y Shell Deutschland Oil GmbH a control conjunto entre Phillips 66 y Rubis Terminal sobre la empresa Zeller. En este caso, la Comisión concluyó que Zeller era una empresa con plenas funciones, con recursos propios suficientes para operar con autonomía en el mercado y relaciones significativas con terceros en el aprovisionamiento de insumos y suministro de sus productos.

Por su parte, la CNMC también ha analizado varias operaciones dentro de este grupo de casos. Por ejemplo, en *Meridiam / Copcisa / Comsa / Cedinsa*²³, se analizó el cambio de control conjunto a un nuevo control conjunto, en el que entró Meridiam y permanecieron Copcisa y Comsa como socios de control. Se verificó que la empresa objetivo (Cedinsa) gozaba de autonomía funcional en el mercado.

Sin embargo, en otros casos el análisis de plenas funciones no queda plasmado en el Informe Propuesta. En *Mutua Madrileña / Sildoscan*²⁴, la CNMC consideró como concentración económica la operación por la que Mutuamad adquirió a Portobello III su participación en el capital de la empresa objetivo (Sildoscan Spain) y permaneció Debal Investments. De este modo, Mutuamad y Debal Investments adquirieron control conjunto sobre Sildoscan Spain. El Informe y Propuesta la CNMC no refleja expresamente el análisis de las plenas funciones de la empresa objetivo, sino

22 Decisión de la CE de 21 de diciembre de 2017, asunto M.8689 – *Rubis / Phillips 66 / Zeller* \varnothing *CIE*.

23 Resolución del Consejo de la CNMC de 16 de noviembre de 2017 e informe propuesta en el expediente C-0898/17, *Meridiam / Copcisa / Cedinsa*, párrafos 7 y 12-14.

24 Resolución del Consejo de la CNMC de 10 de septiembre de 2019 e informe propuesta en el expediente C-1056/19 *Mutua Madrileña / Sildoscan*, párrafos 3 y 6.

que solamente afirma que la operación constituye una concentración económica al amparo del artículo 7(1)(b) de la LDC.

En *Santa Lucía / Pelayo / Pelayo Vida*²⁵, la CNMC analizó la adquisición de control conjunto por parte de Santa Lucía y Pelayo sobre Pelayo Vida, en la que Santa Lucía adquirió la participación de Aviva. En el Informe Propuesta se cita en este caso el artículo 7(1)(c) de la LDC, pero no se motivan expresamente las plenas funciones de la empresa objetivo.

A la vista de lo anterior, la CE parece consistente al analizar las plenas funciones de las operaciones comprendidas en este grupo de casos. Por su parte, no se puede concluir si la CNMC las analiza o no, dado que este dato no se refleja en sus informes propuesta.

3. Conclusiones

Casi tres años después de la publicación de la Sentencia en el asunto *Austria Asphalt*, la CE parece haber formado un criterio consistente. Las adquisiciones de control conjunto sobre una empresa preexistente exigen un análisis específico de sus plenas funciones para estar sujetas a notificación, salvo que sean adquiridas a terceros (excepción del párrafo 91 de la CJN). Aunque sea discutible que esta salvedad encaje con la interpretación que el TJUE hizo sobre el artículo 3 EUMR, la práctica decisoria reciente es más cierta y predecible.

Por su parte, no es posible hacer un estudio de los grupos de casos en los que la CNMC aplica el test de las plenas funciones, ya que muchas veces no hay reflejo de este análisis en las resoluciones publicadas.

En todo caso, la Sentencia dictada por el Tribunal no queda exenta de polémica. La aplicación específica del test de plenas funciones puede dar lugar a dificultades prácticas en caso de que el objeto de la operación de paso de control exclusivo a conjunto no sean sociedades, sino activos como marcas o unidades productivas, en los que la satisfacción del requisito de una "*dirección dedicada a las operaciones diarias y de acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales)*", tal y como exige el párrafo 94 CJN puede resultar algo artificial.

Es posible que con *Austria Asphalt* no haya quedado escrita la última página en la interpretación del concepto de concentración económica. Parafraseando a la Sra. Kokott, quién podría haber imaginado que la fábrica de asfalto del pequeño municipio de Mürzzuschlag sería algún día el escenario del primer procedimiento prejudicial sobre el control europeo de las concentraciones de empresas.

25 Resolución del Consejo de la CNMC de 19 de julio de 2018 e informe propuesta en el expediente C-0963/18, *Santa Lucía / Pelayo / Pelayo Vida*.

A INTRODUÇÃO DOS LOAN FUNDS EM PORTUGAL

Pedro Ferreira Malaquias e Júlio Venâncio

*Advogados do Departamento de Direito Bancário e Seguros
da Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa)*

Resumo

De modo a acompanhar a tendência observada noutros mercados europeus, foi introduzida, em Portugal, a figura dos fundos de créditos. Estes organismos de investimento alternativo especializado, têm como objetivo a melhoria do financiamento da economia através de concessão de empréstimos às empresas e da aquisição de empréstimos originados por bancos. Com o presente texto pretendemos dar a conhecer os principais traços do novo regime jurídico dos fundos de créditos, que foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro, bem como fazer uma apreciação crítica do mesmo.

PALAVRAS-CHAVE:

FUNDOS DE CRÉDITOS, CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS, CRÉDITOS EM INCUMPRIMENTO.

Abstract

In order to follow the trend observed in other European markets, loan funds were introduced in Portugal. These specialised alternative investment funds are aimed at improving the financing of the economy through the granting of loans to companies and the acquisition of loans originated by banks. With this text we intend to give notice of the main features of the new legal framework of loan funds, which has been introduced by Decree-Law no. 144/2019, of 23 September, as well as to provide a critical review of it.

KEY WORDS:

LOAN FUNDS, LOAN GRANTING, NON-PERFORMING LOANS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Ferreira Malaquias, Pedro; Venâncio, Julio (2020). A introdução dos *loan funds* em Portugal. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 93-103 (ISSN: 1578-956X).

1. Introdução

Com o Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23 de setembro (“**Decreto-Lei 144/2019**”), foi introduzida a figura dos organismos de investimento alternativo especializado de créditos (“**OIAE de créditos**”), também conhecidos como *loan funds*.

Neste sentido, a Lei n.º 18/2015, de 4 de março, que estabelece o regime jurídico do capital de risco, empreendedorismo social e investimento especializado (“**RJCR**”), e o Regulamento da CMVM n.º 3/2015, de 3 de novembro, que procede ao respetivo desenvolvimento (“**Regulamento da CMVM 3/2015**”), foram alterados em conformidade.

A criação dos OIAE de créditos tem como objetivo diversificar as fontes de financiamento, em particular das pequenas e médias empresas, e representa o fim do monopólio dos bancos na concessão de crédito às empresas, o que saudamos.

A melhoria do financiamento da economia com a introdução dos OIAE de créditos será alcançada: (i) de forma direta, através da concessão de crédito às empresas; e (ii) de forma indireta, através da aquisição de créditos, incluindo créditos em incumprimento (*non-performing loans*) detidos pelos bancos, que ficam libertos para retomar a atividade de concessão de crédito.

Os OIAE de créditos apresentam-se, assim, como uma nova forma de dinamização do mercado de capitais, numa tentativa de acompanhar a tendência observada noutros mercados europeus de referência que admitem a figura dos *loan funds*¹.

Por último, antecipa-se que a pandemia gerada pelo Covid-19 terá um impacto económico substancial em Portugal. Neste contexto, os OIAE de créditos podem vir a assumir um papel fundamental no financiamento à economia, seja na concessão de crédito às empresas, seja na libertação dos bancos de *non-performing loans* (NPLS) e/ou *non-performing exposures* (NPEs).

2. Principais características

2.1. A atividade de concessão de crédito

Os OIAE de créditos são organismos de investimento alternativo especializado cujo objeto consiste, a título exclusivo ou principal, nas seguintes atividades: (i) concessão de empréstimos diretamente pelos OIAE de créditos aos mutuários (originação de créditos ou *loan origination*); e (ii) participação em consórcios de concessão de crédito ou na aquisição pelos OIAE de créditos de empréstimos originados por bancos ou outras entidades, por via de cessão de créditos (participação no crédito ou *loan participation*).

¹ É o caso da Alemanha, Espanha, França, Irlanda, Itália, entre outros.

Do ponto de vista regulatório, estamos perante uma dupla exceção. Por um lado, o artigo 8.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“**RGICSF**”), estabelece que apenas as instituições de crédito e sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, a atividade de concessão de crédito.

Adicionalmente, no Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo (“**RGOIC**”) vigora o princípio geral de proibição de concessão de crédito pelos organismos de investimento coletivo, decorrente do artigo 88.º, n.º 1, da Diretiva 2009/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (“**Diretiva UCITS**”).

Sucede que, no quadro da Diretiva 2011/61/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos (“**AIFMD**”), não existe disposição que impeça os organismos de investimento alternativo de conceder crédito².

2.2. Estrutura

Quanto à estrutura, os OIAE de créditos podem assumir a forma societária de “sociedade de créditos” ou a forma contratual de “fundo de créditos”, consoante o capital seja representado por ações ou unidades de participação.

Adicionalmente, os OIAE de créditos são organismos de investimento alternativo fechados, sendo o número de unidades de participação fixo. Em virtude do risco de liquidez associado aos ativos dos OIAE de créditos, compreende-se a configuração como organismos de investimento alternativo fechados, de modo a acautelar eventuais situações de quebra súbita de confiança dos investidores ou de corrida aos resgates, cuja vendas das unidades de participação a qualquer preço (“*fire sales*”) têm efeitos negativos para os respetivos organismos de investimento coletivo e a situação patrimonial dos participantes.

Por último, os OIAE de créditos ficam sujeitos a grande parte do regime jurídico dos organismos de investimento em capital de risco. Neste sentido, as sociedades de créditos devem adotar o tipo de sociedade anónima e dispor de um capital social mínimo de 300.000 euros, e os fundos de créditos devem ter um capital subscrito mínimo de 1.000.000 euros.

2.3. Comercialização e gestão

Os OIAE de créditos são organismos de investimento alternativo especializado e, portanto, as ações de sociedades de créditos ou as unidades de participação de fundos de créditos apenas podem ser comercializadas junto de investidores qualificados. Trata-se de uma restrição à comer-

² Neste sentido, o Parecer denominado “*Key principles for a European framework on loan origination by funds*”, emitido pela European Securities Market Commission, refere o seguinte: “*Loan origination by funds is in principle only possible for AIFs, as Article 88(1) of the UCITS Directive prohibits UCITS management companies and investment companies from granting loans or acting as a guarantor on behalf of a common fund or third parties*”.

cialização que se justifica pelos riscos inerentes à atividade de concessão de crédito desenvolvida por estes organismos de investimento alternativo especializado.

A comercialização dos OIAE de créditos não deve, contudo, ser confundida com a aquisição de participações nas entidades gestoras dos OIAE de créditos, sendo essa aquisição regulada por normas especialmente previstas no RGOIC ou RJCR, consoante o caso, designadamente em matéria de avaliação da adequação dos titulares de participações qualificadas.

De referir ainda que os OIAE de créditos podem ser heterogeridos ou autogeridos, consoante a sua gestão esteja ou não cometida a uma entidade terceira. Em particular, os fundos de créditos são administrados por uma entidade gestora, que deve assumir a forma de: (i) sociedade gestora de organismos de investimento coletivo; ou (ii) sociedade gestora de fundos de capital de risco.

2.4. Supervisão

Por último, os OIAE de créditos ficam sujeitos à supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“**CMVM**”), a quem incumbe fiscalizar o cumprimento dos requisitos e deveres aplicáveis aos OIAE de créditos.

3. Investimento e alavancagem

3.1. Ativos elegíveis

Os OIAE de créditos têm como objeto a concessão e aquisição de créditos. Em particular, o património destes organismos de investimento alternativo especializado pode ser constituído por créditos decorrentes de:

- A. Empréstimos concedidos pelo OIAE de créditos, através da participação do OIAE de créditos num consórcio bancário; e
- B. Participações em empréstimos adquiridas pelo OIAE de créditos ao originador do crédito ou a terceiros.

Quanto à maturidade, o artigo 9.º-B, n.º 2, do Regulamento da CMVM 3/2015, estabelece que o prazo de vencimento dos créditos não pode exceder a duração do OIAE de créditos.

Efetivamente, os ativos de investimento dos OIAE de créditos são, por natureza, ilíquidos e, não sendo valores mobiliários, não permitem o acesso à liquidez dos mercados secundários. Ao exigir-se que o prazo de vencimento dos créditos não exceda a duração do OIAE de créditos, o legislador pretendeu mitigar o risco de liquidez, bem como situações de desfasamento entre maturidade e liquidez, evitando-se que os OIAE de créditos, cuja duração se aproxima do fim, tenham de alienar os créditos por valor inferior ao de mercado, afetando negativamente o retorno obtido pelos participantes, em sede de liquidação.

Parece-nos, contudo, que – numa perspetiva prática – a solução consagrada no artigo 9.º-B, n.º 2, do Regulamento da CMVM 3/2015 apresenta pouca flexibilidade. A título de exemplo, numa transação de aquisição de uma carteira de créditos a um banco, um OIAE de créditos poderá ficar excluído do processo, com prejuízo para todas as partes envolvidas, apenas porque essa carteira tem alguns créditos que ultrapassam a duração do OIAE de créditos. Neste sentido, sugerimos que, numa revisão futura do regime jurídico dos OIAE de créditos, seja ponderada a introdução de uma exceção para situações devidamente justificadas, sujeitas eventualmente a um limite máximo dos créditos que podem exceder a duração do OIAE de créditos, nestas circunstâncias.

Adicionalmente, o património dos OIAE de créditos pode ser constituído por:

- A. Liquidez, com um limite máximo de 20% dos ativos do OIAE de créditos (aplicável a partir dos 6 meses de atividade do OIAE de créditos);
- B. Títulos representativos de dívida emitidos por mutuários elegíveis, com um limite máximo de 20% dos ativos do OIAE de créditos;
- C. Outros ativos que lhe advenham da satisfação dos créditos ou que demonstradamente sejam necessários para maximizar a satisfação dos mesmos.

O artigo 9.º-B, n.º 4, do Regulamento da CMVM 3/2015, estabelece ainda um elenco taxativo dos instrumentos que podem ser considerados como liquidez, em particular: *"depósitos bancários suscetíveis de mobilização a todo o momento, certificados de depósito, unidades de participação de organismos de investimento do mercado monetário ou do mercado monetário de curto prazo e instrumentos financeiros emitidos ou garantidos por um Estado membro com prazo de vencimento residual inferior a 12 meses"*.

O legislador introduziu, no entanto, um limite máximo de 20% aplicável à liquidez. Numa perspetiva prática, parece-nos que a solução consagrada apresenta pouca flexibilidade. Por um lado, um OIAE de créditos poderá ficar impedido de vender uma carteira de créditos e, portanto, de aproveitar as condições de mercado ou uma oportunidade de negócio vantajosa. Por outro lado, o reembolso antecipado dos créditos pelos mutuários, poderá levar o OIAE de créditos a ultrapassar o limite de 20%. Neste sentido, sugerimos que, numa revisão futura do regime jurídico dos OIAE de créditos, seja ponderada a introdução de um prazo razoável (v.g. 6 meses) para o OIAE de créditos pôr termo a qualquer situação de ultrapassagem pontual do limite de 20%.

Por último, aplaude-se a inclusão dos títulos representativos de dívida no leque de ativos elegíveis para o património dos OIAE de créditos, tendo em consideração que os financiamentos às empresas são frequentemente estruturados como emissões de obrigações ou outros títulos representativos de dívida. Contudo, a imposição de um limite máximo de 20% acaba por retirar alguma flexibilidade à gestão da atividade dos OIAE de créditos. Efetivamente, a opção por conceder financiamento através da emissão de títulos representativos de dívida ou da celebração de contratos de abertura de crédito depende de diversos fatores (v.g. económicos, jurídicos, fiscais) a serem analisados no devido momento.

3.2. Operações proibidas

O artigo 5.º-C do RJCR estabelece, no entanto, algumas limitações à atividade dos OIAE de créditos. Em particular, são consideradas operações proibidas:

- A. A realização de vendas a descoberto de instrumentos financeiros, a utilização de operações de financiamento direto ou indireto de valores mobiliários, incluindo o empréstimo de valores mobiliários, e a utilização de instrumentos financeiros derivados, exceto com finalidades de cobertura de risco; e
- B. A concessão de empréstimos a pessoas singulares; instituições de crédito; outros organismos de investimento coletivo; e a entidades relacionadas com o OIAE de créditos, nomeadamente os seus participantes, a entidade gestora e o depositário.

Apesar de o artigo 5.º-C do RJCR estabelecer a proibição de concessão de crédito a pessoas singulares, cumpre realçar que as razões que convidam a que os OIAE de créditos não concedam, em mercado primário, créditos a pessoas singulares, podem já não se justificar num cenário de mercado secundário. Adicionalmente, a proibição de concessão de crédito a pessoas singulares não deverá abranger a compra de carteiras de créditos em incumprimento (*non-performing loans*), na medida em que, sendo essa compra livre para qualquer entidade no mercado “normal”, não se vislumbra que os OIAE de créditos pudessem ser negativamente discriminados nestas operações.

3.3. Alavancagem

Em linha com a opinião da *European Securities Market Commission*, emitida em 12 de abril de 2016, sobre os “*Key principles for a European framework on loan origination by funds*”, foram introduzidos limites ao endividamento dos OIAE de créditos. Assim, o artigo 5.º-D do RJCR estabelece que os OIAE de créditos podem contrair, a título próprio, empréstimos para financiar a sua atividade, desde que observados os seguintes requisitos: (i) os empréstimos tenham duração não inferior à duração dos respetivos ativos que pretendem financiar; e (ii) não ultrapassem o limite de 60% do respetivo ativo total.

3.4. Diversificação

De modo a acautelar preocupações relacionadas com os riscos de concentração, contraparte e contágio, assegurando a diversificação dos créditos detidos pelo OIAE de créditos, o artigo 9.º-C do Regulamento da CMVM 3/2015 estabelece um princípio de diversificação da carteira de créditos detida pelo OIAE de créditos.

Neste sentido, a partir dos primeiros 12 meses de atividade do OIAE de créditos, a respetiva carteira de créditos deve estar suficientemente diversificada, com um limite de créditos, por entidade ou por entidades em relação de controlo ou domínio³, de 20% do ativo total do OIAE de créditos.

³ O conceito de controlo ou domínio referido no artigo 9.º-C do Regulamento da CMVM 3/2015 corresponde ao conceito de controlo ou domínio previsto no artigo 2.º, n.º 1 d), do RGOIC (aplicável ex vi artigo 2.º, n.º 5, do RJCR).

Em particular, no que se refere ao prazo de 12 meses, julgamos que este constitui um equilíbrio adequado entre a necessidade de impor uma planificação exigente na constituição do OIAE de créditos e a de acolher eventuais vicissitudes que ocorram durante o período inicial de investimento.

4. Deveres aplicáveis à entidade gestora de OIAE de créditos

4.1. Adequação dos membros do órgão de administração

Quanto à adequação dos titulares do órgão de administração da entidade gestora do OIAE de créditos, o artigo 9.º-A do Regulamento da CMVM 3/2015 exige que, pelo menos, um membro tenha experiência comprovada nas atividades de concessão de crédito e de avaliação e gestão do risco de crédito.

Apesar de o artigo 9.º-A do Regulamento da CMVM 3/2015 referir-se apenas ao requisito de experiência comprovada em matéria de concessão de crédito, importa realçar que a CMVM aprecia a idoneidade de todos os membros dos órgãos de administração e fiscalização de entidades sob a sua supervisão, em particular as entidades gestoras de OIAE de créditos⁴.

4.2. Deveres nas relações com os mutuários

O artigo 9.º-G do Regulamento da CMVM 3/2015 estabelece alguns deveres aplicáveis nas relações entre a entidade gestora do OIAE de créditos e os mutuários. Em particular, a entidade gestora do OIAE de créditos incorre:

- A. Nos deveres de informação previstos no artigo 312.º, n.º 1 a), e) e h), 3 e 4, do Código dos Valores Mobiliários, sendo igualmente aplicável a periodicidade de comunicação da informação relativa ao custo do serviço prevista no n.º 9 do referido artigo;
- B. No dever de segredo profissional, nos termos previstos para o segredo bancário⁵.

Adicionalmente, na concessão de empréstimos pelos OIAE de créditos, aplica-se o regime da concessão de crédito bancário, em particular:

- i. A informação a prestar aos mutuários em matéria de taxas de juro e outros custos das operações de crédito;
- ii. A contagem do prazo, juros remuneratórios, capitalização de juros e mora do devedor; e

⁴ Em conformidade com o artigo 71.º-S do RGOIC, relativamente às sociedades gestoras de organismos de investimento coletivo, e com o artigo 47.º do RJCR (aplicável ex vi 5.º, n.º 8, do RJCR), relativamente às sociedades gestoras de fundos de capital de risco.

⁵ O segredo bancário encontra-se regulado no Capítulo III do Título VI do RGICSF.

- iii. O critério utilizado no arredondamento e no indexante da taxa de juro.

Neste contexto, pode afirma-se que o legislador recorreu à aplicação de deveres e regras bancários, com o intuito de assegurar a promoção de um *level playing field* face à atividade de concessão de crédito promovida por instituições de crédito e sociedades financeiras, assegurando a igualdade de tratamento do mutuário, independentemente do tipo de mutuante em causa. Adicionalmente, pretende-se assegurar a promoção de clareza, transparência e prestação de informação de qualidade aos mutuário; maior certeza jurídica quanto ao conteúdo da relações creditícias; e a comparabilidade entre créditos concedidos por instituições de crédito ou sociedades financeiras e OIAE de créditos.

4.3. Testes de esforço

Tendo em consideração que os OIAE de créditos estão sujeitos às alterações das condições económicas envolventes, e de forma a avaliar e acompanhar o risco de liquidez, a entidade gestora do OIAE de créditos deve realizar testes de esforço, com uma periodicidade mínima trimestral.

Os testes de esforço devem seguir os termos em que são realizados testes de esforço pelas entidades gestoras de organismos de investimento em capital de risco. Neste sentido, o artigo 59.º, n.º 1, do RJCR, estabelece que *"As entidades responsáveis pela gestão procedem regularmente a testes de esforço, em condições normais e em condições excecionais de liquidez, que lhes permitam avaliar e acompanhar os riscos de liquidez suportados pelo organismo de investimento em capital de risco naquelas condições"*.

4.4. Análise do risco de crédito

A entidade gestora do OIAE de créditos deve implementar um sistema de gestão de risco, que inclui:

- A. O modelo de concessão de crédito, bem como os critérios de seleção dos créditos e de elegibilidade dos devedores e parâmetros de pontuação;
- B. A criação de ficheiros de crédito com a compilação de toda a informação qualitativa e quantitativa sobre os mutuários;
- C. Um procedimento de decisão de concessão de crédito claramente formalizado e que descreva o processo de tomada de decisão pelos órgãos competentes, incluindo nas situações em que a gestão do risco seja subcontratada;
- D. A política de gestão de garantias e colaterais;
- E. Procedimentos de gestão de situações de incumprimento, incluindo o acompanhamento, a reestruturação e a prorrogação de créditos;
- F. Procedimentos de mensuração dos créditos.

No âmbito da concessão de crédito, o procedimento de análise de risco pode ser automatizado mediante definição do critério de elegibilidade e, em certas situações, utilizando um sistema de atribuição de uma pontuação ao empréstimo, devendo:

- i. O algoritmo utilizado ser descrito no programa de atividades;
- ii. A elegibilidade para o critério ser documentada no dossier de crédito;
- iii. O processo de tomada de decisão ser formalizado.

No caso de um crédito concedido em associação do OIAE de créditos num consórcio bancário, a informação qualitativa e quantitativa sobre os mutuários pode ser recolhida por um outro participante no consórcio bancário, incluindo por instituição de crédito do mesmo grupo da entidade gestora do OIAE de créditos.

Neste caso, a entidade gestora do OIAE de créditos deve ainda assim manter dossiers de crédito autónomos e estabelecer procedimentos autónomos de decisão de concessão de crédito, incluindo sobre a análise de risco.

4.5. Avaliação, monitorização e controlo do risco de crédito

A entidade gestora do OIAE de créditos deve estabelecer um procedimento de monitorização adequado, no mínimo numa base trimestral, das alterações à qualidade de cada crédito individualmente considerado, determinando, quando aplicável, os níveis de depreciação ou apreciação no valor dos créditos e, quando aplicável, nas garantias e no colateral.

Este procedimento de monitorização previsto no artigo 9.º-E do Regulamento da CMVM 3/2015, inclui assim as medidas operacionais a serem adotadas em caso de materialização do risco de crédito.

5. Algumas reflexões finais

Aproveitamos o presente artigo, para louvar a iniciativa legislativa de introdução da figura dos *loan funds* em Portugal. Adicionalmente, fazemos referência ao papel essencial da CMVM na construção do regime jurídico dos OIAE de créditos. Em particular, destacamos as consultas públicas realizadas pela CMVM, cujos contributos do supervisor do mercado de capitais e dos agentes do mercado vieram enriquecer e aprimorar o regime jurídico aplicável aos OIAE de créditos.

Não obstante o mérito desta iniciativa legislativa, aproveitamos para partilhar algumas reflexões finais e sugestões de alteração legislativa, que podem contribuir para o sucesso dos *loan funds*.

5.1. Regime fiscal aplicável aos OIAE de créditos

Como aspeto principal, destacamos o regime fiscal. Efetivamente, a ausência de certeza quanto ao regime fiscal aplicável aos OIAE de créditos poderá colocar Portugal em desvantagem relativamente a outros Estados-Membros da União Europeia, com prejuízo para os agentes do mercado, os investidores, e o mercado em geral.

Neste sentido, incentivamos o legislador ou a Autoridade Tributária e Aduaneira a clarificarem quanto antes o regime fiscal aplicável aos OIAE de créditos. Sem isso, dificilmente este projeto passa do papel.

5.2. Emissão de instrumentos financeiros representativos de dívida

A propósito do endividamento dos OIAE de créditos, o artigo 5.º-D do RJCR estabelece que os OIAE de créditos podem contrair, a título próprio, empréstimos para financiar a sua atividade. Para efeitos de clareza jurídica, sugerimos a clarificação do conceito de “empréstimo” e, em particular, se um OIAE de créditos pode emitir instrumentos financeiros representativos de dívida (v.g. obrigações) para financiar a sua atividade.

5.3. Cessão de créditos em massa

O Decreto-Lei n.º 42/2019, de 28 de março (“**Decreto-Lei 42/2019**”), veio estabelecer um regime simplificado para a cessão de créditos em massa, dispensando a habilitação processual dos adquirentes em cada um dos processos em que o crédito adquirido esteja a ser exigido e simplificando-se as operações registais associadas.

O referido diploma vem, assim, corporizar uma das medidas que resultam do Programa Capitalizar, que foi aprovado pelo Governo através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto, com o intuito de melhorar as condições de acesso ao financiamento das micro, pequenas e médias empresas. Em particular, a agilização das transações sobre carteiras de crédito contribui significativamente para a redução dos níveis de crédito não produtivos.

Neste contexto, importa salientar que é permitida, aos OIAE de créditos, a aquisição de créditos bancários. No âmbito da consulta pública da CMVM n.º 8/2019, em comentário ao artigo 9.º-B do Regulamento da CMVM 3/2015, a CMVM refere que *“sendo esta uma área de sobreposição com a titularização de créditos, confere-se aos operadores do mercado a flexibilidade para poderem avaliar e decidir pela opção que se lhes afigure mais vantajosa, entre a opção da titularização de créditos ou dos OIAE de créditos”*.

Sucedo, no entanto, que o conceito de “cessão de créditos em massa” previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei 42/2019, pressupõe que o cessionário seja uma instituição de crédito, sociedade financeira ou sociedade de titularização de créditos, o que inviabiliza a aplicação deste regime simplificado aos OIAE de créditos⁶.

6 Efetivamente, o Decreto-Lei 144/2019 revogou o artigo 6.º, n.º 1 b) vi), do RGICSF, que qualificava as sociedades gestoras de fundos de investimento como sociedades financeiras.

À luz do acima exposto, tendo em consideração que a melhoria das condições de financiamento das pequenas e médias empresas é um objetivo comum ao Decreto-Lei 42/2019 e ao Decreto-Lei 144/2019, que introduziu a figura dos OIAE de créditos em Portugal, e de modo a evitar que estes se encontrem em desvantagem normativa relativamente às sociedades e aos fundos de titularização de créditos, sugerimos a inclusão dos OIAE de créditos como possíveis cessionários dos referidos “créditos em massa”.

5.4. Central de responsabilidades de crédito

A central de responsabilidades de crédito gerida pelo Banco de Portugal (“**CRC**”) tem como funções, entre outras, centralizar as responsabilidades efetivas ou potenciais de crédito concedido por entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal ou por quaisquer outras entidades que, sob qualquer forma, concedam crédito ou realizem operações análogas.

Em particular, o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 204/2008, de 14 de outubro, estabelece que são entidades participantes na CRC *“as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal que concedam crédito, sucursais de instituições de crédito com sede no estrangeiro e atividade em Portugal e outras entidades designadas pelo Banco de Portugal que, de algum modo, exerçam funções de crédito ou atividade com este diretamente relacionada”*.

Tendo em consideração o risco de crédito e o risco sistémico associado à atividade de concessão de crédito desenvolvida pelos OIAE de créditos, entendemos que o Banco de Portugal deveria equacionar a designação daqueles como entidades participantes na CRC. Efetivamente, a consulta da informação constante na CRC, em particular as responsabilidades efetivas ou potenciais decorrentes de operações de crédito, sob qualquer forma ou modalidade, de que sejam beneficiárias pessoas coletivas, afigura-se essencial para uma adequada análise do risco de crédito pelos OIAE de créditos. Também aqui, e a não ser assim, não estando os OIAE de créditos integrados na CRC, toda a massa de créditos vivos detidos por estas entidades, fica de fora da CRC, com uma evidente deterioração do papel e função da própria CRC.

EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS EN REINO UNIDO TRAS EL BREXIT

Álvaro López de Argumedo y Atenea Martínez
Abogados

Resumen

La salida del Reino Unido de la Unión Europea traerá consigo numerosos cambios normativos en el marco del reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales del Reino Unido a partir del próximo 1 de enero de 2021 (fecha en que finaliza el periodo transitorio establecido en el Acuerdo de Retirada).

El propósito de este artículo es analizar cuál será el régimen aplicable al reconocimiento y ejecución en la Unión Europea (y, en particular, en España) de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales del Reino Unido tras el fin del periodo transitorio en materia civil y mercantil, a la vista de la normativa que regula en la actualidad esta materia: el Convenio de Bruselas I-BIS, el Convenio de la Haya de 2005, la normativa interna del estado de destino correspondiente, o incluso el Convenio de Bruselas de 1968.

El presente artículo también examina otras posibles opciones futuras en atención al estado de las negociaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea, como son la aplicación del Convenio de Lugano de 2007 o del Convenio de la Haya de 2019 al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en Reino Unido a partir del 1 de enero de 2021, así como la celebración de un eventual acuerdo bilateral entre el Reino Unido y la Unión Europea para la aplicación del Convenio de Bruselas I-BIS a las sentencias dictadas en procedimientos iniciados con posterioridad al fin del periodo transitorio (semejante al actualmente existente entre la Unión Europea y Dinamarca).

PALABRAS CLAVE:

BREXIT, RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN, SENTENCIAS, REINO UNIDO.

Abstract

Brexit will entail various regulatory changes in connection with the recognition and enforcement of United Kingdom court judgments outside the United Kingdom as from 1 January 2021 (on which date the transition period stipulated in the Withdrawal Agreement ends).

The purpose of this article is to analyse how recognition and enforcement will be regulated in the European Union (and, in particular, in Spain) with regard to United Kingdom court judgments on civil and commercial matters following the end of the transition period, in view of the current regulations in this area: the Brussels I-BIS Convention, the 2005 Hague Convention, domestic recognition and enforcement regimes, and even the 1968 Brussels Convention.

The article also examines other future options in light of the ongoing negotiations between the United Kingdom and the European Union, such as the application of the 2007 Lugano Convention or the 2019 Hague Convention, and the potential conclusion of a bilateral agreement between the United Kingdom and the European Union to apply the Brussels I-BIS Convention to judgments issued in proceedings that have started after the end of the transition period (similar to the agreement currently in force between the European Union and Denmark).

KEY WORDS:

BREXIT, RECOGNITION, ENFORCEMENT, JUDGMENTS, UNITED KINGDOM.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-12-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 16-12-2020

López de Argumedo, Alvaro; Martínez, Atenea (2020). El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 105-122 (ISSN: 1578-956x).

1. Introducción

En el momento en que se escriben estas líneas, próximos al 31 de diciembre de 2020, está a punto de finalizar el periodo transitorio establecido en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, publicado el 12 de noviembre de 2019 (el **"Acuerdo de Retirada"**), sin que hasta la fecha la Unión Europea (en adelante, también la **"Unión"**) y el Reino Unido hayan alcanzado acuerdo alguno sobre cómo regular sus relaciones tras la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

La imposibilidad de alcanzar un acuerdo va a afectar de manera profunda a ambas partes. En lo que interesa al propósito de este trabajo, el Reglamento (UE) No 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (el **"Reglamento 1215"** o el **"Convenio de Bruselas I-BIS"**) dejará de aplicarse al reconocimiento y ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que se dicten en Reino Unido y viceversa (con la cualificada excepción temporal a la que luego haremos referencia). Ello implica, sin duda, un paso atrás, puesto que el Convenio de Bruselas I-BIS había eliminado en la práctica la necesidad del exequátur, que se había convertido en automático en virtud del principio de confianza recíproca que inspira ese Convenio.

Evidentemente, lo idóneo para resolver esta situación sería que la Unión Europea y el Reino Unido celebrasen un tratado internacional que cubra esta materia, de modo que se pueda seguir un sistema similar al previsto en el Reglamento 1215.

Hasta que ello suceda, habrá que acudir a los mecanismos convencionales existentes y, en particular, al Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (el **"Convenio de La Haya de 2005"**), del que son ya parte tanto el Reino Unido como la Unión Europea. Cuando ese Convenio no resulte aplicable (por razón de la materia o por su específico ámbito temporal), habrá de acudirse a la legislación interna de cada Estado sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que en el caso de España está constituida por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (la **"Ley de Cooperación Jurídica Internacional"** o **"LCJI"**).

En todo caso, estamos seguros que, en lo que se refiere a los tribunales españoles, estos seguirán manteniendo la actitud favorable al reconocimiento que, desde hace ya años, manifiestan con respecto a las resoluciones presentadas a exequátur en España (siempre, claro está, que se cumplan los requisitos necesarios para el reconocimiento).

2. El régimen aplicable a las resoluciones dictadas en Reino Unido en procedimientos incoados con anterioridad al fin del Periodo Transitorio

El Acuerdo de Retirada, como es sabido, regula la salida del Reino Unido de la Unión Europea y establece un periodo transitorio entre su fecha de entrada en vigor (el 1 de febrero de 2020) y el 31 de diciembre de 2020 (el **"Periodo Transitorio"**) destinado a facilitar la transición normativa que implica el Brexit tanto para el Reino Unido como para los Estados miembros de la Unión Europea¹.

En palabras del propio Acuerdo de Retirada, el objetivo de éste es (entre otros) *"garantizar una retirada ordenada [del Reino Unido de la Unión y del Euratom] por medio de diversas disposiciones relativas a la separación, destinadas a evitar perturbaciones y a proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos y a los operadores económicos, así como a las autoridades judiciales y administrativas de la Unión y del Reino Unido"*².

A estos efectos, el Acuerdo de Retirada establece que, durante el Periodo Transitorio, y con carácter general y salvo disposición en contrario del Acuerdo de Retirada³, *"el Derecho de la Unión será"*

¹ Considerandos, artículo 2.e y artículo 126 del Acuerdo de Retirada.

² Primera declaración contenida en la pág. 2 del Acuerdo de Retirada.

³ El Acuerdo de Retirada no contempla excepciones sobre la aplicación durante el Periodo Transitorio de las normas objeto de análisis en el presente artículo.

*aplicable al y en el Reino Unido" y "producirá, respecto de y en el Reino Unido, los mismos efectos jurídicos que produce en la Unión y sus Estados miembros"*⁴.

El concepto de Derecho de la Unión comprende, a efectos del Acuerdo de Retirada, tanto los actos adoptados por la Unión Europea como los tratados internacionales de los que ésta sea parte (además de otras normas)⁵.

La consecuencia de lo anterior es que, durante el Periodo Transitorio, y en lo que aquí interesa:

- i. deberá considerarse al Reino Unido como miembro de la Unión Europea a efectos de la aplicación de los actos de la Unión —a pesar de no serlo desde el 1 de febrero de 2020—; y
- ii. se considerará que Reino Unido continúa siendo miembro de los tratados internacionales a los que se hubiera adherido a través de la Unión Europea a efectos de la aplicación de éstos.

A sensu contrario, las disposiciones del Acuerdo de Retirada que hemos expuesto implican que, con carácter general y tras el Periodo Transitorio, Reino Unido dejará de ser considerado Estado miembro a efectos de la aplicación de los actos de la Unión Europea, y dejará de formar parte de los tratados internacionales suscritos por la Unión.

Sin perjuicio de todo ello, el Acuerdo de Retirada establece una medida transitoria concreta en cuanto a la aplicación del Reglamento 1215, según la cual, a efectos de reconocimiento y ejecución de resoluciones de tribunales de Reino Unido, el Reglamento 1215 será aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea a las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2021, siempre que estas resoluciones, como es lógico, se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación objetivo definido en el artículo 1 del Reglamento 1215. *A sensu contrario* el Reglamento 1215 dejará de ser de aplicación al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en procedimientos incoados a partir del 1 de enero de 2021⁶.

Lo anterior implica que, a día de hoy, existe certeza sobre que el régimen aplicable en España para el reconocimiento y ejecución de las mencionadas resoluciones (dictadas en procedimientos incoados con anterioridad al 1 de enero de 2021, aunque las decisiones correspondientes se dicten con posterioridad a esa fecha) será el mismo que nuestros tribunales venían aplicando desde la entrada en vigor del Convenio de Bruselas I-BIS.

La Comisión Europea publicó además el 27 de agosto de 2020 un documento titulado "*Notice to Stakeholders - Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the Field of Civil Justice and Private International Law*" (en adelante, la "**Notificación para Interesados**"), en el que expone su interpretación de algunos de los conceptos y preceptos incluidos en el Acuerdo de Retirada.

⁴ Segunda declaración contenida en la pág. 2 del Acuerdo de Retirada y artículos 127.1 y 127.3 del Acuerdo de Retirada. *Vid.* también a este respecto los artículos 127.6 y 129.1 del Acuerdo de Retirada.

⁵ Artículo 2.a del Acuerdo de Retirada.

⁶ Artículo 67.2.a del Acuerdo de Retirada.

En particular, y con respecto a la aplicación transitoria del Reglamento 1215, los apartados 3.1 y 3.3 de este documento explican que el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales contenido en esta norma será de aplicación en los Estados miembros y, tras el fin del Periodo Transitorio, a:

- i. las resoluciones judiciales dictadas en Reino Unido a partir del 1 de enero de 2021 en procedimientos incoados con anterioridad a esa fecha;
- ii. las resoluciones judiciales dictadas en Reino Unido antes del 1 de enero 2021 que no han sido ejecutadas antes de esa fecha en un Estado miembro de la Unión; y
- iii. las resoluciones judiciales dictadas en Reino Unido antes del 1 de enero de 2021 y reconocidas en un Estado miembro de la Unión pero que no han sido ejecutadas antes de esa fecha.

Por otra parte, y para despejar cualquier duda que pudiera existir al respecto, el apartado 3.3 de la Notificación para Interesados excluye expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento 1215 las resoluciones judiciales dictadas en Reino Unido con posterioridad al fin del Periodo Transitorio derivadas de procedimientos iniciados con posterioridad al fin del Periodo Transitorio.

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué interpretación darán nuestros tribunales, los tribunales de los Estados miembros de la Unión, y eventualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "**TJUE**"), a la expresión "*procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio*", a los que se refiere el apartado i. anterior ("*legal proceedings instituted before the end of the transition period*" en la versión inglesa del Acuerdo de Retirada)⁷. A nuestro entender, el concepto de "*incoación*" debe entenderse en este contexto de la forma más amplia posible. Y ello porque solo así será posible garantizar seguridad jurídica en la aplicación transitoria del Reglamento 1215.

Por esa razón, deberían considerarse procedimientos incoados con anterioridad al fin del Periodo Transitorio no solo aquellos iniciados por medio de una demanda interpuesta ante los tribunales del Reino Unido con anterioridad al 1 de enero de 2021, sino también (y a título de ejemplo), aquellos iniciados por medio de demanda presentada ante tribunales de un tercer Estado y de los que el Reino Unido solo haya conocido a causa de declinatoria o inhibición judicial a partir del 1 de enero de 2021. También podrían comprenderse los que se hayan sustanciado en virtud de una demanda interpuesta tras el fin del Periodo Transitorio, que tenga por objeto ratificar una demanda de medidas cautelares anterior al 1 de enero de 2021.

En definitiva, el Reglamento 1215 continuará siendo de aplicación en España al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales de Reino Unido comprendidas en su ámbito de aplicación objetivo que hayan sido dictadas en procedimientos iniciados con anterioridad al fin del Periodo Transitorio.

⁷ Que es la contenida en el artículo 67.2.a del Acuerdo de Retirada para establecer el régimen transitorio de aplicación del Reglamento 1215 que hemos visto.

3. El régimen aplicable a las resoluciones dictadas en el Reino Unido en procedimientos iniciados tras el fin del Periodo Transitorio

3.1. El Convenio de Lugano de 2007

Como hemos visto, el Acuerdo de Retirada determina que a partir del 1 de enero de 2021 dejará de considerarse que el Reino Unido es parte de los tratados internacionales suscritos por la Unión.

En consecuencia, el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 por la Comunidad Europea, Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza (el "**Convenio de Lugano**") no será aplicable en España al reconocimiento y ejecución, a partir del 1 de enero de 2021, respecto de resoluciones dictadas en Reino Unido en materia civil y mercantil⁸. O, al menos, no de forma inmediata. Lo examinamos a continuación.

El Reino Unido solicitó el 8 de abril de 2020 adherirse al Convenio de Lugano. Pues bien, su adhesión no será posible hasta que todos los Estados miembros del Convenio de Lugano manifiesten su conformidad con esta, lo que deben procurar resolver en el plazo de un año desde que la solicitud de Reino Unido fue presentada⁹.

Una vez todos los Estados miembros hayan aceptado la solicitud de Reino Unido, Reino Unido deberá depositar un instrumento de adhesión, que determinará que adquiera la condición de miembro del Convenio de Lugano "*el primer día del tercer mes siguiente al depósito de su instrumento de adhesión*"¹⁰. Esa entrada en vigor se producirá además solo en relación con los miembros del Convenio que no hayan formulado objeciones a la adhesión del Reino Unido entre la fecha de depósito del instrumento de adhesión (que tendrá lugar tras la conformidad de todos ellos) y el primer día del tercer mes siguiente a esta fecha¹¹.

Lo anterior quiere decir que, como pronto, el Reino Unido adquirirá la condición de Estado parte del Convenio de Lugano el 1 de marzo de 2021. En consecuencia, en el mejor de los escenarios para la aplicación del Convenio de Lugano al reconocimiento y ejecución en España de resoluciones dictadas en Reino Unido, este solo será de aplicación a resoluciones dictadas con posterioridad al 1 de marzo de 2021.

8 Nótese que el ámbito de aplicación material del Convenio de Lugano es paralelo al del Reglamento 1215 (*vid.* artículo 1 del Convenio de Lugano).

9 Artículo 72 del Convenio de Lugano, que resulta aplicable a la adhesión del Reino Unido en virtud del artículo 70.1.c) en la medida en que no es un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Cambio.

10 Artículo 73.2 del Convenio de Lugano.

11 Artículo 72.4 del Convenio de Lugano.

Sentado lo anterior, debemos destacar que, en el momento de redacción del presente artículo, solamente Islandia, Noruega y Suiza han expresado que apoyan la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano. Es más, a la vista del estado de las negociaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido, no es descartable un escenario en el que la Unión Europea deniegue la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano.

3.2. Aplicación del Convenio de La Haya de 2005 al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en Reino Unido en cualquier estado miembro de la Unión Europea (y viceversa)

Como hemos visto, el Convenio de Lugano no será por el momento de aplicación al reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas en el Reino Unido tras el 31 de diciembre de 2020 en los Estados miembros de la Unión Europea (y viceversa) dado que, aunque el Reino Unido ha solicitado su incorporación como Estado a ese Convenio, esta todavía no ha sido aceptada por todos los demás Estados miembros (incluida la Unión Europea), condición necesaria para que proceda la adhesión del Reino Unido.

En consecuencia, para poder reconocer las sentencias dictadas en Reino Unido tras la finalización del Periodo Transitorio (esto es, tras el 31 de diciembre de 2020), será necesario acudir al Convenio de La Haya de 2005. El Convenio de La Haya de 2005 entró en vigor el 1 de octubre de 2015 y de él forman parte en la actualidad la Unión Europea, México, Montenegro y Singapur. El Reino Unido depositó su instrumento de adhesión definitivo el 28 de septiembre de 2020. En consecuencia, el Convenio de La Haya de 2005 entrará finalmente en vigor para ese Estado el 1 de enero de 2021, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 31.2.a).

Debe tenerse en cuenta en todo caso que, como ya se ha indicado, conforme al artículo 76 del Acuerdo de Retirada, aquellas sentencias dictadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2020, en las que el procedimiento en el que se dictaron se inició antes de esa fecha, habrán de reconocerse conforme a lo previsto en el Convenio de Bruselas I-BIS.

Para poder delimitar adecuadamente el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 2005 es importante definir, en primer lugar, cuál es su ámbito objetivo. Así, sólo resultará aplicable a las sentencias dictadas por un tribunal de un Estado miembro del Convenio que haya sido designado conforme a un acuerdo de elección de foro válido conforme al propio Convenio.

De este modo, el Convenio no resultará aplicable a sentencias dictadas en Reino Unido o en un Estado de la Unión Europea cuya jurisdicción no venga atribuida en función de un acuerdo de elección de foro, sino en virtud de los criterios de atribución de competencia de los tribunales de ese Estado (en el caso de España, esos criterios se establecen, como es sabido, en el artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —la **“Ley Orgánica del Poder Judicial”**—).

A la hora de determinar si un acuerdo de elección de foro es válido conforme al Convenio, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. el Convenio se aplica exclusivamente a resoluciones dictadas en materia civil y comercial¹² y excluye por tanto de su ámbito de aplicación materias como consumidores, contratos de trabajo, estado y capacidad legal de las personas, obligaciones alimentarias, cuestiones incluidas dentro del derecho de familia, testamentos y sucesiones, materias de competencia y seguros, entre otras¹³;
- ii. tampoco forman parte del ámbito del Convenio las medidas cautelares¹⁴ y el arbitraje¹⁵; y
- iii. el Convenio no resulta aplicable a cláusulas de atribución de competencia no exclusiva, asimétricas o híbridas, puesto que solo se aplica a cláusulas exclusivas¹⁶. Debe indicarse a este respecto que, en todo caso, el Convenio permite que un Estado declare la validez de los acuerdos de competencia no exclusiva, en cuyo caso las sentencias dictadas en ese Estado en virtud de un acuerdo no exclusivo serán reconocibles en otro Estado que haya hecho la misma declaración¹⁷.

En cuanto al ámbito de aplicación temporal del Convenio para que una sentencia dictada en Reino Unido sea reconocible y ejecutable en un Estado de la Unión Europea (y viceversa), resulta necesario que el acuerdo de atribución de competencia en favor del tribunal que haya dictado la sentencia se haya celebrado tras la entrada en vigor del Convenio en el Estado de origen. De este modo, el Convenio sólo se aplicará al reconocimiento de sentencias dictadas en Reino Unido tras el 31 de diciembre de 2020, en virtud de acuerdos de competencia exclusiva que se hayan celebrado también con posterioridad a esa fecha.

Ello determina que, en aquellos supuestos en los que la cláusula de sumisión se haya pactado con anterioridad al 31 de diciembre de 2020, pero en los que el procedimiento judicial se haya iniciado con posterioridad a esa fecha, la sentencia que se dicte no podrá reconocerse conforme al Convenio de La Haya de 2005 (tampoco conforme al Convenio de Bruselas I-BIS, a la vista del régimen excepcional previsto en el Acuerdo de Retirada) y habrá de seguirse en consecuencia lo previsto en la legislación procesal interna de cada país para el reconocimiento de sentencias. En el caso de España, deberá aplicarse la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

12 Artículo 1.1 del Convenio de La Haya de 2005.

13 Artículo 2.1 y 2.2. del Convenio de La Haya de 2005.

14 Artículo 7 del Convenio de La Haya de 2005.

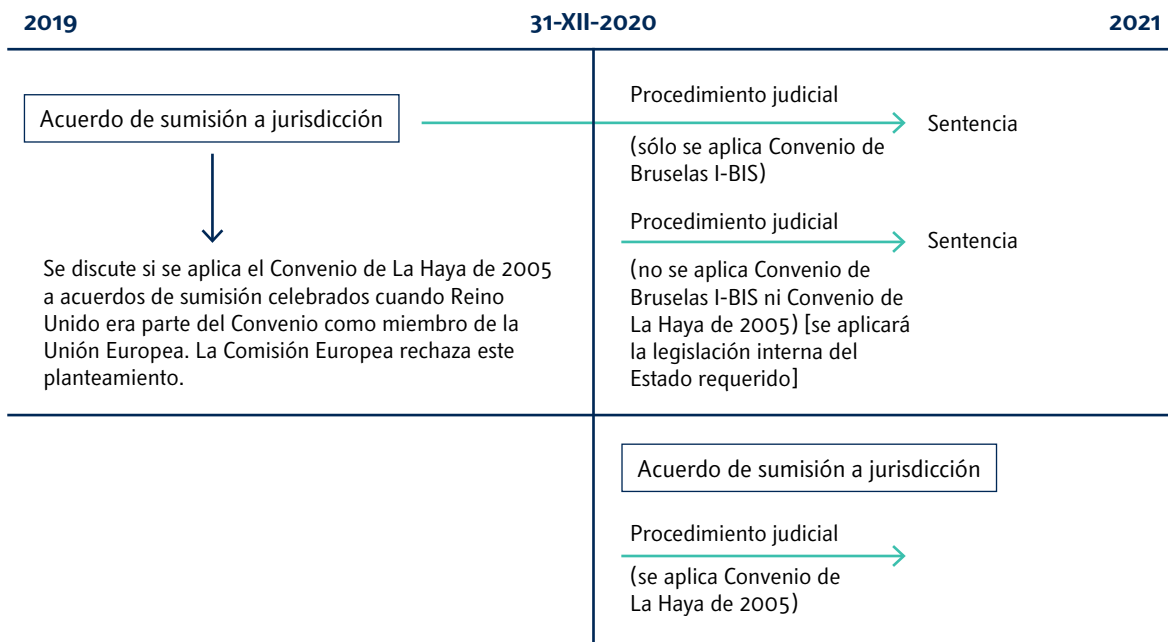
15 Artículo 2.4 del Convenio de La Haya de 2005.

16 Artículo 1.1 del Convenio de La Haya de 2005.

17 Artículo 22 del Convenio de La Haya de 2005.

El siguiente gráfico explica la cuestión de una manera más ilustrativa:

SITUACIÓN HASTA EL 31-XII-2020



SITUACIÓN TRAS EL 31-XII-2020

	¿Se aplica el Convenio de Bruselas I-BIS?	¿Se aplica el Convenio de La Haya de 2005?
Procedimiento iniciado antes del 31-XII-2020 (en UK o EU) y la sentencia se dicta con posterioridad al 31-XII-2020.	Sí	No
Procedimiento iniciado sobre la base de acuerdo de sumisión previo a 31-XII-2020, pero el procedimiento correspondiente se inicia con posterioridad al 31-XII-2020.	No	No
Procedimiento iniciado sobre la base de acuerdo de sumisión posterior al 31-XII-2020 y, por tanto, la sentencia se dicta con posterioridad al 31-XII-2020.	No	Sí

Debe no obstante hacerse constar que el Reino Unido considera que forma parte del Convenio de La Haya de 2005 desde el 11 de junio de 2015, como consecuencia de la adhesión de la Unión Europea a este y que, por tanto, su ámbito de aplicación temporal a Reino Unido ha de iniciarse el 1 de octubre de 2015, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 del Convenio (sin perjuicio del posterior depósito de re-adhesión el 28 de septiembre de 2020). Sin embargo, no es esa la postura que mantiene la Unión Europea, que considera que el Convenio sólo resultará aplicable

al Reino Unido a partir de su adhesión como Estado individual, y no como miembro de la Unión Europea¹⁸. Se trata sin duda de una cuestión que habrá de ser resuelta, al menos en lo que a la Unión Europea se refiere, por el TJUE, como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada por algún órgano judicial de un Estado miembro.

En cuanto al procedimiento de reconocimiento y ejecución, lo primero que debe indicarse es que el Convenio exige que, para poder ejecutar una sentencia que cumpla con las condiciones para su reconocimiento (en esencia, haber sido dictada por el tribunal de un Estado miembro al que las partes se hayan sometido en virtud de un acuerdo de sumisión válido, celebrado tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2005 en el Estado de origen), se deberá acudir al procedimiento de reconocimiento o exequátur. Ello, como es evidente, significa un retroceso notable con respecto al Convenio de Bruselas I-BIS, en la medida en que este no exigía ya el reconocimiento, sino que este era automático. En todo caso, el artículo 8 del Convenio de La Haya de 2005 señala con claridad que el reconocimiento es, simplemente, un proceso de homologación, pues no permite que el tribunal del Estado de destino examine el fondo del asunto. Ese precepto establece asimismo que el reconocimiento sólo podrá denegarse por las causas establecidas en el propio Convenio.

Las causas de denegación del reconocimiento son las que con carácter habitual se establecen para denegar el exequátur y se contienen en el artículo 9 del Convenio (nulidad del acuerdo de sumisión conforme a la ley del Estado de origen; incapacidad para celebrar el acuerdo de sumisión conforme a la ley del Estado requerido; cuestiones procesales —indebido emplazamiento que no permita ejercitar el derecho de defensa del demandado en el Estado de origen—; o que la resolución resulte contraria al orden público del Estado requerido o resulte incompatible con otra decisión dictada en el Estado de destino).

Junto a ello también se establece alguna previsión de carácter procesal, como que la resolución solo será reconocida si produce efectos en el Estado de origen y es ejecutoria en ese Estado¹⁹. Se impide así, como es lógico, la ejecución de condenas mero-declarativas, puesto que estas, como es sabido, no tienen acceso a la ejecución, pues no hay nada en rigor que ejecutar.

Asimismo, se establece que el reconocimiento o la ejecución podrían ser pospuestos o denegados si la resolución ha sido recurrida en el Estado de origen (o el plazo para interponer el recurso no ha expirado), lo que no impedirá solicitar de nuevo su exequátur una vez el recurso haya sido desestimado o el plazo haya expirado. Obsérvese que el término utilizado es "*podrá*", pues es el Tribunal del Estado de destino quien tiene la facultad de suspender (o archivar) el procedimiento, según considere procedente conforme a las circunstancias del caso. Esa previsión se encuentra en línea con lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (que sólo permite el reconocimiento de las resoluciones extranjeras firmes) y de lo previsto en el artículo VI del Convenio de Nueva York, que dispone también que los laudos podrán no ser reconocidos si se ha planteado acción de anulación contra el laudo en el Estado de la sede del arbitraje.

18 Vid. al respecto apartado 3.3 de la Notificación para Interesados.

19 Artículo 8.3 del Convenio de La Haya de 2005.

Resulta también significativo que el Convenio considere que es posible denegar el reconocimiento cuando conceda daños y perjuicios que no reparen un perjuicio real, incluyendo aquí los daños punitivos²⁰. Ello se debe a que muchos ordenamientos no permiten que el resarcimiento del daño vaya más allá de lo que constituye en rigor resarcimiento, por lo que en esos ordenamientos los daños punitivos (típicamente permitidos en los países anglosajones) no resultan admisibles.

En cuanto al procedimiento de reconocimiento, el artículo 14 establece que se encontrará regido por la Ley procesal del Estado de destino, que en el caso de España será la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, a la que nos referiremos a continuación²¹.

Finalmente, el Convenio de La Haya de 2005 permite también la posibilidad de un reconocimiento parcial, bien porque su solicitante solo pretenda el reconocimiento de una parte de la resolución, bien porque sólo sea admisible el reconocimiento de una parte de ella²².

3.3. El Convenio de La Haya de 2019

Haremos por último una somera referencia al Convenio de La Haya de 2019. A este respecto debe indicarse que, el 2 de julio de 2019, la Conferencia de la Haya aprobó el texto de un nuevo Convenio para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en materia civil y mercantil por los tribunales de los Estados que lo ratifiquen (el “**Convenio de La Haya de 2019**”).

El Convenio de La Haya de 2019 todavía no es aplicable en ningún Estado, puesto que sus artículos 28 y 29 prevén que no entrará en vigor hasta que hayan transcurrido 12 meses desde el momento en que dos Estados lo hayan ratificado, aceptado o aprobado, y, hasta la fecha, solamente ha sido firmado (que no ratificado, aceptado, o aprobado) por Uruguay y Ucrania.

No obstante, es posible que en un futuro no demasiado lejano tanto la Unión como el Reino Unido lo ratifiquen²³, por lo que conviene hacer una breve referencia a este.

En efecto, el 3 de julio de 2019 la Comisión Europea anunció que la Unión iniciaría el procedimiento de adhesión al Convenio de La Haya de 2019. A tal fin, la Comisión Europea ya lanzó en este año 2020 una consulta pública sobre la conveniencia de adherirse al Convenio de La Haya de 2019, que estuvo abierta desde el 22 de junio hasta el 5 de octubre²⁴.

En cuanto a su ámbito temporal, debe indicarse que el Convenio de La Haya de 2019 solo aplicaría, en un futuro, al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en proce-

20 Artículo 11.1 del Convenio de La Haya de 2005.

21 *Vid.* apartado 3.7 *infra*.

22 Artículo 15 del Convenio de La Haya de 2005.

23 *Vid.* al respecto la opinión contenida en SHEFFIELD, Sara; BAYLEY, Derek: “The New Hague Judgments Convention”, HFW Litigation, August 2019.

24 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12166-Accession-to-the-Judgments-Convention>

dimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor en el Estado requerido y en el Estado de origen²⁵.

El ámbito objetivo de este Convenio queda restringido a las resoluciones dictadas en materia civil y mercantil²⁶, con exclusión de las contempladas en su artículo 2 (estado y capacidad legal de las personas, asuntos de familia, sucesos e insolencias, entre otros).

Por último, debe señalarse que el procedimiento de reconocimiento y ejecución regulado por el Convenio de La Haya de 2019 requiere el exequátur (y no es por tanto automático)²⁷, al igual que lo establece el Convenio de La Haya de 2005.

3.4. El Reglamento 1215: ¿un acuerdo a medida entre la Unión Europea y el Reino Unido al estilo danés?

En un apartado precedente²⁸ hemos examinado las disposiciones del Acuerdo de Retirada que implican que Reino Unido no se considerará Estado miembro de la Unión a efectos de la aplicación del Reglamento 1215 al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 2021.

Sin perjuicio de lo anterior, existe la posibilidad de que Reino Unido suscriba con la Unión Europea un acuerdo que permita que el Reglamento 1215 sea de aplicación a resoluciones judiciales dictadas en procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 2021.

Una situación similar se produjo ya entre la Unión Europea y Dinamarca el 19 de octubre de 2005 con la suscripción del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (el "**Acuerdo Danés**").

En todo caso, parece que la posibilidad de que el Reino Unido y la Unión puedan alcanzar un pacto similar al Acuerdo Danés es más que dudosa por varios motivos. En primer lugar, porque un acuerdo de esta clase podría implicar la obligación de los tribunales del Reino Unido de tener en cuenta a la jurisprudencia de TJUE sobre las disposiciones del Reglamento 1215, y una cierta vinculación del Reino Unido al TJUE. Y no es probable que la Unión Europea acepte un acuerdo que no contenga esta previsión^{29,30}.

En segundo lugar, porque un pacto paralelo al alcanzado entre la Unión y Dinamarca limitaría muy probablemente la capacidad del Reino Unido para suscribir tratados internacionales que afecten

25 Artículo 16 del Convenio de La Haya de 2019.

26 Artículo 1 del Convenio de La Haya de 2019.

27 Artículo 13 del Convenio de La Haya de 2019.

28 *Vid.* apartado 2 *supra*.

29 *Vid.* artículos 6 y 7 del Acuerdo Danés.

30 SNELLING, Tom: "Negotiating Brexit: Recognition and Enforcement of Judgments", *Negotiating Brexit*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pág. 69.

al ámbito de aplicación del Reglamento 1215^{31,32,33}, lo que no parece que resulte aceptable para el Reino Unido.

3.5. El Convenio de Bruselas de 1968

Hasta la fecha, son varios los juristas que han analizado la posibilidad de que el Convenio de Bruselas de 1968 vuelva a ser de aplicación al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales de Reino Unido en los Estados miembros de la Unión tras el fin del Periodo Transitorio³⁴. Existen opiniones divergentes sobre esta cuestión.

El *quid* para defender o no la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a las relaciones entre el Reino Unido y otros Estados radica en la interpretación del artículo 68 del Reglamento 44/2001, que indica lo siguiente:

*"1. El presente Reglamento **sustituirá, entre los Estados miembros**, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.*

2. En la medida en que el presente Reglamento sustituye entre los Estados miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento".

Pues bien, es posible defender que la expresión "*sustituirá, entre los Estados miembros*" implica que, una vez Reino Unido pierda la condición de Estado miembro de la Unión, el Convenio de Bruselas de 1968 "*revive*" entre el Reino Unido y el resto de los Estados contratantes del Convenio, pues la sustitución del Convenio de Bruselas por el Reglamento 44/2001 (y posteriormente Reglamento 1215) solo tiene cabida entre Estados miembros (pero no entre aquellos que han dejado de serlo).

La doctrina³⁵ refuerza este razonamiento apelando al lenguaje en inglés del Reglamento 44/2001, que en lugar de indicar que el Reglamento 44/2001 "*sustituirá, entre los Estados miembros*" al Convenio de Bruselas de 1968, indica que el Reglamento 44/2001 "*shall supersede the Brussels Convention*".

31 Vid. artículo 5 del Acuerdo Danés.

32 LAGERLÖF, Erik: "Jurisdiction and Enforcement Post Brexit", Nordic Journal of European Law, 2020 (1), pág. 24.

33 SNELLING, Tom: "Negotiating Brexit: Recognition and Enforcement of Judgments", Negotiating Brexit, Oxford: Hart Publishing, 2017, pág. 69.

34 Vid. LAGERLÖF, Erik: "Jurisdiction and Enforcement Post Brexit", Nordic Journal of European Law, 2020 (1), págs. 30-32; AIKENS, Richard; DINSMORE, Andrew: "Jurisdiction and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?", 2016, EBLR, págs. 906-912; HIJJAWI, Hashem: "Brexit and its implications for international arbitration: the anti-suit injunction", YAR - Young Arbitration Review, vol.2019, págs. 6-11.

35 Vid. LAGERLÖF, Erik: "Jurisdiction and Enforcement Post Brexit", Nordic Journal of European Law, 2020 (1), págs. 30-31; AIKENS, Richard; DINSMORE, Andrew: "Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?", 2016, EBLR págs. 906-908.

Un tercer argumento a favor de la “*resurrección*”, tras el fin del Periodo Transitorio, del Convenio de Bruselas de 1968 se basa en el hecho de que continuó “*vivo*”, tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, para los territorios excluidos de la aplicación del Reglamento 44/2001 en virtud del artículo 68 de este último y 299 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Polinesia francesa, tierras australes y antárticas francesas, Groenlandia y Mayotte), así como para Dinamarca, tal y como expone el considerando 22 del Reglamento 44/2001.

Por otra parte, también es factible argumentar que Reino Unido era un Estado miembro en el momento de entrada en vigor del Reglamento 44/2001 conforme a la definición de “*Estado miembro*” contenida en éste³⁶ y que, por tanto, la disposición del Reglamento 44/2001 por la que este “*supersede*” al Convenio de Bruselas de 1968 le es de aplicación y no cabe por tanto recuperar la vigencia del Convenio de Bruselas de 1968. Incluso es posible defender que no se puede considerar a Reino Unido Estado signatario del Convenio de Bruselas de 1968 a ningún efecto en la medida en que esta condición venía determinada por su pertenencia a la Comunidad Económica Europea (transformada luego en la Unión), a la que ha dejado de pertenecer.

Adicionalmente, con un argumento más conceptual o finalista, cabría considerar que la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a las relaciones de los Estados de la Unión con el Reino Unido violaría el propósito de ese Convenio, destinado a “*reforzar en la Comunidad [Económica Europea] la protección jurídica de las personas establecidas en la misma*”³⁷ —y de la que el Reino Unido ya no forma parte a través de la Unión Europea—.

En el balance de unos y otros razonamientos, creemos difícil que pueda prosperar la tesis de que el Convenio de Bruselas de 1968 pueda recuperar su vigencia para el reconocimiento de sentencias dictadas en el Reino Unido.

3.6. El Convenio de Lugano de 1988

La discusión sobre la posible aplicabilidad del Convenio de Bruselas de 1968 a las sentencias inglesas no se ha trasladado a la aplicabilidad del Convenio de Lugano de 1988.

En efecto, si bien el artículo 65 del Convenio de Lugano (de 2007) es muy similar al artículo 68 del Convenio de Bruselas de 1968, el Convenio de Lugano contiene el siguiente artículo que clarifica la cuestión:

“6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, del Protocolo no 2, el presente Convenio sustituirá al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, a partir de la fecha de su entrada en vigor con arreglo a los apartados 4 y 5. Cualquier referencia al Convenio de Lugano de 1988 en otros instrumentos se entenderá como una referencia al presente Convenio”.

36 Artículo 1.3 del Convenio de Bruselas de 1968.

37 Preámbulo del Convenio de Bruselas de 1968.

La versión inglesa de este artículo, utiliza en esta ocasión el término “*replace*” en lugar del término “*supersede*” para indicar el efecto del Convenio de Lugano (de 2007) en el Convenio de Lugano de 1988, lo que obliga a inclinarse por la terminación definitiva del Convenio de Lugano de 1988 en el momento de entrada en vigor del Convenio de Lugano (de 2007).

Además, el Convenio de Lugano de 1988 no ha continuado siendo de aplicación a ningún territorio tras la entrada en vigor del Convenio de Lugano (de 2007), a diferencia del Convenio de Bruselas de 1968 tras la entrada en vigor del Reglamento 44/2001, como hemos visto.

En consecuencia, la inaplicabilidad del Convenio de Lugano de 1988 tras el fin del Periodo Transitorio parece sin duda segura³⁸.

3.7. El régimen de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional se aplicará al reconocimiento en España de sentencias dictadas en el Reino Unido sólo cuando no exista una norma de la Unión Europea o un tratado internacional del que España y Reino Unido sean parte que regule estas materias. En definitiva, resultará de aplicación con carácter subsidiario cuando no quepa la aplicación del Convenio de Bruselas I-BIS (por no resultar ya aplicable el régimen excepcional previsto en el artículo 76 del Acuerdo de Retirada) o no resulte tampoco aplicable el Convenio de La Haya de 2005 (o, en su caso, el de 2019).

Por otro lado, la LCJI se aplica en materia civil y mercantil, incluyéndose aquí tanto la responsabilidad civil derivada de delito como los contratos de trabajo³⁹.

Las sentencias inglesas que pretendan reconocerse en España habrán de seguir el procedimiento de exequátur regulado en la LCJI, que habrá de tramitarse ante el juzgado de primera instancia o de lo mercantil, cuando la resolución verse sobre las materias previstas en el artículo 86.ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o, subsidiariamente, por el lugar donde la resolución deba ser ejecutada o producir sus efectos.

El procedimiento de exequátur se inicia mediante demanda que debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”) (demanda de juicio ordinario) y que debe ir acompañada de:

- i. el original o copia autenticada de la resolución extranjera, debidamente legalizado o apostillado;

38 Sobre esta cuestión: LAGERLÖF, Erik: “Jurisdiction and Enforcement Post Brexit”, *Nordic Journal of European Law*, 2020 (1), pág. 32; AIKENS, Richard; DINSMORE, Andrew: “Jurisdiction, Enforcement and the Conflict of Laws in Cross-Border Commercial Disputes: What Are the Legal Consequences of Brexit?”, 2016, *EBLR*, pág. 912.

39 Artículo 1.2 de la LCJI.

- ii. en el caso de que la resolución fuera dictada en rebeldía, el documento que acredite que el demandado recibió la cédula de emplazamiento;
- iii. cualquier prueba que acredite que la resolución es firme y que, en su caso, tiene fuerza ejecutiva en el Estado de origen; y
- iv. las traducciones oportunas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la LEC.

A continuación, el juzgado debe dar traslado a la parte demandada para que esta, en su caso, formule su oposición en un plazo de treinta (30) días. Esta oposición solo puede basarse en la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la LCJI para acordar el exequátur (v. gr. falsedad o ausencia de firmeza de la resolución extranjera) o en las causas de denegación del reconocimiento previstas en el artículo 46 de la LCJI, que son las siguientes:

- i. ser la resolución contraria al orden público español;
- ii. existir una infracción manifiesta de los derechos de defensa de cualquiera de las partes; en concreto, se entenderá que existe infracción del derecho de defensa si la resolución fue dictada en rebeldía y al demandado no le fue notificada la cédula de emplazamiento de forma regular y con tiempo suficiente;
- iii. contener la resolución extranjera pronunciamientos sobre una materia cuya competencia estuviera reservada en exclusiva a los órganos jurisdiccionales españoles o en otras materias en las que la competencia del juez de origen se base en un foro exorbitante (sin una conexión razonable);
- iv. ser la resolución inconciliable con una resolución dictada en España;
- v. ser la resolución inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última fuera susceptible de reconocimiento en España; y
- vi. existir un procedimiento en España entre las mismas partes y con el mismo objeto que hubiera sido iniciado con anterioridad al procedimiento extranjero.

En el procedimiento de exequátur debe intervenir necesariamente el Ministerio Fiscal, al que se le dará traslado de todas las actuaciones.

Posteriormente, el juzgado ha de dictar un auto resolviendo la solicitud de reconocimiento. Este auto es susceptible de recurso de apelación y, a su vez, frente a la resolución que dicte la Audiencia Provincial, se podrá interponer recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

Una vez se haya obtenido el reconocimiento de la resolución de Reino Unido, esta será ejecutable en España como si fuera una sentencia nacional. En este sentido, la LCJI prevé que la solicitud de ejecución se pueda ejercitar en la misma demanda de reconocimiento de resolución extranjera (de forma acumulada) aunque dispone que no se acordará la ejecución hasta que se haya obte-

nido una resolución en primera instancia en la que se acuerde el reconocimiento de la resolución extranjera. Mientras tanto (e incluso con anterioridad), hasta que se resuelva la solicitud de reconocimiento, la parte demandante puede solicitar medidas cautelares con arreglo a lo dispuesto en la LEC para garantizar la efectividad de la eventual ejecución.

Si la parte ejecutada presenta un recurso de apelación frente al auto de exequátur, el órgano jurisdiccional (se entiende que el de primera instancia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 462 de la LEC) puede suspender la ejecución o sujetar la ejecución a la prestación de la oportuna caución. La LCJI no incluye ningún criterio a la hora de decidir sobre la suspensión de la ejecución por lo que parece que la decisión queda a la entera discreción del juzgado.

Por otro lado, la LCJI no prevé la posibilidad de suspender la ejecución durante la tramitación de eventuales recursos de casación y extraordinarios de infracción procesal frente a la decisión de la Audiencia Provincial. No obstante, sería posible argumentar que cabe aplicar lo previsto para el recurso de apelación, de forma análoga.

Las sentencias de Reino Unido podrán ser reconocidas a pesar de que contengan medidas desconocidas en nuestro ordenamiento, que habrán de ser adaptadas a otras reconocidas en nuestra legislación con efectos equivalentes y que persigan una finalidad similar. La LCJI prevé que cualquiera de las partes puede impugnar la adaptación de la medida, aunque no recoge cuál será el cauce procesal para esta impugnación. Parece razonable que pudiera articularse a través del sistema de recursos previsto frente al decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se acuerdan las concretas medidas de ejecución.

La LCJI recoge también la posibilidad de que el reconocimiento de una resolución extranjera (inglesa, en este caso) se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial en España. En estos casos, el juez que conozca del asunto habrá de pronunciarse respecto del reconocimiento de la resolución, que tendrá efectos, únicamente, en ese procedimiento, pues siempre podrá plantearse el reconocimiento a título principal (o la imposibilidad de obtener ese reconocimiento) con posterioridad.

Se prevé, además, que aquellas resoluciones extranjeras que resulten susceptibles de modificación (v. gr. las prestaciones de alimentos) puedan ser directamente modificadas por los órganos jurisdiccionales españoles, previo su reconocimiento a título principal o incidental. En rigor no se trata de una modificación sino de un nuevo proceso. Precisamente por esta razón esta disposición no impide que se pueda plantear una nueva demanda en un proceso declarativo ante los órganos jurisdiccionales españoles.

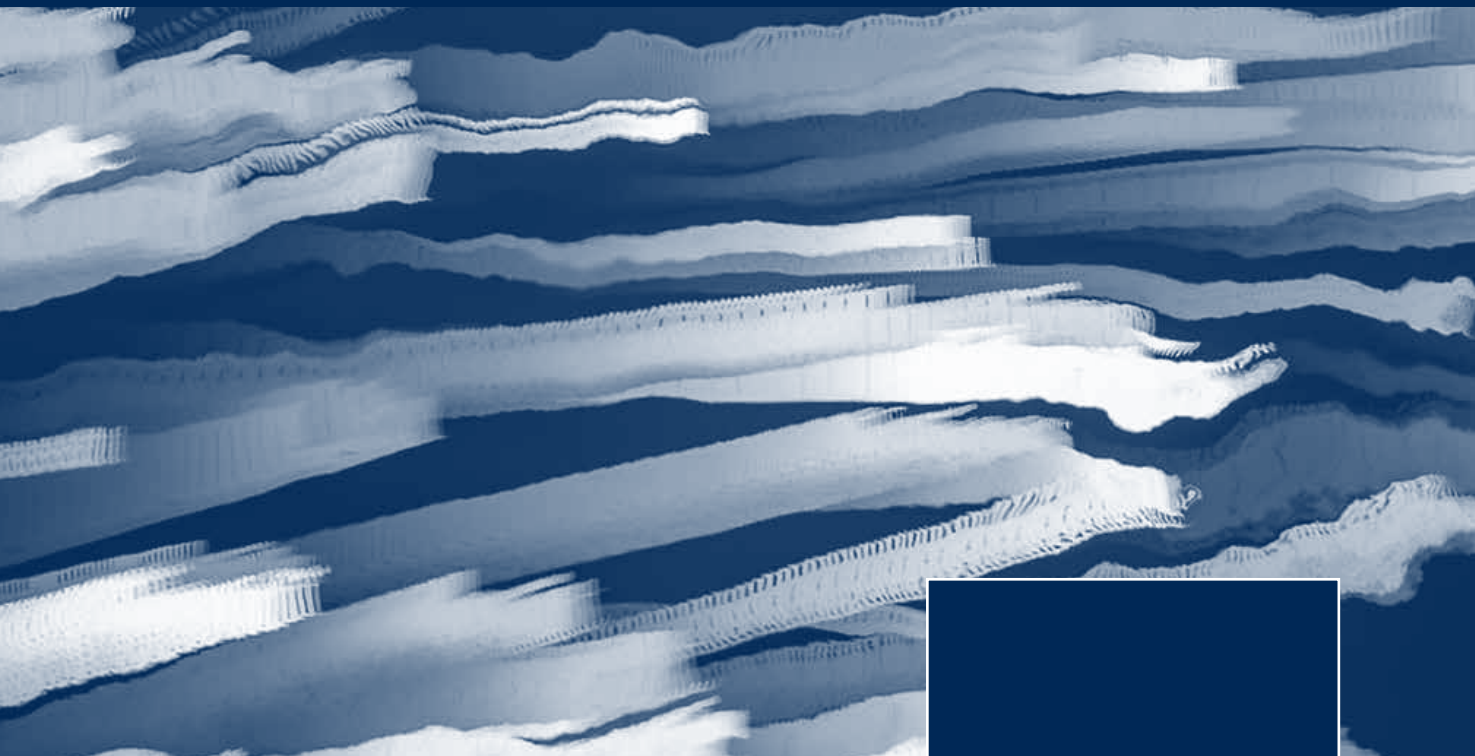
También se contempla la posibilidad de que las resoluciones dictadas en procedimientos extranjeros derivados de acciones colectivas sean reconocidas y ejecutadas en España, aunque para ello es preciso que la competencia del órgano jurisdiccional de origen se haya basado en un foro equivalente a los previstos en la legislación española. Además, la resolución no será oponible a los afectados en España que no se hayan adherido expresamente en la acción colectiva extranjera (i) si esta no ha sido comunicada o publicada en España por medios equivalentes a los previstos en la LEC o (ii) si los afectados en España no han tenido las mismas oportunidades de participación o desvinculación en el procedimiento que aquellos afectados domiciliados en el Estado de origen.

4. Conclusiones

Como hemos podido examinar, las sentencias dictadas en Reino Unido tras la salida definitiva de este de la Unión Europea seguirán siendo reconocibles en la Unión Europea sin dificultades. Así, en primer lugar, las sentencias que se hayan dictado a partir del 1 de enero de 2021 en procedimientos iniciados con anterioridad a esa fecha serán reconocibles conforme a lo dispuesto en el Convenio de Bruselas I-BIS. A su vez, las sentencias dictadas tras esa fecha en procedimientos iniciados también con posterioridad al 31 de diciembre de 2020 serán reconocibles en virtud de lo previsto en el Convenio de La Haya de 2005 (siempre que el acuerdo de sumisión se haya celebrado con posterioridad al 31 de diciembre de 2020). Cuando ninguno de ambos instrumentos resulte aplicable, entrará en juego la normativa sobre reconocimiento de cada Estado que, en el caso de España, es la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

Debe asimismo tenerse en cuenta que es posible que Reino Unido entre a formar parte próximamente (como Estado individual) del Convenio de Lugano de 2007, lo que facilitaría en gran medida el reconocimiento en la Unión Europea de las sentencias que se puedan dictar en ese Estado. Asimismo, no es descartable que, finalmente, la Unión Europea y el Reino Unido lleguen a acuerdos para regular sus relaciones futuras, acuerdos que deberían sin duda abarcar la materia que nos ocupa.

En todo caso, los instrumentos normativos aquí analizados (Convenio de Bruselas I-BIS y Convenio de La Haya de 2005, así como Ley de Cooperación Jurídica Internacional) garantizan suficientemente el reconocimiento de las sentencias dictadas en Reino Unido tras el Brexit. Ello, unido a la tendencia tradicionalmente favorable al reconocimiento de las resoluciones extranjeras por parte de los tribunales españoles, permite anticipar que este campo no presentará particulares dificultades tras la salida definitiva del Reino Unido de la Unión Europea.



Foro de
Actualidad

España

LA UNIÓN EUROPEA ANTE LA CRISIS DEL COVID-19

Xavier Codina García-Andrade

Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)

La Unión Europea ante la crisis del COVID-19

Una de las cuestiones que más atención está centrando a lo largo de esta crisis sanitaria es el papel de la Unión Europea. Una vez más el proyecto europeo se está viendo cuestionado. El presente artículo pretende examinar de manera breve cuál es la base jurídica de actuación de la Unión, así como estudiar en qué ámbitos puede producirse esta. En ese marco se analizan las medidas adoptadas por la Unión desde el comienzo de la pandemia hasta el momento de redactar este trabajo (abril de 2020). Se observa que el principal problema no es la inacción de la Unión, sino la limitación de sus atribuciones. Además, se comprueba que la Unión ha reaccionado rápido en aquellas parcelas en las que existía un marco de actuación consensuado previamente.

PALABRAS CLAVE:

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, COVID-19, PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL.

COVID-19 and the European Union's response

A great deal of attention is being paid to the role of the European Union in the worldwide response to the COVID-19. Once again the European project is being questioned. This article aims to briefly examine the legal basis for action by the Union as well as to study in which areas it can occur. In this framework, the measures adopted by the Union from the beginning of the pandemic until the time of writing this piece (April 2020) are analyzed. It is observed that the main problem is not the inaction of the Union, but the limitation of its powers. In addition, it is found that the Union has reacted quickly in those areas in which there was a previously agreed framework of action.

KEY WORDS:

EUROPEAN UNION LAW, COVID-19, ATTRIBUTION PRINCIPLE.

FECHA DE RECEPCIÓN: 27-4-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-4-2020

Codina García-Andrade, Xavier (2020). La Unión Europea ante la crisis del COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 125-144 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción: la importancia del principio de atribución de competencias

Una de las cuestiones que más atención está centrando a lo largo de esta crisis sanitaria es el papel de la Unión Europea. Una vez más el proyecto europeo está siendo cuestionado en los siguientes términos: Europa debe tomar medidas y, si no lo hace, la Unión “está en peligro” o “habrá fallado”. El debate, así expuesto en ocasiones por los líderes políticos, obvia que la acción de la Unión Europea se apoya necesariamente sobre una estructura jurídica que es fruto de acuerdos alcanzados en el plano político.

La Unión Europea es un proyecto político que, como dijo Robert Schuman, no se hace de una vez, sino que va creciendo a través de “realizaciones concretas” (discurso de 9 de mayo de 1950), unas “realizaciones” cuya manifestación política más evidente son los Tratados internacionales firmados por los Estados miembros.

Toda la estructura jurídica de la Unión se articula en torno a un mecanismo jurídico que es esencial a la hora de afrontar cualquier debate sobre el papel de la Unión Europea en esta crisis: el principio de atribución, cuya formulación más clara se recoge en el apartado segundo del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (“TUE”): *“En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”*. En virtud de este principio, si los Tratados no atribuyen una competencia a la Unión, entonces esta corresponde a los Estados miembros.

El debate sobre la actuación de la Unión Europea no debería subestimar este principio ni la importancia de la estructura jurídica como condicionante de la respuesta ante la crisis del COVID-19. Cualquier debate serio parte del examen de las competencias de la Unión. Pues bien, las competencias de la Unión se limitan a las que el TUE y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) le atribuyen. Nada más.

En otras palabras, los líderes europeos no pueden olvidar que la Unión Europea es lo que los Estados miembros han querido que sea tras negociaciones donde se alcanzan difíciles equilibrios respecto al alcance de la cesión de soberanía en favor de esa organización internacional que es la Unión. Cuestión distinta será qué tipo de Unión quieren unos u otros, pero ese es un debate que no corresponde a este foro. Lo que no procede es reprochar a la Unión Europea una falta de reacción cuando no se ha sido capaz de alcanzar acuerdos políticos previos que dotaran a la organización de los mecanismos necesarios.

El análisis jurídico, que es el que aquí corresponde, pasa por examinar las medidas adoptadas y su base jurídica para comprender el contexto competencial en el que se enmarcan. Como se comprobará, la atribución de competencias a la Unión Europea es muy heterogénea y el grado de integración varía enormemente según sea el ámbito material. Por ejemplo, la Unión Europea tiene la competencia exclusiva en el establecimiento de normas sobre competencia (art. 3 TFUE), competencias compartidas en el ámbito del mercado interior o de la política social (art. 4 TFUE) y “simples” competencias de coordinación y apoyo en el ámbito de la protección y mejora de la salud humana (art. 5 TFUE).

En el caso de la salud pública, la Unión tiene atribuida una competencia compartida solo para asuntos comunes de seguridad en esta materia (artículo 4 TFUE), si bien la lectura de los correspondientes artículos del TFUE (art. 168 y siguientes) permite comprobar que es una competencia que sería perfectamente encuadrable en las de coordinación y apoyo.

La rigidez del principio de atribución se ha tratado de flexibilizar tradicionalmente a través de la aproximación de legislaciones (artículos 114 y 115 TFUE) y de las denominadas competencias implícitas (artículo 352 TFUE). Tanto el 115 TFUE como el 352 TFUE requieren de acuerdo del Consejo por unanimidad. Por tanto, en estos momentos la posibilidad de acudir a estas vías es limitada.

A su vez, cada ámbito competencial atribuido a la Unión tiene establecido un sistema específico de adopción de decisiones. Cada uno de esos sistemas refleja un distinto equilibrio de intereses y tiene como consecuencia, a su vez, que las decisiones se puedan adoptar con mayor o menor velocidad. Según el tipo de acto y de procedimiento, intervendrán unas instituciones u otras, y lo harán de una manera u otra. Así, nada tiene que ver en términos de cómo se adopta la decisión un acto no legislativo de ejecución (que en muchos casos podrá ser adoptado directamente por la Comisión) con un acto legislativo adoptado por alguno de los procedimientos legislativos especiales, donde, en ocasiones, se exige la unanimidad del Consejo (o, lo que es lo mismo, cada Estado miembro tiene un derecho de veto implícito).

Ello explicaría que las primeras decisiones adoptadas por la Unión en esta crisis fueran decisiones donde solo estaba implicada una institución que adoptaba decisiones sobre la base de una competencia previamente atribuida. Así ocurrió con los reglamentos de ejecución o las orientaciones de la Comisión e incluso con las decisiones del Banco Central Europeo (“BCE”). Por el contrario, han tardado más aquellas decisiones que requieren cierto consenso político de los Estados (sea en el Consejo o en el Consejo Europeo). Y, todavía más, las que requieren unanimidad.

En definitiva, la capacidad de reacción de la Unión Europea requiere de un necesario impulso político, pero también está muy condicionada al complejo sistema jurídico diseñado para regular las relaciones entre la Unión y los Estados. Una crisis como la actual afecta a muchos ámbitos competenciales, por lo que es inevitable que la reacción de la Unión sea muy heterogénea en su alcance. La única vía para evitar esa respuesta desigual es la reforma de los Tratados y la cesión de más soberanía por parte de los Estados.

A continuación se examinan las medidas adoptadas desde que el problema fue reconocido a nivel político, momento que se produjo con la videoconferencia de 10 de marzo de 2020 entre los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, la presidenta de la Comisión (Von der Leyen),

la presidenta del BCE (Lagarde), el presidente del Eurogrupo (Centeno) y el alto representante (Borrel) (la “Primera Videoconferencia”).

A esta siguieron otras con la misma formación, como la videoconferencia de 17 de marzo de 2020 (la “Segunda Videoconferencia”), la reunión de 26 de marzo de 2020, que fue especialmente tensa porque tenía por objetivo preparar una declaración conjunta de los miembros del Consejo Europeo (la “Tercera Videoconferencia”), y la reunión de 23 de abril de 2020 (la “Cuarta Videoconferencia”).

2. Medidas para la contención del virus

2.1. Medidas sanitarias

2.1.1. LA LIMITADA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD PÚBLICA

En materia de salud pública, la competencia de la Unión es compartida cuando se trata de asuntos comunes (artículo 4 TFUE). Sin embargo, la lectura del conjunto de artículos que desarrollan esta competencia permite comprobar que la competencia de la Unión, más que compartida, se asemeja a una competencia de apoyo, coordinación y complemento de las del artículo 6 TFUE. El artículo 168.1 TFUE establece:

“La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas”.

Y más adelante añade que la Unión *“respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica”* (artículo 168.7 TFUE).

Solo en algunos aspectos muy concretos recogidos en el artículo 168.4 TFUE (como por ejemplo las normas de calidad y seguridad de medicamentos y productos sanitarios) la Unión goza de una competencia más intensa.

En ese mismo ámbito sí se permite a la Unión adoptar medidas de fomento destinadas a luchar contra las amenazas y las pandemias transfronterizas. Estas medidas se adoptan siguiendo el procedimiento legislativo ordinario (art. 168.5 TFUE). También podrían aprobarse recomendaciones por parte del Consejo, siempre a propuesta de la Comisión.

Antes de esta crisis, la Unión ejerció esta competencia aprobando un instrumento que ha sido relevante en el momento presente: la Decisión núm. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud, que desarrolla algunos instrumentos previos, tales como (i) el sistema de alerta precoz y respuesta (SAPR) como red de comunicación permanente entre la Comisión y las autoridades competentes en materia de salud, (ii) el ECDC antes citado o (iii) el Comité de Seguridad Sanitaria. Se trata en su mayor parte de procedimientos de coordinación e intercambio de información.

2.1.2. LAS MEDIDAS DE COORDINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD PÚBLICA DURANTE EL COVID-19

La Primera Videoconferencia sobre la crisis COVID-19 de 10 de marzo evidenció que la Unión tenía unas competencias muy limitadas en el ámbito de la salud pública. La medida más relevante anunciada en esa conferencia fue que los Estados miembros acordaban compartir toda la información disponible a través del Dispositivo de Respuesta Política Integrada a las Crisis ("RPIC") y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades ("ECDC"), que presta apoyo a los Estados miembros y formula orientaciones.

Unos días más tarde, el 16 de marzo de 2020, la Comisión puso en marcha un Grupo de Expertos de hasta diez miembros que se reunirían dos veces por semana y al que se sumarían como observadores un representante del ECDC, otro del Centro de Coordinación de la Respuesta a Emergencias ("ERCC", que es el núcleo del Mecanismo de Protección Civil de la Unión) y otro de la Agencia Europea del Medicamento. Las funciones de este órgano están limitadas al asesoramiento a la Comisión en el cumplimiento de sus funciones. Ahora bien, se le dota de una importancia política significativa, dado que será presidido por la presidenta de la Comisión (Von der Leyen) y actuará como vicepresidenta la comisaria de Salud y Seguridad Alimentaria (Kyriakides).

2.1.3. LAS MEDIDAS DE ADQUISICIÓN DE SUMINISTROS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD PÚBLICA DURANTE EL COVID-19

La competencia de la Unión en el ámbito de la salud pública ha servido también para que esta pueda llevar a cabo la compra de suministros médicos.

El artículo 168 TFUE, junto con la citada Decisión núm. 1082/2013/UE de amenazas transfronterizas, sirvió de base para que la Comisión pusiera en marcha desde finales de febrero de 2020 la compra centralizada de material médico. El instrumento jurídico para esa compra fue el **Acuerdo de Adquisición Conjunta (o *Joint Procurement Agreement*) que la Comisión diseñó en 2014 para situaciones de crisis**. La Comisión coordina el procedimiento de contratación, pero son los Estados miembros los que adquieren el producto.

Como prueba de las limitaciones de las que venimos dando cuenta, la compra directa de material médico no se realizó sobre la base jurídica del artículo 168 TFUE (salud pública), sino acudiendo al Mecanismo de Protección Civil de la Unión establecido a través de la Decisión n.º 1313/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la base del artículo 196 TFUE¹. Así, el 19 de marzo, la Comisión anunció la compra directa de material médico por valor de 50 millones de euros y que sería distribuido por el ERCC. Ello se articuló jurídicamente a través de la Decisión de ejecución 2020/414 de la Comisión por la que se modifica la Decisión 2019/570 en lo que respecta a las ca-

pacidades de almacenamiento médico de rescEU. Los Estados miembros que lo necesiten pueden solicitar estos bienes a la Comisión.

Finalmente, hay que señalar que las inversiones directas en los sistemas sanitarios se realizarán a través de la movilización de fondos estructurales, de los que hablaremos más adelante.

2.2. Restricción y protección de las libertades comunitarias

El COVID-19 ha mostrado una vez más la tensión existente entre las cuatro libertades y la soberanía de los Estados miembros, si es que alguna vez ha estado dormida. Se recogen a continuación algunos ejemplos de ello.

- A. El 13 de marzo de 2020 la Comisión se apresuró a publicar su Comunicación sobre una respuesta coordinada a la crisis (COM (2020) 112 final). Entre las recomendaciones se encontraba una cuya importancia puede haber pasado desapercibida: la Comisión recordaba a los Estados miembros que en estos momentos no debían establecer obstáculos a la libertad de circulación de mercancías, salvo en casos justificados y siempre con carácter proporcionado, sin que fuese suficiente una simple alusión al artículo 36 TFUE para motivar esa prohibición.
- B. En ese sentido, el 16 de marzo de 2020, la Comisión aprobó sus orientaciones para la gestión coordinada de fronteras (*Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services* (C(2020) 1753 final), por medio de las cuales intentaba alcanzar un equilibrio entre la protección de la salud de las personas y la garantía de la libertad de mercancías (sobre todo esenciales) y de personas. Muchas de las directrices y orientaciones posteriores de la Comisión están basadas en este texto.
- C. En cuanto a la entrada y salida de equipos de protección individual (“EPI”), la Comisión facilitó la entrada y dificultó su salida. Así, facilitó su circulación y utilización gracias a la flexibilización de los procedimientos de certificación (Recomendación núm. 2020/403 de la Comisión de 13 de marzo de 2020 relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-19) y también por medio de una suspensión de derechos de aduana e IVA sobre la importación de equipos médicos originarios de países no pertenecientes a la Unión (Decisión de la Comisión de 3 de abril de 2020 C(2020) 2146 final).

En paralelo, el 14 de marzo de 2020, la Comisión dificultó la salida de los EPI de la Unión sujetando su exportación a la obtención de una licencia de exportación por las autoridades competentes del Estado miembro en que esté establecido el exportador (Reglamento de Ejecución núm. 2020/402). Si el material estuviese en otro Estado miembro, entonces la autoridad competente del Estado donde resida el exportador debe solicitar un informe vinculante a la autoridad de origen de la mercancía.

- D. El 16 de marzo de 2020, la Comisión dirigió una Comunicación al Parlamento, al Consejo Europeo y al Consejo en la que invitaba a adoptar restricciones temporales en los viajes no esenciales a la Unión (COM(2020) 115 final). Estas medidas fueron apoyadas por el Consejo Europeo en su Segunda Videoconferencia, de 17 de marzo de 2020.

Llama la atención que no se adoptase ninguna norma formal en este sentido. Más aún si se tiene en cuenta que esta restricción supone que, por primera vez desde que se creó el Espacio Schengen, se hayan cerrado con carácter general las fronteras exteriores de la Unión.

Dado que los Estados miembros implantaron rápidamente esta decisión, el 30 de marzo de 2020 la Comisión publicó su Comunicación sobre las orientaciones para implantar la restricción temporal de en los viajes no esenciales a la Unión, sobre repatriación de ciudadanos de la Unión y sobre la política de visados (C(2020) 2050 final). Estas orientaciones fueron elaboradas contando con la opinión de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas ("Frontex"), la ECDC y Europol.

- E. Pero no solo se vieron afectadas las fronteras exteriores, sino también las fronteras interiores, donde muchos Estados miembros reestablecieron los controles con carácter temporal, algo que ya había ocurrido en el pasado por razones de política antiterroristas o en los momentos álgidos de la crisis de los refugiados. A diferencia de la decisión sobre fronteras exteriores, esta decisión es adoptada por cada uno de los Estados miembros y por medio de un instrumento jurídico preexistente: los artículos 25 a 35 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras ("Código de Fronteras Schengen"; dictado como parte de la competencia compartida del espacio de libertad, seguridad y justicia, arts. 67 y ss. TFUE). En estos casos, los Estados miembros deben notificar su decisión de reestablecer los controles en sus fronteras interiores. En este ámbito habría que distinguir los controles en frontera de las restricciones para transitarlas, si bien en la práctica muchos Estados han acabado por aplicar restricciones de entrada y no solo controles.
- F. Las restricciones en frontera afectaron especialmente a la libre circulación de trabajadores. Por ese motivo, el 30 de marzo de 2020 la Comisión publicó su Comunicación sobre las orientaciones relativas al ejercicio de la libertad de circulación de trabajadores (C(2020) 2051). Esta Comunicación se dirigía principalmente a la circulación de trabajadores de actividades críticas.
- G. Finalmente, los Estados podrían limitar (aunque no lo han hecho de momento) la libre circulación y residencia de ciudadanos europeos en casos de salud pública, tal y como se prevé en el artículo 29 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- H. En el ámbito del transporte de mercancías, los Ministros de Transportes y la Comisión mantuvieron una videoconferencia el 18 de marzo de 2020 para garantizar lo que denomina-

ron *Green corridors*, esto es, vías prioritarias para la entrada y salida de transporte cuya mercancía fuesen productos de primera necesidad. También en el ámbito del transporte, el 26 de marzo de 2020, la Comisión publicó su Comunicación sobre las orientaciones para facilitar el transporte aéreo de mercancías durante la crisis (C(2020) 2010 final).

- I. En el ámbito del movimiento de capitales, libertad recogida en el artículo 63 TFUE, la Comisión ha recordado a los Estados miembros la posibilidad de controlar las inversiones extranjeras en la Unión (medida que se incluye aquí por tratar de manera conjunta las limitaciones directas a las libertades comunitarias, si bien sería más propia de la sección relativa a minimizar los efectos negativos del COVID-19).

Estos controles son aplicables por los Estados miembros y no por la Unión Europea. De hecho, no ha sido hasta 2019 cuando la Unión ha establecido unos parámetros armonizados de control de inversiones por medio del Reglamento 2019/452 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (dictado sobre la base del artículo 207 TFUE, esto es, de la competencia exclusiva en materia de política comercial común). La adopción de estos controles sigue siendo de carácter voluntario. En todo caso, el Reglamento permite que tanto la Comisión como cualquier Estado puedan realizar observaciones a las operaciones realizadas en otros Estados.

El 25 de marzo de 2020, la Comisión presentó su Comunicación sobre las orientaciones a los Estados miembros en relación a las inversiones extranjeras directas y la protección de los activos estratégicos europeos por medio de la aplicación del control de inversiones (C(2020) 1981 final). En esta Comunicación la Comisión reafirma su posición de apertura a la inversión extranjera, si bien advierte que el COVID-19 puede haber incrementado la exposición de entidades críticas a la inversión extranjera, por lo que sería aconsejable utilizar el mecanismo de control de inversiones previsto en el Reglamento 2019/452.

La Comisión “insta a los Estados miembros a que se muestren especialmente vigilantes para evitar que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes”. Además, la Comisión recalca la posibilidad que tiene de emitir un dictamen cuando una inversión extranjera contemple un riesgo transfronterizo o cuando pueda afectar a proyectos o programas de interés para la Unión. Sin embargo, esa posibilidad no parece posible hasta el 11 de octubre de 2020, cuando el Reglamento 2019/452 sea aplicable.

Por último, repárese que en este apartado se hace referencia al impacto en las cuatro libertades. No así en los derechos fundamentales, lo cual merecería un artículo específico. En ese sentido, la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales está publicando de manera regular boletines sobre el impacto del COVID-19 en estos derechos. Esta Agencia se estableció por medio del Reglamento del Consejo 168/2007, sobre la base de la cláusula de competencias implícitas (hoy artículo 352 TFUE), con la finalidad de apoyar a las Instituciones y a los Estados (cuando apliquen derecho de la Unión) en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales.

También la Agencia Europea de Protección de Datos publicó el 19 de marzo de 2020 una comunicación por medio de la cual explicaba el impacto de la situación en el Reglamento General de Protección de Datos.

3. Medidas para paliar los efectos del virus

3.1. Facilitar la acción de los Estados miembros a través del mecanismo de las ayudas de Estado

La Comisión Europea anunció el 13 de marzo de 2020 que una de las posibilidades de los Estados miembros era la de conceder ayudas de Estado tales como subsidios o aplazamiento de pago de impuestos. De hecho, en todo este tiempo ha autorizado multitud de esquemas de ayuda pública motivados por la situación generada por el COVID-19 y notificadas a la Comisión por los Estados miembros en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 108.3 TFUE.

La primera solicitud autorizada (en apenas 24 horas) fue la ayuda de 12 millones de euros que Dinamarca quería destinar a compensar los daños de los organizadores de eventos cancelados por razón de la pandemia. La Comisión consideró que estas ayudas eran compatibles con el mercado interior sobre la base del artículo 107.2b TFUE, que incluye las *"ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional"*. En esta decisión la Comisión considera que el COVID-19 es un evento imprevisible, extraordinario y con un impacto económico significativo (decisión SA.56685).

En otros casos el precepto utilizado ha sido el artículo 107.3.b TFUE, que considera compatibles con el mercado interior las ayudas *"destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro"*. Ese ha sido el caso de la línea de avales aprobada por España (decisión SA.56803).

El 19 de marzo la Comisión adoptó un marco temporal que dotar de seguridad a los Estados miembros para que estos puedan actuar en el marco de las ayudas de Estado (Comunicación de la Comisión sobre un Marco temporal de medidas de ayuda para apoyar a la economía, C(2020) 1863 final). Yendo un paso más allá, el 9 de abril, la Comisión anunció la posibilidad de adaptar este Marco para permitir que los Estados puedan recapitalizar empresas en dificultades con entradas directas en su capital social.

3.2. Movilizar fondos europeos

La movilización de fondos europeos ha sido una idea que desde el primer momento ha estado entre las prioridades de las distintas instituciones de la Unión. Del desarrollo que sigue se puede observar que se han buscado muchas fórmulas legales para llevar a cabo esa movilización.

En primer lugar, el 16 de marzo de 2020, la Comisión ya propuso la movilización masiva de fondos a través de lo que denominó *"Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus"* ("CRII" por sus siglas en inglés). Tras seguir un rápido procedimiento legislativo, el 30 de marzo se aprobó el Reglamento 2020/460 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013 y (UE) n.º 508/2014, en lo relativo a medidas específicas para movilizar inversiones en los sistemas de atención sanitaria de los Estados miembros y en otros sectores de sus economías, en respuesta al brote de COVID-19.

Estas medidas se adoptan conforme al artículo 43.2 TFUE (política agrícola en el mercado interior) y a los artículos 177 y 178 TFUE (cohesión económica, social y territorial). Ambas son competencias compartidas en los términos del artículo 4 TFUE y que exigían, además, un procedimiento legislativo ordinario: propuesta de Comisión y codecisión de Consejo y Parlamento.

Este Reglamento da acceso a los Estados miembros a 37.000 millones de euros de fondos de cohesión para reforzar los sistemas sanitarios, así como para apoyar a las pequeñas y medianas empresas, los regímenes de jornada reducida y los servicios de proximidad. Según informó el Consejo, alrededor de 8.000 millones de euros procederán de prefinanciación no utilizada en 2019 con cargo a los fondos estructurales y los otros 29.000 millones de euros se desembolsarán anticipadamente con cargo a asignaciones que habrían debido abonarse a finales de este año.

A la CRII le seguirá lo que se ha denominado Coronavirus Response Investment Initiative Plus (o CRII+) cuya intención es permitir que los Estados miembros puedan transferir fondos que les han sido asignados de un fondo a otro.

Otra línea que ha servido para la movilización de fondos europeos ha sido la modificación del Reglamento (CE) núm. 2012/2002 del Consejo, de 11 de noviembre de 2002, por el que se crea el Fondo de Solidaridad de la Unión Europea. Este Reglamento se basó en la competencia de cohesión económica, social y territorial (el equivalente al actual artículo 175 TFUE que recoge expresamente la figura de estos “fondos de cohesión”), así como en la cláusula de competencias implícitas (actual artículo 352 TFUE).

La modificación se llevó a cabo por medio del Reglamento núm. 2020/461 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2020, que tiene como base de nuevo la competencia en materia de cohesión (artículo 175 TFUE), al que acompaña esta vez el artículo 212 TFUE que se refiere a la cooperación económica con terceros países. Y ello porque el Reglamento se aprueba a fin de proporcionar ayuda financiera a aquellos Estados miembros y países cuya adhesión a la Unión esté en proceso de negociación, que se encuentren gravemente afectados por una emergencia grave de salud pública. Esta medida permite modificar el Fondo de Solidaridad de la Unión para incluir emergencias de salud pública, permitir pagos anticipados de mayor cuantía, y mayor rapidez en la respuesta para cubrir necesidades urgentes de personas y daños en infraestructuras críticas.

Una tercera vía de movilización de fondos ha sido la ayuda a los proyectos de investigación que se han centrado en el COVID-19. La Comisión ha utilizado cantidades existentes en el programa H2020 y desde el 30 de enero ha publicado varias convocatorias de proyectos. También se han potenciado proyectos preexistentes, como el European Virus Archive (EVA-Global).

En el mismo sentido, la Comisión y las entidades privadas del sector farmacéutico han aumentado los fondos destinados a la *Innovative Medicines Initiative*, un marco de colaboración público-privada. Esta iniciativa se puso en marcha por medio del Reglamento núm. 73/2007 del Consejo, por el que se crea la Empresa Común para la ejecución de la iniciativa tecnológica conjunta sobre medicamentos innovadores. La creación de este tipo de estructuras comunes está expresamente permitida por los artículos 187 y 188 TFUE, como parte de la política de investigación y desarrollo tecnológico.

Además, se han puesto en marcha iniciativas intergubernamentales lideradas por la Comisión, tales como la ERAvsCORONA Action Plan, que pretende la coordinación de todos los esfuerzos investigadores nacionales.

Otro ámbito donde se movilizan recursos ha sido a través del Banco Europeo de Inversiones (“BEI”, institución cuyo régimen se recoge en los artículos 308 y 309 TFUE y en el Protocolo núm. 5). La medida más importante se anunció el 16 de abril de 2020 y consiste en poner en marcha un fondo de garantía para permitir la financiación de empresas. Estos fondos se canalizarán a través de las entidades financieras participantes. La primera de estas ayudas se anunció el 16 de marzo de 2020 (garantizada por la Comisión). Como parte del BEI, se han movilizado fondos a través del Fondo Europeo de Inversiones (participado al 59,1 % por BEI, 29,7 % por la Comisión y 11,2 % por entidades financieras) y sus distintos fondos e iniciativas: InnovFin ,COSME Loan Guarantee Facility (apoyado por el European Fund for Strategic Investments), entre otros.

Otra vía de movilización de fondos es el Reglamento núm. 2020/521 del Consejo, de 14 de abril de 2020, por el que se activa la asistencia urgente en virtud del Reglamento núm. 2016/369, cuyas disposiciones se modifican considerando el brote de COVID-19, que establece la posibilidad de financiar las necesidades urgentes de equipo y material, el refuerzo temporal de personal sanitario, incrementos y reconversiones de las capacidades, etc. (un listado completo se encuentra en el Anexo del Reglamento recién aprobado). La Comisión ejecutará la ayuda financiera, que se financiará con cargo al presupuesto general de la Unión.

Esta asistencia financiera tiene como base el artículo 122.1 TFUE, que se enmarca dentro de la competencia en materia de política económica. Para tener una visión más amplia recordemos que la política económica es competencia de los Estados miembros, ejerciendo la Unión una función de coordinación de estas políticas.

Finalmente, hay que señalar que parte de la movilización de fondos aquí descrita ha requerido una modificación del Marco Financiero Plurianual 2014-2020 (aprobado por el Reglamento del Consejo núm. 311/2013) para flexibilizar el régimen de los “créditos de compromiso”. La movilización de fondos en concepto de “créditos de compromiso” de los distintos instrumentos se ha adoptado por medio de Decisiones del Parlamento y del Consejo: la Decisión núm. 2020/545 y 2020/546 relativas a la movilización del Instrumento de Flexibilidad; y la Decisión núm. 2020/547 para la movilización del Margen para Imprevistos en 2020 para prestar asistencia urgente a los Estados miembros y reforzar aún más el Mecanismo de Protección Civil de la Unión/rescEU.

3.3. Flexibilizar y adaptar determinadas reglas europeas

3.3.1. FLEXIBILIZAR REGLAS DE EQUILIBRIO FISCAL

Como acabamos de señalar, la competencia de la Unión en materia de política económica es esencialmente de coordinación de las políticas de los Estados miembros (art. 2.3 TFUE). Así, se enmarca en lo que se denomina Unión Económica y Monetaria (o EMU por sus siglas en inglés), que contempla una política monetaria común dirigida por una autoridad común, una moneda

común y una coordinación de las políticas económicas. En otras palabras: en el marco de la EMU, la Unión tiene competencias muy heterogéneas.

El mecanismo europeo más relevante en cuanto a la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros es el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, basado en los artículos 121 y 126 TFUE. A través de él los Estados se comprometieron a mantener el déficit anual y la deuda por debajo de ciertos umbrales.

Pues bien, en su reunión de 10 de marzo de 2020, el Eurogrupo anunció la posibilidad de una flexibilización del Pacto. A raíz de ello, el 20 de marzo de 2020, la Comisión presentó al Consejo su Comunicación en la que propone la activación de la posibilidad de una “recomendación revisada” (*escape clause*) del Pacto (COM(2020) 123 final). El 23 de marzo de 2020, la formación del Consejo para Asuntos Económicos y Financieros (el llamado Ecofin, que recoge a los Ministros de Economía y Finanzas de la Unión) aprobó esta postura de la Comisión, consiguiéndose con ello flexibilizar el Pacto y permitir a los Estados asumir mayor déficit anual y deuda.

3.3.2. FLEXIBILIZAR REGLAS SECTORIALES

En otros muchos ámbitos se ha producido una flexibilización de las normas aplicables. Se recogen aquí algunos ejemplos:

- i. En el sector de la aviación, el Reglamento 2020/459 del Parlamento y el Consejo modificó el Reglamento 95/93 sobre reglas comunes de distribución de *slots*, permitiendo que las aerolíneas pudieran conservar estos a pesar de no hacer uso de ellos (hasta ese momento regía la regla de que si no utilizaba el 80 % de los *slots* asignados, se perdían).
- ii. En el sector de la seguridad alimentaria, se flexibilizaron las reglas para la realización de controles oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios (Reglamento de Ejecución 2020/466, de 30 de marzo, que modificó el Reglamento 2017/625). Estas normas sobre controles se adoptan con base en el artículo 43.2, artículo 114 y artículo 168.4(b) TFUE.
- iii. La flexibilización sobre normas de estandarización ha sido muy relevante, ya que ha permitido una más rápida producción de bienes. El 20 de marzo de 2020, tras la petición de la Comisión, el Comité Europeo de Normalización (CEN) y el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC), dieron acceso gratuito para la utilización a nivel nacional de determinadas normas armonizadas relativas a productos sanitarios y equipos de protección individual. De esta manera, se permitía que todos los agentes que estuviesen reconvirtiendo sus líneas de producción pudiesen fabricar rápidamente estos artículos, que podrán ser rápidamente introducidos en el mercado, garantizando al mismo tiempo un alto grado de seguridad. La base jurídica para esta medida es el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea, que a su vez se adoptó sobre la base del artículo 114 TFUE.

- iv. En el mismo sentido, la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas recomendó flexibilizar las normas de autorización de utilización de productos biocidas para acelerar la producción de desinfectantes. Ello sería posible por medio de la aplicación del artículo 55 del Reglamento (UE) n.º 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativo a la comercialización y el uso de los biocidas, una norma que se adopta utilizando como base legal el artículo 114 TFUE.
- v. En el ámbito de la contratación pública, más que flexibilización, la Comisión fomentó el uso de una posibilidad hasta ahora excepcional. El 1 de abril de 2020 se publicó la Comunicación de la Comisión que contiene las orientaciones sobre el uso de la contratación pública en la situación de emergencia (C/2020/2078). En ellas se recuerda la posibilidad de reducir los plazos de adjudicación en casos de urgencia, la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad e, incluso, la adjudicación directa en casos de extrema urgencia.
- vi. En el ámbito financiero, la Autoridad Bancaria Europea ha ido publicando comunicados y orientaciones sobre los efectos del COVID-19 en la actividad de las entidades financieras (sobre dividendos, sobre consumidores, sobre delitos financieros o sobre el marco de supervisión prudencial). Una de las más relevantes se refiere las Directrices para facilitar el encaje de las moratorias públicas y privadas en el funcionamiento de las entidades financieras, para evitar que ello pueda suponer mayor estrés en los balances de las entidades (Directrices EBA/GL/2020/02, de 2 de abril, sobre las moratorias legislativas y no legislativas de los reembolsos de préstamos aplicadas a la luz de la crisis de la COVID-19).
- vii. También se han adaptado normas (y su interpretación) en el ámbito de la gestión de residuos a la luz del artículo 13 de la Directiva 2008/98 de residuos (orientaciones aprobadas por la Comisión el 14 de abril de 2020, s/n).
- viii. También se han adoptado disposiciones de flexibilización por parte de la European Securities and Markets Authority, además de dar respuesta rápida a las decisiones de los Estados miembros de prohibir la venta a corto en los mercados financieros.

3.3.3. EN ESPECIAL, LAS MEDIDAS DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

Mención especial merecen las medidas adoptadas por el Banco Central Europeo ("BCE"), si bien estas podrían perfectamente ser objeto de un trabajo independiente. Desde el comienzo de la crisis, el BCE ha ido tomando decisiones cuya finalidad ha sido tratar de lograr que las entidades de crédito continuaran realizando su función de apoyar la economía real, sin que ello pusiera en daño su viabilidad económica.

Las medidas adoptadas han sido impulsadas (y aprobadas muchas de ellas) por el Consejo de Gobierno del BCE, que es el principal órgano rector de esta institución de la Unión, un órgano formado por los seis miembros del Comité Ejecutivo del BCE y los gobernadores de los Bancos Centrales Nacionales ("BCN") de los 19 países de la zona del euro.

Las medidas pretenden aumentar la posibilidad de financiación disponible de las entidades a través de compras y modular o flexibilizar las normas con la finalidad de facilitar la financiación.

Dentro del primer grupo se encontraría la Decisión (UE) 2020/407, del BCE, de 16 de marzo de 2020, que modifica la Decisión 2019/1311, por medio de la cual se procedió a realizar nuevas operaciones de financiación a largo plazo de entidades con la finalidad de que estas puedan prestar a pequeñas y medianas empresas. Esta medida se adopta sobre la base del artículo 127.2 TFUE y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del BCE. Se trata del ejercicio de la competencia de política monetaria, atribuida en exclusiva a la Unión.

También se encontraría en este grupo la decisión de lanzar un Programa de Compras de Emergencia frente a la Pandemia (*Pandemic Emergency Purchase Programme*) por un total de 750.000 millones de euros. Este programa se materializa mediante la Decisión (UE) 2020/440 del BCE, de 24 de marzo de 2020, sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia, y la Decisión (UE) 2020/441 del BCE, 24 de marzo de 2020, por la que se modifica la Decisión (UE) 2016/948 del Banco Central Europeo sobre la ejecución del programa de compras de bonos corporativos. En esta misma línea, el BCE decidió aceptar deuda de baja calidad como parte de su programa de compra.

Merece aquí la pena destacar el artículo 18.1 de los Estatutos, que permite al BCE, junto con los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro, operar en los mercados financieros mediante, entre otras operaciones, la compra y venta simple de instrumentos negociables, a fin de conseguir los objetivos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del BCE.

Otras decisiones relevantes son la Recomendación del BCE de 27 de marzo de 2020 sobre el reparto de dividendos durante la pandemia del COVID-19, y por la que se deroga la Recomendación BCE/2020/1 (BCE/2020/19), o la Orientación (UE) 2020/515 del Banco Central Europeo de 7 de abril de 2020 por la que se modifica la Orientación BCE/2014/31 sobre medidas temporales adicionales relativas a las operaciones de financiación del Eurosistema y la admisibilidad de los activos de garantía.

4. Las medidas para afrontar la crisis que se avecina: el anunciado plan de recuperación

Una vez que hemos repasado las medidas adoptadas para la contención del virus y para paliar sus efectos, es buen momento para repasar cuáles son las medidas hasta ahora propuestas para afrontar la crisis económica que muchos países europeos sufrirán en los próximos meses.

En la Segunda Videoconferencia, de 17 de marzo de 2020, el Consejo Europeo emplazó al Eurogrupo a adoptar una posición coordinada sin demora. Días más tarde, el 24 de marzo de 2020, el Eurogrupo se reunió, pero sin alcanzar una posición común.

De nuevo se reunió el Eurogrupo el 9 de abril y, esta vez, fruto de esa reunión, el presidente del Eurogrupo (Centeno) remitió una carta al presidente del Consejo Europeo (Michel) con un con-

junto de soluciones que podrían adoptarse. Todas las opciones debatidas se recogen en el Informe del Eurogrupo publicado tras su reunión del 9 de abril (el “Informe del Eurogrupo”).

Entre esas medidas se planteaba ya la denominada triple “Red de seguridad” Estados, empresas, personas, y se proponía que parte de ella girase en torno al Mecanismo Europeo de Estabilidad (“MEDE”), la creación de un Fondo de Recuperación y la necesidad de reflejar el impacto del COVID-19 en el Marco Financiero Plurianual (“MPF”) pendiente de aprobarse.

Recordemos que, en el marco de la toma de decisión en la Unión, el Eurogrupo tiene una capacidad decisoria muy limitada, ya que no es más (ni menos) que una reunión de carácter informal mantenida por los Estados miembros cuya moneda es el euro, donde se invita a la Comisión y al BCE. Su base jurídica se encuentra en el artículo 137 TFUE y el Protocolo núm. 14. Sí tiene alguna función más relevante en el marco del MEDE (en la actualidad el presidente del Consejo de Gobernadores del MEDE es el presidente del Eurogrupo).

Parece claro, pues, que los acuerdos sobre cómo debe afrontarse la situación de crisis económica que se aproxima deben ser adoptados por el Consejo Europeo. En la Declaración conjunta resultante de la Segunda Videoconferencia, de 26 de marzo de 2020, los Estados miembros invitaban al presidente del Consejo Europeo y a la presidenta de la Comisión, en consulta con las demás instituciones, especialmente el Banco Central Europeo, a que emprendieran los trabajos sobre una hoja de ruta con la finalidad de adoptar una estrategia común de salida coordinada de la crisis.

El 15 de abril de 2020 se presentó la primera hoja de ruta, dirigida al levantamiento de las medidas de contención del COVID-19, que planteaba una estrategia común, pero asumiendo que el levantamiento de las medidas es una decisión política que deberán tomar cada uno de los Estados miembros.

La segunda hoja de ruta se presentó el 21 de abril de 2020, esta vez dedicada a la recuperación y denominada *Hoja de Ruta para la recuperación: hacia una Europa más resiliente, sostenible y justa*. El Consejo Europeo y la Comisión señalaron ya la necesidad de un plan integral de recuperación basado en la solidaridad, la cohesión y la convergencia. Se proponen varias medidas, algunas de las cuales ya aparecían en el Informe del Eurogrupo tras su reunión de 9 de abril. No hay mención en esta hoja de ruta a la cuestión más espinosa: cómo se realizará la inyección de fondos en los Estados miembros (¿será a través de transferencias o a través de préstamos?).

La Cuarta Videoconferencia, de 23 de abril, examinó estas iniciativas (Informe del Eurogrupo y Hoja de Ruta de Consejo Europeo y Comisión). En las conclusiones del presidente del Consejo Europeo tras la Cuarta Videoconferencia, de 23 de abril de 2020, se expresaba lo siguiente:

“Hemos acogido favorablemente la Hoja de ruta conjunta para la recuperación, que establece algunos principios importantes, como la solidaridad, la cohesión y la convergencia. Además, define cuatro ámbitos de actuación principales: un mercado único plenamente operativo, un esfuerzo inversor sin precedentes, una actuación global y un sistema de gobernanza operativo”.

Y se adoptaron las siguientes decisiones:

“Tras la reunión del Eurogrupo en composición ampliada del 9 de abril de 2020, hemos reafirmado el acuerdo sobre tres importantes redes de seguridad para los trabajadores, las empresas y los Estados, que supone un paquete por valor de 540 000 millones de euros. Hemos pedido que el paquete esté operativo para el 1 de junio de 2020”.

“Hemos alcanzado un acuerdo para trabajar en pro del establecimiento de un fondo de recuperación, que es necesario y urgente. Este fondo deberá ser de una magnitud suficiente, ir dirigido a los sectores y zonas geográficas más afectados de Europa y ser específico para abordar esta crisis sin precedentes. Así pues, hemos encargado a la Comisión la tarea de analizar las necesidades exactas y presentar urgentemente una propuesta a la altura del reto al que nos enfrentamos. La propuesta de la Comisión deberá precisar el vínculo con el MFP, que en cualquier caso deberá adaptarse para gestionar la actual crisis y sus consecuencias”.

“Seguimos comprometidos para imprimir el impulso necesario para trabajar en el fondo de recuperación, así como en el MFP, a fin de que se pueda alcanzar un acuerdo equilibrado sobre ambos lo antes posible”.

A continuación se recogen brevemente las medidas más relevantes que se contienen en los documentos que acabamos de mencionar (otras, como los préstamos con línea de garantías del BEI, no se examinan).

4.1. La vía de los préstamos

4.1.1. EL MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD (MEDE)

La vía de préstamos más relevante que se pondrá en marcha (con 540.000 millones de euros) será la del ya existente Mecanismo Europeo de Estabilidad.

Las condiciones de estos préstamos son desconocidas por el momento. El presidente del Eurogrupo (que es a su vez presidente del Consejo de Gobernadores del MEDE) adelantó en el Informe tras la reunión del Eurogrupo del 9 de abril que se aprobarían unos términos estandarizados. Solo se requeriría como condición que los créditos se utilizasen directamente para cuestiones relacionadas con la crisis generada por el COVID-19. Y que, en principio, las reglas ya existentes serían las aplicables.

Habrá que ver cómo se define esta ayuda. Lo que sí es necesario recordar ahora es que el MEDE no es propiamente una institución de la Unión, sino una organización internacional creada por los Estados miembros de la zona del euro y que se rige por su Tratado internacional de constitución (el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2012).

Recordemos que España ya suscribió un programa de préstamo con el MEDE durante la crisis financiera (en diciembre de 2013).

4.1.2. EL MECANISMO DEL SURE

Una de las redes de seguridad más relevantes será la destinada a la protección social. En ese ámbito se articulará un mecanismo de ayuda contra los riesgos derivados del desempleo (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* o "SURE" por sus siglas en inglés), diseñado para dar préstamos por un total de 100.000 millones de euros.

A través de este mecanismo se concederán préstamos a los Estados miembros que hayan adoptado medidas destinadas a evitar despidos por la situación de crisis. Estos préstamos serán solicitados al mercado por la Comisión y estarán garantizados por los Estados miembros que, de manera voluntaria, decidan prestar garantías.

Según el texto de Propuesta de la Comisión, presentado el 2 de abril de 2020, la base legal de este mecanismo es el artículo 122 TFUE. Las garantías que prestarán los Estados miembros se enmarcarían en el apartado primero, mientras que el esquema de préstamos de la Unión al Estado necesitado lo harían en el apartado segundo.

4.2. La vía por determinar: el Fondo de Recuperación y el Marco Financiero Plurianual

Una de las medidas de las que se habla de manera constante es la creación de un Fondo de Recuperación (cuantificado en 1,5 billones de euros).

El Eurogrupo, en su reunión de 9 de abril de 2020, señaló que se había alcanzado el acuerdo de crear este fondo como medio para que se canalicen fondos desde el presupuesto de la Unión hacia distintos programas europeos que se diseñen para poner de nuevo en movimiento la economía. Se trataría de un fondo temporal y dirigido únicamente a cubrir los costes extraordinarios que los países deben asumir a consecuencia del COVID-19.

Sin embargo, no se alcanzó ningún acuerdo en relación a la base legal que debe ser utilizada, su relación con el presupuesto de la Unión o sus fuentes de financiación. De hecho, la carta del presidente del Eurogrupo dejaba ver la diferencia entre los Estados: *"This is why we agreed to work on a Recovery Fund, which will mobilise future-oriented investment and help spread the costs of the extraordinary crisis over time through appropriate financing. Some Members were of the view that it should be based on common debt issuance, while others advocated alternative solutions, in particular in the context of the multi-annual financial framework. As with the remaining measures adopted, we are driven by a sense of urgency to set up the Recovery Fund in the context of a comprehensive recovery plan"*.

En la Cuarta Videoconferencia, de 23 de abril de 2020, se aprobó la creación de este fondo, pero sin definir cómo se canalizarán los fondos y cómo será el equilibrio entre transferencias y préstamos. Habrá que estar a la propuesta que presentará la Comisión en las próximas semanas.

Lo que resulta evidente a estas alturas es que las medidas hasta ahora adoptadas, y las que están por adoptar, exigen adaptar el próximo Marco Financiero Plurianual 2021-2027 a la situación que ha generado el COVID-19, lo cual afecta a las negociaciones hasta ahora llevadas a cabo.

Este Marco tiene por objeto garantizar la evolución ordenada de los gastos de la Unión dentro del límite de sus recursos propios. Cada presupuesto anual de la Unión (aprobado por el Parlamento y el Consejo) debe respetar este Marco, por lo que se trata de un instrumento clave en la articulación de las medidas de choque.

Conforme a su base legal, que es el artículo 312 TFUE, el Marco debe ser aprobado por un Reglamento del Consejo, que se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento. Esa necesidad de unanimidad se puede flexibilizar y verse rebajada a mayoría cualificada si así lo decide el Consejo Europeo por unanimidad (esta es una de las llamadas cláusulas de pasarela). Así pues, la decisión sobre el Marco Financiero Plurianual será una decisión esencialmente política que debe adoptarse en el marco de una institución esencialmente política: el Consejo.

5. Conclusiones

A la vista de todo anterior se extraen una serie de conclusiones preliminares, algunas de las cuales podrían ser objeto de reexamen según el desarrollo de los acontecimientos.

La conclusión principal es que se ha corroborado la hipótesis sostenida al comienzo de este trabajo. Así, hemos apreciado que las decisiones de carácter supranacional en las que no era necesario el acuerdo político entre los Estados miembros han sido adoptadas con bastante celeridad.

En términos generales, las instituciones han aprovechado bien el marco jurídico del que disponían. La Comisión ha sabido aprovechar las competencias que le atribuyen los Tratados y el derecho derivado y ha adoptado decisiones incluso antes de que la OMS declarase el estado de pandemia (poner en marcha compras conjuntas de bienes, dificultar la exportación de EPI, flexibilizar normas de ayudas de Estado o estandarización de productos, entre otras).

En muchas de sus decisiones, la Comisión ha acudido a orientaciones y recomendaciones. Esa utilización de instrumentos de *soft law* ha servido para cubrir parcelas donde la competencia no era de la Unión en exclusiva o donde podían existir dudas competenciales. De hecho, se puede considerar que la Comisión y la utilización de instrumentos de *soft law* salen reforzados de esta crisis. Por medio de ellos la Comisión ha proporcionado seguridad jurídica a los operadores en este momento crítico, tanto a los Estados miembros como a los particulares.

También se aprecia un esfuerzo en el ámbito del procedimiento legislativo, con decisiones adoptadas por el Parlamento y el Consejo en apenas quince días desde la propuesta de la Comisión. Quizá en este punto hubiese sido deseable una reacción más rápida a la hora de modificar algunas normas sobre movilización de fondos de la Unión.

La segunda conclusión es la otra cara de la moneda: el problema (la lentitud que se achaca a la Unión) ha radicado en aquellas decisiones para las que no existía un marco jurídico previo. Es decir, aquellas decisiones en las que ha sido (y es) necesario alcanzar un consenso político de los Estados miembros en plena crisis.

Da la sensación de que algunos instrumentos que fueron útiles en el marco de la crisis económica (por ejemplo, los préstamos del propio MEDE) siguen dependiendo en exceso del consenso de los Estados. Su integración en el marco jurídico de la Unión podría haber acelerado las decisiones.

No se trata de eliminar o limitar la necesidad de alcanzar acuerdos políticos, sino de adelantarlos en el tiempo. O, en otras palabras, de cristalizar acuerdos políticos en instrumentos jurídicos flexibles que permitan una reacción ágil, reacción que, a la vista de esta crisis, solo parece ágil si es supranacional.

Finalmente, hay que llamar la atención sobre la posibilidad de que la renegociación del Marco Financiero Plurianual 2021-2027 ponga encima de la mesa (de nuevo) la posibilidad de crear más impuestos europeos y la discusión sobre cómo equilibrar el gasto, si debe concentrarse en los primeros años y en cuestiones relacionadas con el COVID-19 o si debe espaciarse y dedicarse también a cuestiones estructurales como inicialmente estaba previsto.

Notas

1 La competencia en materia de protección civil de la Unión es una competencia de apoyo, coordinación o complemento a la acción de los Estados. Este mecanismo se potenció mediante la Decisión n.º 2019/420 del Parlamento Europeo y del Consejo, que creó las denominadas "capacidades rescEU".

España

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LA ADMINISTRACIÓN VALENCIANA EN CIERTAS TRANSMISIONES DE VIVIENDAS

Carlos Lora González y Alberto López Ibáñez

*Abogados del Área de Derecho Público, Procesal
y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)*

Derechos de adquisición preferente de la administración valenciana en ciertas transmisiones de viviendas

El Gobierno valenciano ha aprobado, mediante el excepcional expediente del Decreto-Ley, una batería de medidas dirigidas a proveer a la Administración autonómica de los medios suficientes para ampliar el parque de viviendas públicas. Entre esas medidas se incluyen tanto una nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de la Administración en los casos de transmisión de viviendas protegidas como su extensión a otras transmisiones de ciertas viviendas que, no teniendo esa calificación, se encuentran en circunstancias particulares.

PALABRAS CLAVE:

VIVIENDA, VIVIENDA PÚBLICA, DERECHO A LA VIVIENDA, POLÍTICA DE VIVIENDA, POLÍTICAS DE FOMENTO, DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

Pre-emptive rights of the Valencian authorities for certain sales of dwellings

By means of Decree-Law 6/2020, the Valencian Government has approved a battery of measures aimed at providing the Valencian authorities with sufficient means to expand their social housing stock. These measures

include a new regulation on the pre-emptive rights of the Valencian authorities to purchase social homes as well as other types of housing which, despite not falling within the same category, fall under special circumstances.

KEY WORD:

HOUSING, SOCIAL HOUSING, THE RIGHT TO HOUSING, HOUSING POLICY, PROMOTION POLICIES, PRE-EMPTIVE RIGHTS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 25-11-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 27-11-2020

Lora González, Carlos; López Ibáñez, Alberto (2020). Derechos de adquisición preferente de la Administración valenciana en ciertas transmisiones de viviendas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 145-153 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El 11 de junio de 2020 se publicó en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* (el "DOGV") el Decreto-Ley 6/2020, de 5 de junio, del Consell, para la ampliación de vivienda pública en la Comunidad Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto (el "Decreto-Ley 6/2020" o el "Decreto-Ley"). El Decreto-Ley 6/2020 completa la normativa valenciana en materia de vivienda contenida en la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana (la "Ley 8/2004"), la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, y el Decreto 75/2007, de 18 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Protección Pública a la Vivienda.

El Decreto-Ley entró en vigor el 12 de junio de 2020 y fue convalidado por las Cortes Valencianas el 15 de julio de 2020. Con fecha 22 de septiembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4291-2020, promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular contra el mencionado Decreto-Ley.

La Conselleria publicó en su sitio web una Guía sobre la aplicación del Decreto-Ley (la "Guía") que esclarece, sin valor normativo, algunas cuestiones operativas sobre cómo proceder ante la Administración. Además, recientemente se ha publicado en el DOGV la Circular núm. 1/2020, de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana, para la aplicación del Decreto-Ley (la "Circular"), que contiene instrucciones para la recta aplicación de la norma por los funcionarios de la Administración autonómica, en el sentido del art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público. Por tanto, aunque la Circular no tiene carácter normativo, cuenta con un indudable valor hermenéutico y añade seguridad jurídica al sistema.

Según razona su exposición de motivos, el Decreto-Ley 6/2020 pretende dar respuesta a la situación de emergencia habitacional existente en ciertas zonas de la Comunidad Valenciana que, en opinión del legislador, se habría visto agravada por la reciente crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19. En ese contexto, la norma, estructurada en dos títulos, pretende ampliar el parque público de viviendas de la Comunidad Autónoma mediante (i) la reconfiguración de los derechos de tanteo y retracto de la Administración en las transmisiones de viviendas de protección oficial ya existentes en la normativa anterior (cfr. título primero del Decreto-Ley); y (ii) la introducción de nuevos derechos de adquisición preferente en ciertas transmisiones singulares de viviendas adquiridas en procedimientos vinculados al impago de créditos con garantía hipotecaria o en

el seno de grandes operaciones inmobiliarias (cfr. título segundo del Decreto-Ley). A continuación se estudian separadamente ambas medidas.

2. Modificación del régimen aplicable a los derechos de tanteo y retracto en la transmisión de viviendas de protección oficial

El Decreto-Ley 6/2020 deroga los arts. 51 a 53 de la Ley 8/2004 y establece una nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de la Administración en relación con la transmisión de viviendas de protección oficial.

De acuerdo con el art. 1 del Decreto-Ley, la Administración es titular de derechos de tanteo y retracto en relación con las segundas y ulteriores transmisiones *inter vivos* de viviendas de protección oficial y sus anejos, ya sean gratuitas u onerosas, voluntarias o forzosas, a excepción de (i) las que se realicen en favor de descendientes, ascendientes o cónyuge o pareja de hecho, siempre y cuando —en estos casos— la vivienda vaya a destinarse a residencia habitual y permanente del adquirente; (ii) la aportación de la vivienda a un régimen económico matrimonial o su adjudicación a uno de los cónyuges en caso de disolución de este; y (iii) la extinción de una situación de condominio.

La Circular aclara que tampoco constituyen transmisiones singulares las transmisiones *mortis causa* (según se colegía del art. 1.1 *a contrario*), las realizadas en el contexto de relaciones de dependencia (transmisiones gratuitas con carga o donación modal que impongan prestaciones personales de asistencia o en el marco de un contrato de alimentos) y, en el caso de los condominios, cuando se transmita una cuota parte del condominio, manteniéndose inalterada la titularidad de las demás. Por último, la Circular excluye de los derechos de adquisición preferente de la Administración autonómica las transmisiones por permuta, las transmisiones de garajes y trasteros aislados y las transmisiones ocurridas en el contexto de procedimientos concursales.

La Guía disponía que algunas de estas transmisiones excluidas debían notificarse igualmente a la Administración señalando la concreta excepción que resultase aplicable. No obstante, la Circular exime de forma expresa a los transmitentes, adquirentes y funcionarios de efectuar cualquier tipo de notificación a la Administración en los supuestos excluidos.

Por lo que al *derecho de tanteo* se refiere, toda transmisión de viviendas de protección oficial y sus anejos que no se encuentre en alguno de esos supuestos debe ser notificada a la Administración valenciana con indicación de los datos del titular o titulares de la vivienda, datos de la vivienda y anejos y estado de cargas y ocupación, precio y forma de pago prevista, datos del adquirente (con expresa indicación, en su caso, del cumplimiento de las condiciones para acceder a una vivienda de protección oficial o de la concurrencia en él de una situación de vulnerabilidad) y cualquier otra condición esencial del negocio. De acuerdo con el art. 68.20 de la Ley 8/2004, la ausencia de notificación puede ser constitutiva de una infracción grave, sancionable con multas de entre 600 y 3000 euros (cfr. art. 71.1-b) y otras medidas complementarias, tales como la inhabilitación

temporal de uno a cinco años para intervenir en la redacción de proyectos o en la construcción o rehabilitación de viviendas de protección pública en calidad de técnicos, promotores o constructores, la descalificación de la vivienda o la pérdida de los beneficios tributarios obtenidos o ayudas percibidas y su devolución junto con los intereses correspondientes (cfr. art. 72).

Una vez efectuada la notificación por el vendedor, la Administración dispone de sesenta días naturales para decidir si ejercita o no el derecho de tanteo, computados desde la entrada de la solicitud en el registro correspondiente. Ello no obstante, este plazo puede ser suspendido o ampliado si la notificación estuviera incompleta y el transmitente fuera requerido para su subsanación o la Administración requiriera una visita del inmueble, así como en los demás casos previstos en la normativa de procedimiento administrativo común, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros (cfr. art. 32 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Si la Administración no comunicara su intención de ejercitar el derecho de tanteo dentro del plazo anterior, o si renunciara expresamente a ello antes de que finalice, la transmisión podrá efectuarse en las condiciones notificadas sin necesidad de más trámite durante los seis meses siguientes a que se produzca el efecto liberatorio (esto es, en los seis meses posteriores *al dies ad quem* del plazo de sesenta días o a aquél en que se notifique la renuncia expresa). Si, por el contrario, la Administración notificara al transmitente su intención de ejercitar el derecho de tanteo, que deberá estar motivada, la vivienda y sus anejos se transmitirán a la Administración en las condiciones notificadas, y esta deberá abonar el precio en los cuatro meses siguientes al día en que notifique al transmitente su intención de adquirir, salvo que las condiciones notificadas contemplen plazos de pago superiores. Además, el art. 4 del Decreto-Ley 6/2020 recoge normas para la valoración de las viviendas de protección oficial y sus anejos que se pretendan transmitir a título gratuito.

Por lo que respecta al *derecho de retracto*, es configurado por el Decreto-Ley de forma subsidiaria al derecho de tanteo, de suerte que solo operará cuando la Administración no haya tenido la ocasión efectiva de ejercitar el derecho de tanteo por alguna de las siguientes razones: porque no se haya notificado la transmisión debidamente, porque la notificación hubiera omitido alguno de los requisitos debidos, porque se haya verificado la transmisión antes del transcurso del plazo de sesenta días sin mediar respuesta expresa o más allá de los seis meses en los que la renuncia expresa o tácita surte efectos liberatorios, porque la operación se haya realizado en condiciones distintas a las notificadas o, finalmente, porque la venta tenga lugar por ejecución patrimonial o venta extrajudicial de la vivienda dada en garantía y, por razón de la naturaleza de estos procedimientos, no haya existido la oportunidad de comunicar las condiciones esenciales de la transmisión antes de verificarse la adjudicación.

En todo caso, los adquirentes deben notificar la transmisión en los quince días naturales posteriores a que esta tenga lugar, indicando los mismos extremos previstos para el caso del derecho de tanteo, comentados *ut supra*. En los casos en los que la transmisión proceda de un procedimiento de ejecución patrimonial o venta extrajudicial, será el organismo que realice la adjudicación el encargado de efectuar la notificación. La falta de notificación será sancionable en términos análogos a los ya explicados para los casos de la ausencia de notificación de la transmisión a efectos del ejercicio del derecho de tanteo.

La Administración también cuenta con un plazo de sesenta días para ejercitar el derecho de retracto, transcurridos los cuales o mediando renuncia expresa la transmisión podrá verificarse definitivamente. Si la Administración, en cambio, notifica su voluntad motivada de ejercitar el derecho, la propiedad se transferirá a la Administración y esta deberá abonar el precio en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de la notificación, salvo que en la transmisión se hubieran acordado otros plazos de pago distintos, o de dos meses si la vivienda se ha transmitido con ocasión de un procedimiento de ejecución patrimonial o de venta extrajudicial.

Más allá de las cuestiones procedimentales que se acaban de referir, el Decreto-Ley introduce dos importantes novedades en materia de derechos de adquisición preferente sobre viviendas de protección oficial. Por una parte, se incorpora a la normativa valenciana en materia de vivienda la posibilidad de que la calificación de viviendas y sus anejos como de protección oficial tenga carácter permanente, esto es, sin sujeción a término alguno. Así, el art. 5 del Decreto-Ley aplica esa calificación permanente a todas las viviendas que hayan sido adquiridas mediante el ejercicio de alguno de los derechos de adquisición preferente que se acaban de comentar, previsión que, según se referirá *ad infra*, también se contempla para otras transmisiones de viviendas distintas de las de protección oficial sujetas a derechos de esa clase.

Por otra parte, la norma prevé que la Administración autonómica pueda ejercitar los derechos de adquisición preferente en favor de terceros (tanto Administraciones municipales como personas privadas) o ceder esos derechos a los entes locales. La razón de ser de la cesión del uso de las viviendas o de los derechos de adquisición preferente en favor de los entes locales se encuentra en el empeño del Gobierno valenciano de descentralizar las políticas públicas en materia de vivienda, en línea con la senda emprendida por la Ley 2/2017, según indica expresamente la exposición de motivos del Decreto-Ley. En el caso de la cesión a particulares, la norma contempla la posibilidad de que se beneficien de la adquisición tanto entidades sin ánimo de lucro que realicen funciones de inserción de colectivos en situación de vulnerabilidad como personas físicas inscritas en el Registro de demandantes de vivienda de protección pública o que hayan consolidado un derecho subjetivo sobre la vivienda.

Esta idea de la consolidación de un “derecho subjetivo” sobre una vivienda es una de las innovaciones jurídicas incorporadas por el Decreto-Ley 6/2020 que resultan más llamativas. Según explica el art. 7.2, último inciso, de la norma, con esa expresión se entiende aquella situación posesoria que satisfaga las necesidades vitales del titular de ese derecho y cumpla con la función social de la vivienda que constituye su objeto. Aunque parece claro que la norma pretende proteger a aquellas personas que han perdido la propiedad de su única residencia como consecuencia de la imposibilidad de pagar el crédito contraído para adquirirla —y, por tanto, existiría una situación posesoria previa fundada en un título habilitante—, sería conveniente precisar este extremo para evitar que situaciones de posesión previa sin título habilitante (como ocurre en las ocupaciones ilegales) puedan ser subsumidas en esa disposición.

3. Nuevos derechos de tanteo y retracto en ciertas transmisiones singulares de viviendas vinculadas a créditos con garantía hipotecaria

El título segundo del Decreto-Ley 6/2020 introduce en la normativa valenciana en materia de vivienda derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración valenciana en ciertas transmisiones de viviendas “libres” —esto es, no calificadas como de protección oficial— denominadas “transmisiones singulares de viviendas”.

Una operación inmobiliaria puede ser considerada, a efectos de los derechos de adquisición preferente de la Administración, como “transmisión singular” cuando concurren tres requisitos; (i) la operación consista en alguno de los negocios enumerados en el art. 10.1 del Decreto-Ley; (ii) las viviendas y sus anejos o edificios objeto de transmisión hayan sido adquiridos después del 21 de abril de 2005 (cfr. disposición transitoria primera); y (iii) esos inmuebles estén ubicados en los municipios incluidos en las áreas de necesidad de vivienda (“ANHA”) o en sus áreas de influencia (cfr. art. 10.3).

En cuanto al primer requisito, una operación será reputada “transmisión singular” cuando, alternativamente:

- i. La vivienda objeto de la operación haya sido adquirida en un procedimiento de dación en pago de deuda con garantía hipotecaria, de ejecución hipotecaria o de venta extrajudicial en sede notarial. En estos casos, la Circular aclara que no se considera “transmisión singular” la propia dación en pago, ejecución judicial o venta extrajudicial en sí misma, sino las ulteriores transmisiones de viviendas adquiridas mediante esos expedientes, siempre y cuando éstos se hubieran substanciado con posterioridad al 21 de abril de 2005 y con independencia de que se hayan producido otras transmisiones tras esos procedimientos. Es decir, si una vivienda fue objeto de un expediente de esa clase con posterioridad a dicha fecha, y después fue transmitida por otros títulos, se encuentra sujeta a los derechos de adquisición preferente de la Administración para las futuras transmisiones que se produzcan. En todo caso, no se reputará “transmisión singular” aquélla en la que alguno de los títulos de adquisición del transmitente sea anterior al citado 21 de abril de 2005. Por otro lado, la Circular esclarece que las transmisiones de viviendas realizadas mediante dación en pago, ejecución judicial o venta extrajudicial en sede notarial en relación con deudas no garantizadas mediante hipoteca no se reputarán “transmisiones singulares”.
- ii. Se transmitan edificios completos cuyo uso principal sea residencial y que cuenten con cinco o más viviendas —o al menos, el 80 % de las viviendas sitas en esa clase de edificios—, o diez o más viviendas y sus anejos en bloque. La Circular incorpora importantes criterios interpretativos que, en la práctica, restringen los supuestos en los cuales procede reputar estas clases de transmisiones como “transmisiones singulares”:
 - (a) En los casos de las transmisiones de edificios completos, la Circular señala que, (1) cuando existan discrepancias entre la realidad física y la descripción catastral o regis-

tral, prevalecerá la primera; (2) cuando el edificio no se destine con carácter principal a uso residencial (considerando tal el uso turístico), sobre la base de los criterios que la propia Circular contiene al efecto, no se considera “transmisión singular”; (3) cuando no se transmita un edificio completo pero sí más del 80% de las cuotas o coeficientes de participación registral, debe considerarse “transmisión singular”; y (4) cuando se transmita un edificio en construcción y este extremo conste debidamente acreditado, no se considerará “transmisión singular”.

- (b) En los casos de transmisiones de diez o más viviendas en bloque, la Circular aclara que sólo se reputará “transmisión singular” cuando al menos diez viviendas se encuentren en un ANHA, de modo que las viviendas situadas en otras áreas que no tengan tal calificación no se computan a efectos de determinar si concurre el supuesto de hecho de la norma. Igualmente, la Circular señala que sólo se reputará “transmisión singular” aquélla en la cual al menos diez títulos de adquisición sean posteriores al 21 de abril de 2005.
- iii. En relación con la transmisión de edificios completos o diez o más viviendas o sus anejos en bloque, el Decreto-Ley indica expresamente que la venta de acciones o participaciones sociales de sociedades mercantiles cuyo objeto social esté vinculado con la actividad inmobiliaria (adquisición de negocio o *share deal*) resulta equiparable a la transmisión de esos elementos y, en consecuencia, se sujeta a los derechos de adquisición preferente de la Administración. Aunque ni la norma ni la Circular lo especifican, parece razonable interpretar que se produce una transmisión “singular” solo en aquellos casos en los que se transmite la totalidad del capital social de esa clase de sociedades y siempre y cuando la operación no cuente con una finalidad económica distinta de la sola transmisión de los inmuebles. La Circular sí aclara que no se reputará “transmisión singular” aquélla que tenga lugar en el contexto de una modificación estructural, en el sentido de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y aquéllas que se produzcan en alguno de los dos supuestos siguientes:
- (a) Cuando el objeto social esté vinculado con la actividad inmobiliaria pero ésta no constituya su actividad principal, siempre y cuando conste en la escritura pública de venta de las acciones o participaciones sociales manifestación de las partes que indique que no se está produciendo una “transmisión singular”.
- (b) Cuando la actividad inmobiliaria sí constituya la actividad principal de la sociedad pero, además de la manifestación anterior, se incorpore a la escritura pública de venta de las acciones o participaciones sociales certificación expedida por el órgano de administración, con firma legitimada notarialmente, en la que conste expresamente que la operación no constituye una “transmisión singular”. En nuestra opinión, la solución que introduce la Circular por vía interpretativa puede coadyuvar a mantener el tráfico jurídico en el sector inmobiliario. Así, por ejemplo, permite que aquellas operaciones de venta de sociedades tenedoras de activos donde algunos de ellos reúnen los requisitos del Decreto-Ley, pero tengan una lógica económica que vaya más allá de la mera “transmisión singular” de esos activos, puedan realizarse sin que se activen los derechos de adquisición preferente de la Administración.

En cuanto al segundo requisito —adquisición posterior al 21 de abril de 2005—, se trata de un dato objetivo y fácilmente contrastable acudiendo a los títulos de adquisición que aporte el transmitente.

Finalmente, el tercer requisito comporta comprobar si la ubicación de la vivienda o edificio objeto de transmisión se localiza en un área declarada como ANHA por la Administración autonómica. En este sentido, el Decreto-Ley establece que las ANHA han de ser aprobadas por la Generalitat y han de comprender todas aquellas zonas en las que el acceso a la vivienda resulte afectado negativamente por un fenómeno social, económico, demográfico, geográfico, climatológico o de salud pública (cfr. art. 13.1), así como las áreas de influencia de estas (cfr. art. 13.2). A tenor de la disposición transitoria cuarta, la Generalitat deberá aprobar el catálogo de áreas de influencia antes del 12 de diciembre de 2020 (el “Catálogo”), que estará en vigor durante diez años (cfr. art. 14.2).

Entre tanto, se prevé un régimen transitorio que considera ANHA a los municipios previstos en la resolución de 15 de abril de 2019, de la Presidencia de la Generalitat, sobre la asignación de la línea específica del fondo de cooperación municipal para la lucha contra el despoblamiento de los municipios de la Comunidad Valenciana (cfr. Anexo I, la “Resolución”), y en el informe de necesidad de vivienda en la Comunidad Valenciana de 2020 realizado por el Observatorio del Hábitat y la Segregación Urbana (cfr. Anexo II, el “Informe”). La Resolución y el Informe agrupan a 348 municipios del total de 542 existentes en la Comunidad Valenciana (alrededor de un 70 %). Este elevado porcentaje contrasta con el propósito de “*mínima e imprescindible*” intervención administrativa de las “transmisiones singulares” que expresa la exposición de motivos del Decreto-Ley 6/2020. Por ello, sería deseable que el Catálogo que finalmente se publique defina con más precisión las ANHA a fin de que los derechos de adquisición preferente de la Administración se limiten a aquellos inmuebles que sean realmente necesarios para atender situaciones de defecto de oferta.

En línea con el mayor protagonismo municipal que persigue el Decreto-Ley, los municipios también podrán delimitar las áreas de necesidad de vivienda para incluirlas en el Catálogo dentro de su término municipal, aunque es la Conselleria competente en materia de vivienda la que incluirá o no estas áreas en función del cumplimiento de los requisitos técnicos (cfr. art. 13.3).

En todas las “transmisiones singulares” la Administración es titular de derechos de tanteo y retracto, salvo en los casos de viviendas adquiridas mediante ejecución hipotecaria o venta extrajudicial en sede notarial, en las que la Administración solo podrá ejercer derechos de retracto (cfr. art. 10.1.b). En nuestra opinión, en la medida en que la Circular excluye de los derechos de adquisición preferente de la Administración la primera transmisión de viviendas adquiridas por ejecución judicial o venta extrajudicial en sede notarial (esto es, la ejecución judicial o venta extrajudicial en sí mismas), cabe preguntarse por qué en las ulteriores transmisiones de estas viviendas adquiridas sólo opera el derecho de retracto.

La Administración autonómica podrá ejercitar los derechos de tanteo o retracto, según corresponda, respecto de la primera y posterior “transmisión singular” del edificio o vivienda de que se trate. La Guía sugiere a los propietarios que soliciten una certificación en el registro de la propiedad para verificar si, efectivamente, la vivienda objeto de la compraventa fue adquirida mediante dación en pago, ejecución hipotecaria o venta extrajudicial. De ser así, y siempre que la adquisición por estos títulos se produjese a partir del 21 de abril de 2005 y la vivienda se hallase en una zona

de necesidad de vivienda, entrarían en juego los derechos de adquisición preferente relacionados *ut supra*.

El procedimiento para que la Administración ejercite los derechos de adquisición preferente en estos casos coincide, *mutatis mutandis*, con el régimen previsto para las viviendas de protección oficial detallado en el epígrafe anterior (cfr. art. 10.5). Cabe destacar que, si se diesen a la vez otros derechos de adquisición preferente legales (tanteo y retracto a favor de arrendatarios o comuneros, por ejemplo), los sesenta días naturales empezarían a contar cuando finalizase el plazo de ejercicio del derecho legal concurrente. Igualmente, las viviendas adquiridas por la Administración mediante el ejercicio de los derechos de adquisición preferente en "transmisiones singulares" sujetas a los derechos de tanteo y retracto se calificarán *per se* como viviendas protegidas de carácter permanente (cfr. art. 17). Por último, en estos casos también resulta posible que la Administración autonómica ceda el uso temporal de las viviendas adquiridas mediante el ejercicio de los derechos de adquisición preferente a los entes locales, a ciertas entidades sin ánimo de lucro o a determinadas personas físicas, en los términos ya explicados, pero no se contempla la cesión de los derechos de adquisición preferente para su ejercicio por los municipios.

4. Conclusión

El Decreto-Ley 6/2020 completa la normativa valenciana en materia de vivienda desde la perspectiva de la actividad de fomento de la Administración. Según se ha visto, la norma arbitra medios para permitir a la Administración la ampliación del parque público de viviendas a fin de que pueda ensanchar la oferta residencial y, con ello, haga bajar el precio medio de los alquileres al tiempo que facilite a personas en peor situación el acceso a la vivienda.

A pesar del esfuerzo realizado por la Administración en la elaboración y publicación de la Guía y la Circular, la norma todavía cuenta con aspectos que deben ser aclarados. En las líneas anteriores se han identificado algunos de ellos. Sería deseable que el legislador y la Administración esclarecieran el ámbito espacial y objetivo de la norma antes de que comenzara a aplicarse, determinando *ex ante* y no de forma transitoria las AHNA, o definiendo con exactitud los plazos de ejercicio de los derechos de adquisición preferente y los supuestos exentos de notificación. Los poderes públicos han de garantizar la seguridad jurídica de la actividad económica. Como es lógico, la incertidumbre afecta negativamente al tráfico mercantil en el mercado inmobiliario y genera desincentivos para la inversión.

No es descartable que las sombras que arroja el Decreto-Ley originen cierta litigiosidad que conduzca a que sean finalmente los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo los que terminen pronunciándose por el sentido auténtico de sus previsiones.

España

EL TRÁNSITO GENERACIONAL DEL PATRIMONIO FAMILIAR: CONSIDERACIONES FISCALES

Javier Arregui Bravo y Oriol Oliva Trastoy

Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona)

El tránsito generacional del patrimonio familiar: consideraciones fiscales

La fiscalidad asociada a la sucesión generacional supone en muchas ocasiones un problema de liquidez y de menoscabo patrimonial para los sucesores. Esta circunstancia aconseja analizar las alternativas disponibles para que este momento sea lo menos gravoso posible.

PALABRAS CLAVE:

ISD, PLANIFICACIÓN, CAMBIOS DE RESIDENCIA, DONACIONES, PACTOS SUCESORIOS, MODIFICACIONES TESTAMENTARIAS, RENUNCIAS HEREDITARIAS, AJUAR DOMÉSTICO.

The transmission of the family wealth: tax measures

The tax costs of the transmission of the family wealth among generations can cause serious problems of liquidity and wealth damage. It is advisable to explore any available measures to reduce the tax burden.

KEY WORDS:

INHERITANCE AND GIFTS TAX, PLANNING, CHANGES OF TAX RESIDENCE, GIFTS, INHERITANCE CONTRACTS, WILL AMENDMENTS, INHERITANCE WAIVERS, HOUSEHOLD ITEMS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-10-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-10-2020

Arregui Bravo, Javier; Oliva Trastoy, Oriol (2020). El tránsito generacional del patrimonio familiar: consideraciones fiscales. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 154-162 (ISSN: 1578-956X).

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (“**ISD**”) es uno de los impuestos que ha cobrado mayor protagonismo en los últimos tiempos en el ámbito de la fiscalidad patrimonial en España,

entre otros motivos debido a que, al tratarse de un tributo cedido a las comunidades autónomas, su regulación no es uniforme.

La instrumentalización política de este impuesto ha dado lugar a crecientes diferencias en la tributación de las herencias y donaciones en función de la normativa autonómica aplicable, lo que ha acentuado el debate sobre la competencia fiscal entre territorios. En este contexto, el anuncio por parte del actual Gobierno de España de una posible reforma armonizadora de la normativa del ISD está generando una ola de preocupación entre quienes residen en comunidades autónomas con bajos niveles de tributación (Comunidad de Madrid, Andalucía, Castilla y León), mientras otros territorios (señaladamente, Cataluña) continúan aprobando medidas que incrementan la factura fiscal de las herencias y donaciones.

En definitiva, los costes fiscales asociados a una herencia o donación pueden variar significativamente en función de las circunstancias de cada caso (la normativa autonómica aplicable, la residencia fiscal de las partes, el grado de parentesco o las disposiciones testamentarias, entre otras), lo que constituye terreno abonado para el estudio e implementación de medidas que permitan planificar de manera eficiente el tránsito generacional del patrimonio familiar.

Las distintas cuestiones que se mencionan a continuación deben entenderse, por supuesto, sin perjuicio de la adopción de las medidas que sean necesarias para cumplir de manera estricta los requisitos para aplicar los beneficios fiscales establecidos en la normativa del ISD aplicable, señaladamente la reducción del 95 % sobre el valor de las acciones o participaciones en “empresas familiares”.

1. Traslados de residencia

1.1. Los traslados de residencia a otros Estados

En el ISD se contemplan dos tipos de contribuyentes: los residentes fiscales en España, que tributan por todos los bienes que reciben con independencia de donde están situados (se dice que tributan por obligación personal), y quienes no residen en España, que solo tributan por los bienes recibidos que estén en territorio español (tributan por obligación real).

Así, una donación o transmisión hereditaria realizada a favor de quien no reside en España solamente tributaría en ISD en la medida en que hubiese bienes situados en España, lo que puede dar lugar a oportunidades de mejora en la fiscalidad asociada a la transmisión del patrimonio mediante traslados de residencia a otros Estados.

Asumamos, por ejemplo, que una persona quiere donar a su único hijo, de 25 años y residente en Cataluña, el saldo de una cuenta corriente abierta en el extranjero por importe de dos millones de euros. El coste fiscal de esta donación para el hijo ascendería aproximadamente a 164.000 euros. Esta donación, en cambio, quedaría fuera del ámbito del ISD y, por tanto, no tributaría en España si el hijo no fuese residente fiscal en España.

No obstante, conviene tener presentes algunas consideraciones sobre los traslados de residencia a otros países:

- i. Los criterios que se utilizan en el ISD para determinar si los adquirentes son residentes en España o en el extranjero son los previstos en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (“IRPF”), y estos pivotan alternativamente sobre dos circunstancias: el número de días de presencia en España y la localización en territorio nacional español del principal núcleo de los intereses económicos.

La primera exigencia es que el traslado sea real, para lo que el adquirente debe poder acreditar su condición de residente fiscal en el país de destino (y, preferiblemente, haber estado en él más de 183 días). La segunda advertencia es que el traslado a otro Estado no asegura perder la condición de residente fiscal en España si el centro de intereses económicos se mantiene en España. A este respecto habrá que analizar la normativa del Estado de destino y, de haberlo, el convenio de doble imposición.

- ii. En el ámbito del ISD, el criterio de permanencia contiene un matiz, pues no se mide dentro del año natural (como sucede en el IRPF), sino que se proyecta sobre los 365 días anteriores al fallecimiento o la donación. Con ello la norma pretende evitar que un cambio de residencia repentino sirva para eludir el impuesto. Recuperando el ejemplo anterior, si estuviera previsto que la donación se ejecutara el uno de marzo, el hecho de que el adquirente trasladase su residencia a otro país inmediatamente antes o después de la donación no permitiría evitar el devengo del ISD.
- iii. Por último, debe considerarse el eventual impacto en el IRPF de quien se traslada del conocido como *exit tax* regulado en el artículo 95 bis de la Ley del IRPF y la imputación al último periodo impositivo en que se sea residente de las rentas pendientes de imputación y de las ganancias patrimoniales diferidas en aplicación del régimen fiscal de reestructuraciones empresariales, conforme a lo dispuesto en los artículos 14.3 de la Ley del IRPF y 80.4 y 81.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades —con las particularidades que para ambos casos se prevén si el traslado se produce a un país de la Unión Europea—. También será conveniente conocer el tratamiento fiscal en los demás Estados implicados (ya sea el de destino o el de localización de los bienes), con el fin de tener una visión completa de las implicaciones tributarias del traslado.

1.2. Los traslados entre comunidades autónomas

Como hemos adelantado, el coste fiscal de una herencia o donación es distinto en función de la comunidad autónoma en la que se devengue el impuesto, ya que estas tienen competencia para regular las reducciones, la escala de gravamen y las bonificaciones a la cuota. Así, en la Comunidad de Madrid o de Andalucía, cualquier herencia o donación entre parientes cercanos está bonificada al 99 %, mientras que, por ejemplo, en Cataluña esta bonificación únicamente se aplica en las herencias a favor del cónyuge (otros parientes cercanos del fallecido pueden aplicar una bonificación reducida en determinados supuestos).

Los criterios que determinan la normativa autonómica aplicable a una determinada sucesión o donación son los siguientes:

- i. En las sucesiones, se aplicará la norma de la comunidad autónoma en la que el causante haya residido más días en los cinco años anteriores a su fallecimiento.
- ii. En las donaciones, se aplicará la norma de la comunidad autónoma en la que el donatario (aquí no es el transmitente de los bienes, sino el adquirente) haya residido más días en los cinco años anteriores a la donación.
- iii. En las donaciones de inmuebles, se aplicará siempre la normativa de la comunidad autónoma en la que se sitúe el inmueble.

De nuevo, el hecho de que la normativa autonómica aplicable no se determine en función de la residencia en el año en que tenga lugar el hecho imponible, sino que se proyecte sobre los cinco años anteriores, tiene como finalidad evitar cambios de residencia entre comunidades autónomas que respondan exclusivamente a motivos fiscales. Así, cualquier traslado de la residencia fiscal a otra región de quien, por edad o enfermedad, esté cerca de fallecer, o de quien deba recibir una donación, debe planificarse con el debido tiempo y teniendo en cuenta estas consideraciones, pues, de lo contrario, puede no ser efectivo. En este sentido, debe considerarse la norma antiabuso contenida en el artículo 28.4 de la Ley de Financiación de las Comunidades Autónomas, que dispone que *"no producirán efecto los cambios de residencia que tengan por objeto principal lograr una menor tributación efectiva en los tributos total o parcialmente cedidos"*.

Como también adelantábamos, no es descartable que se adopten medidas de armonización legislativa en el ámbito del ISD, desincentivando así los traslados entre comunidades autónomas con propósitos fiscales. La ministra de Hacienda y portavoz del Gobierno, María Jesús Montero, planteó esta posibilidad en la sesión de la Comisión de Hacienda del Congreso de los Diputados que tuvo lugar el pasado 20 de febrero. En su intervención, la ministra señaló que la intención del actual Gobierno es proponer la *"armonización de los impuestos cedidos [entre los que se encuentra el ISD], de manera que garanticemos la autonomía fiscal de las comunidades, pero que se aténúen situaciones de competencia desleal o de "dumping" entre comunidades que tienen desigual punto de partida"*. De hecho, al tiempo de redactar este artículo se ha hecho pública la enmienda introducida por Esquerra Republicana de Catalunya al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, mediante la que se pretende crear una cuota estatal del Impuesto sobre el Patrimonio con el objetivo, en la práctica, de armonizar la regulación de este impuesto en todo el Estado. Convendrá seguir de cerca la evolución legislativa de esta cuestión.

2. Las donaciones en vida y los pactos sucesorios

Una planificación eficiente del tránsito generacional del patrimonio familiar exige valorar la posibilidad y conveniencia de llevar a cabo transmisiones en vida, ya que en ocasiones la fiscalidad puede ser menos onerosa que la correspondiente a la transmisión mortis causa.

2.1. ¿Donar o heredar?

Ante esta pregunta, puede suceder que la normativa autonómica aplicable a uno y otro tipo de transmisión sea distinta, dando lugar a oportunidades de reducción de la carga impositiva. Por ejemplo, si el titular de los bienes fuera residente en Cataluña y el destinatario fuese su hijo, residente en Andalucía, la donación podría ser más interesante, al beneficiarse el donatario, según la normativa andaluza del ISD, de una bonificación del 99 % en la cuota (sin perjuicio de considerar la tributación en el IRPF del donante por las ganancias patrimoniales). Siguiendo con el ejemplo, si el beneficiario de los bienes fuese, en cambio, el cónyuge y residiera en Cataluña, la transmisión hereditaria gozaría también, por aplicación de la normativa catalana, de una bonificación del 99 %, por lo que la donación seguramente ya no sería la forma de transmisión más eficiente.

También en los casos en que tanto transmitente como adquirente residan en la misma comunidad autónoma, siendo aplicable la misma normativa autonómica a la herencia y a la donación, suele haber diferencias en el tratamiento fiscal de una y otra figura. A modo de ejemplo, bajo normativa catalana, el principal atractivo fiscal de una donación es la tarifa reducida aplicable cuando se realiza a favor de cónyuge, descendientes o ascendientes y se formaliza en escritura pública, que está en el rango de entre el 5 % y el 9 % (la escala de gravamen de las sucesiones puede llegar hasta el 32 %), mientras que en las sucesiones el heredero puede aplicar una bonificación, que en el caso del cónyuge es del 99 %, y en el caso de los hijos oscila entre el 99 % y el 20 % si estos son menores de 21 años y entre el 60 % y el 0 % si son mayores de 21 años. Sobre la base de estas dos características esenciales, se estima que en Cataluña el punto de inflexión a partir del cual el coste en ISD de la donación es inferior al de la herencia se sitúa, en el caso de los hijos mayores de 21 años, en el umbral aproximado del medio millón de euros de valor del patrimonio transmitido.

Cuando el patrimonio a transmitir esté compuesto, entre otros bienes, por acciones de una empresa familiar, la aplicación de la reducción del 95 % en caso de donación exige, además del cumplimiento de los requisitos para el caso de herencia, que el donante tenga al menos 65 años. De no cumplirse este requisito, la donación no sería una alternativa eficiente, lo que podría motivar posponer la donación o incluso optar por la transmisión hereditaria.

La reciente modificación normativa aprobada en Cataluña, en vigor desde el pasado uno de mayo, prevé la incompatibilidad absoluta entre la bonificación en cuota en la herencia y la aplicación de la reducción de empresa familiar. Así, cuando la normativa aplicable a la sucesión sea la catalana, puede convenir separar la transmisión de la empresa familiar de la de los restantes bienes que compongan el patrimonio, de tal manera que pueda aplicarse tanto la reducción del 95 % en la transmisión de las acciones como la bonificación en cuota en la transmisión hereditaria de los demás bienes.

Por último, no debemos olvidar en este tipo de análisis la regla de acumulación, en virtud de la cual las donaciones realizadas en un periodo de tres años se acumulan a los efectos de calcular el tipo efectivo de gravamen aplicable a cada una individualmente (para evitar que se separen las donaciones con fines de soslayar la progresividad del impuesto), regla que también se aplica en caso de herencia cuando se hayan realizado donaciones en el periodo de los cuatro años previos al fallecimiento.

2.2. La alternativa de los pactos sucesorios

Con carácter general, un pacto sucesorio es un acuerdo entre dos o más personas en el que se regula la sucesión por causa de muerte de una de ellas (el futuro causante o instituyente) a favor de las demás (instituidos). Este tipo de pactos permiten al instituyente atribuir bienes y derechos antes de fallecer, de tal forma que suponen, en cierta medida, una entrega de la herencia en vida. Una de las diferencias que presenta el pacto sucesorio frente a una sucesión ordinaria es que el primero es irrevocable, salvo que lo acuerden todas las partes integrantes, mientras que en la sucesión el testador puede alterar el testamento tantas veces como quiera.

Esta figura sucesoria existe, con algunas variantes, en los derechos civiles de Cataluña, Galicia, Navarra, Aragón, algunas islas Baleares y los territorios forales del País Vasco, por lo que solamente pueden otorgarlos las personas con vecindad civil en estos territorios.

Desde la perspectiva fiscal, el pacto sucesorio es una figura interesante, ya que se considera un título sucesorio y, por tanto, aunque permita atribuir bienes en vida, tributa como una sucesión. Ello implica que en el ámbito del ISD resultan aplicables las reducciones, bonificaciones y deducciones previstas para la sucesión, criterio que ha sido mantenido tradicionalmente por la Administración tributaria. Sin embargo, recientemente la Dirección General de Tributos (DGT) ha publicado tres consultas tributarias vinculantes —las V1788-20, V1790-20 y V1792-20, todas ellas de 5 de julio de 2020— que niegan la aplicación de la reducción del 95 % a las transmisiones de participaciones realizadas en el contexto de un pacto sucesorio regulado por la normativa ibicenca, aduciendo no cumplirse el requisito consistente en que el transmitente sea una "*persona fallecida*" (para disipar cualquier duda, la DGT añade que tampoco resultan de aplicación las reducciones previstas para las donaciones). De consolidarse esta doctrina, los pactos sucesorios dejarían de ser una figura atractiva para la transmisión generacional de la empresa. No obstante, todavía está por ver la reacción de administraciones tributarias como la catalana, que históricamente ha admitido la aplicación de la reducción y cuya norma autonómica no se refiere al concepto de "*persona fallecida*", sino al concepto de "*causante*".

Desde la perspectiva de quien transmite, el pacto sucesorio ofrece una ventaja relevante en el IRPF. Con carácter general, la ganancia patrimonial que obtiene el instituyente por la diferencia entre el valor de mercado y el valor de adquisición de los bienes transmitidos no tributa en dicho impuesto, mientras que si los mismos bienes se transmitieran vía donación el donante sí tributaría en el IRPF a un tipo de gravamen de entre el 19 % y el 23 %.

En este contexto, conviene tener presente que el Proyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, que al tiempo de redactar este artículo está siendo tramitado en el Congreso de los Diputados, contiene una modificación del IRPF relevante a estos efectos, pues prevé que la ganancia patrimonial obtenida por el instituyente al transmitir en vida los bienes en virtud de un pacto sucesorio tribute en sede del instituido en caso de que este último los transmita antes del fallecimiento del instituyente. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se justifica dicha modificación en los siguientes términos:

“De esta forma se impide una actualización de los valores y fechas de adquisición del elemento adquirido que provocaría una menor tributación que si el bien hubiera sido transmitido directamente a un tercero por el titular original.”

Como puede apreciarse, esta modificación pretende evitar el uso abusivo de los pactos sucesorios con atribuciones de presente cuando se observe como finalidad la elusión del pago del IRPF que el transmitente hubiera debido ingresar en caso de donación. Esta es una medida que muy probablemente sea aprobada con efectos en el año 2021.

3. Disposiciones testamentarias y renunciaciones en el ámbito sucesorio

En ocasiones, la fiscalidad de la transmisión del patrimonio familiar puede aconsejar una modificación de las disposiciones testamentarias o, simplemente, su otorgamiento en caso de no haberlas. También puede suceder que, fallecido el titular de los bienes, convenga considerar el interés, desde la perspectiva fiscal, de la renuncia pura y simple de todos o algunos herederos o legatarios, de forma que se produzca la transmisión hereditaria a favor de otros familiares. Los efectos de la renuncia pura y simple deben analizarse en cada caso y, por supuesto, deben ajustarse a la voluntad de las partes y a sus circunstancias económicas y familiares.

Un caso típico en que pueden observarse claramente los distintos efectos de la transmisión hereditaria a favor de unos u otros familiares sería aquel en que se vayan a transmitir las acciones o participaciones de una empresa. Estas transmisiones pueden beneficiarse, siempre que se cumplan una serie de requisitos, de la reducción del 95 % prevista en el artículo 20.2.c) de la Ley estatal del ISD (las comunidades autónomas no pueden suprimir las reducciones, solo mejorarlas), lo que implica que solo se somete a tributación el 5 % del valor de la empresa. En particular, los requisitos que deben cumplirse con arreglo a la legislación estatal son:

- i. El adquirente debe ser el cónyuge, descendiente o adoptado de la persona fallecida (o en su defecto, ascendiente, adoptante o colateral hasta el tercer grado).
- ii. El adquirente debe conservar estos bienes en su patrimonio durante diez años.
- iii. Debe resultar de aplicación la exención regulada en el artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, que exige que el causante tenga un porcentaje de participación en el capital de al menos el 5 % (o del 20 % conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado), que el causante haya ejercido funciones de dirección y haya percibido por ello remuneraciones que constituyan su principal fuente de renta (si la participación es conjunta con el grupo familiar, puede cumplir este requisito una persona del citado grupo), y que la sociedad desarrolle una actividad económica (que no sea una entidad gestora de un patrimonio mobiliario o inmobiliario).

Como puede apreciarse, el cumplimiento de los requisitos para aplicar esta reducción exige cierto grado de planificación, por lo que es posible que, en casos en que el fallecimiento se produzca de

forma imprevista, dichos requisitos no se estuviesen cumpliendo y, al no poder aplicar la reducción a dicha transmisión hereditaria a favor, por ejemplo, de los hijos, puede resultar conveniente otorgar o modificar el testamento, o que estos renuncien a la herencia, y permitir así la transmisión de las acciones a favor de otro familiar que, sin necesidad de aplicar la reducción de empresa familiar, tenga una tributación más favorable (a modo de ejemplo, en Cataluña el cónyuge es el único familiar que se beneficia de una bonificación del 99 % en el ISD). En una situación como la descrita, la modificación testamentaria o renuncia hereditaria podría favorecer el cumplimiento escrupuloso de los requisitos para aplicar la reducción de empresa familiar en una ulterior sucesión del cónyuge a favor de los hijos, o incluso en una donación.

Este es solo un ejemplo de los muchos que ilustran cómo la alteración de las disposiciones testamentarias o la renuncia pura y simple a la herencia son medidas que pueden dar lugar a mejoras significativas en la fiscalidad de la transmisión del patrimonio familiar.

En los casos de renuncia a la herencia, siempre y cuando esa renuncia sea pura y simple, el único que tributa es el adquirente final de los bienes (por ejemplo, el sustituto designado por el causante en testamento o el siguiente llamado a la sucesión en caso de no haber testamento). Es importante que la renuncia sea pura y simple, pues, en caso de que la renuncia se haga a favor de una persona determinada (designada por el renunciante), se entiende que el renunciante ha aceptado la herencia (con la consiguiente tributación en el ISD) y acto seguido ha donado los bienes al adquirente final, lo que da lugar a un segundo hecho imponible del ISD.

4. El ajuar doméstico: la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo

La reciente jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de marzo (rec. 4521/2017) y 19 de mayo de 2020 (rec. 6027/2017) contribuye significativamente a la delimitación de uno de los conceptos tradicionalmente problemáticos en el ISD. Nos referimos al ajuar doméstico.

De acuerdo con el artículo 4. Cuatro de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, el ajuar doméstico está formado por *“los efectos personales y del hogar, utensilios domésticos y demás bienes muebles de uso particular (...) excepto las joyas, pieles, vehículos, embarcaciones, aeronaves, objetos de arte y antigüedades”*.

Cuando alguien fallece, el ajuar doméstico forma parte del caudal relicto y, por tanto, está sujeto a tributación. No obstante, la Ley del ISD no delimita qué bienes lo componen, sino que únicamente contiene una presunción de que su valor equivale al 3 % del caudal relicto. Al tratarse de una presunción, el contribuyente puede acreditar (i) la inexistencia de ajuar doméstico o (ii) que, pese a existir, su valor es inferior al citado 3 %.

En el pasado, la Administración tributaria y algunos tribunales de justicia han sido reticentes a admitir la prueba presentada por los contribuyentes para acreditar su inexistencia (o un menor valor). Es muy habitual que entre los bienes del causante haya inversiones financieras, participa-

ciones en empresas o cuentas corrientes, entre otros. Pues bien, en esos casos la Administración tributaria entendía que dichos bienes debían formar parte de la base de cálculo del ajuar doméstico, aunque evidentemente, por su naturaleza, estos no guarden ninguna relación con los efectos personales del hogar ni con bienes de uso personal del causante.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha concluido que el concepto de ajuar doméstico únicamente abarca aquellos bienes que por su identidad o valor puedan afectarse al servicio de la vivienda familiar o al uso personal del causante (en línea con la definición de ajuar doméstico contenida en el artículo 1321 del Código Civil), excluyendo en consecuencia los bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar, los elementos afectos a actividades económicas, los depósitos de dinero, las acciones o participaciones en entidades, así como los bienes excluidos expresamente del ajuar doméstico en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio.

Con esta nueva jurisprudencia, ni los herederos tendrán que aportar prueba alguna para desvirtuar la presunción prevista en la Ley del ISD en relación con este tipo de bienes, en la medida en que no son susceptibles de integrarse en el concepto de ajuar doméstico, ni la Administración tributaria podrá seguir aplicando su criterio tradicional, lo que en definitiva va a suponer una reducción de la carga impositiva de las herencias.

Portugal

ALTERAÇÕES AO REGIME DA SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DOS ATOS DE ADJUDICAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL URGENTE – ALGUMAS OBSERVAÇÕES

Afonso Choon

Advogado da Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa)

Alterações ao Regime da Suspensão Automática dos Atos de Adjudicação no Âmbito do Contencioso Pré-contratual Urgente – Algumas Observações

A Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, veio introduzir alterações substanciais ao regime do contencioso pré-contratual urgente, em particular no que toca ao regime da suspensão automática do ato de adjudicação. Com efeito, o âmbito de aplicação do artigo 103.º-A do Código do Processo nos Tribunais Administrativos foi severamente restringido, limitando a capacidade de os concorrentes preteridos em procedimentos de contratação pública impedirem judicialmente a celebração e até a execução do contrato adjudicado. A solução encontrada para procurar garantir provisoriamente a posição das entidades demandantes – de estender o regime das medidas provisórias, previstas no artigo 103.º-B, aos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do Código do Processo nos Tribunais Administrativos – revela-se insuficiente, senão mesmo, em muitos casos, inútil.

PALAVRAS CHAVE:

CONTENCIOSO PRÉ-CONTRATUAL URGENTE; IMPUGNAÇÃO DO ATO DE ADJUDICAÇÃO; SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DO ATO DE ADJUDICAÇÃO; MEDIDAS PROVISÓRIAS; REVISÃO DO CPTA; LEI N.º 118/2019, DE 17 DE SETEMBRO.

Changes to the Automatic Suspension Regime for Acts of Award in the context of Urgent Pre-contractual Litigation - Some Observations

Law 118/2019, of 17 September, has carried out substantial changes to the public procurement litigation procedure framework, specifically in what regards the automatic suspension of the awarding act. Indeed, the scope of application of article 103-A of the Administrative Courts Procedural Code was severely reduced, limiting the capacity of non-selected bidders in a public procurement procedure to judicially prevent the public authority and the awardee from executing and performing the awarded contract. The solution enacted by Law 118/2019, of 17 September, to temporarily guarantee the rights of challenging parties – extending the possibility of requesting provisory measures in proceedings to which article 103-A(1) of the Administrative Courts Procedural Code no longer applies – is insufficient and, in several cases, useless.

KEY WORDS:

PUBLIC PROCUREMENT LITIGATION; CHALLENGE OF THE AWARDING ACT; AUTOMATIC SUSPENSION OF THE AWARDING ACT; PRELIMINARY MEASURES; CHANGES TO THE ADMINISTRATIVE COURTS PROCEDURAL CODE; LAW 118/2019, OF 17 SEPTEMBER.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Choon, Afonso (2020). Alterações ao Regime da Suspensão Automática dos Atos de Adjudicação no Âmbito do Contencioso Pré-contratual Urgente – Algumas Observações. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 163-176 (ISSN: 1578-956X).

1. Enquadramento

O contencioso pré-contratual sempre foi uma das áreas processuais do contencioso administrativo em que a justa composição provisória ou cautelar dos interesses em jogo se revelou mais delicada.

Com efeito, de um lado, encontra-se a entidade adjudicante que pretende satisfazer, o mais rapidamente possível (por vezes de forma urgente e inadiável), o interesse público subjacente à decisão de contratar. Do mesmo lado se encontra ainda o adjudicatário que, tendo vencido o procedimento de contratação pública, terá todo o interesse em não aguardar pelo desfecho da ação de impugnação do ato de adjudicação para iniciar a execução do contrato; a impugnação do ato de adjudicação acrescenta ainda incerteza quanto ao *se* e *quando* será executado o contrato, podendo ademais, pelo mero decurso do tempo, provocar-lhe prejuízos assinaláveis¹. Do outro lado, encontra-se o concorrente preterido, que, acreditando que o ato de adjudicação do contrato padece de ilegalidade, pretende obter a sua invalidação judicial, por forma a ser ele a celebrar e a executar o contrato; o que não será possível, caso os efeitos da adjudicação ou a execução do contrato não sejam suspensos. Ora, como é bom de ver, salvaguardar processual e provisoriamente as posições *supra* mencionadas não se afigura tarefa fácil, pelo que qualquer alteração legislativa que incida sobre o regime do contencioso pré-contratual poderá perturbar, de forma desproporcional e injustificada, o equilíbrio necessário a garantir, por um lado, os direitos da entidade adjudicante e do adjudicatário e, por outro lado, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, que a Constituição garante ao concorrente preterido.

Através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, o legislador nacional promoveu uma verdadeira revolução no âmbito do contencioso pré-contratual urgente, determinando, nos ter-

mos do aditado artigo 103.º-A do CPTA, que a impugnação de qualquer ato de adjudicação faria suspender de forma automática os efeitos daquele ato. Assim, na sequência da impugnação de um ato de adjudicação, caso a entidade adjudicante e o adjudicatário pretendessem celebrar ou executar o contrato, teriam de requerer ao tribunal, nos termos dos n.ºs 2 a 4 do artigo 103.º-A do CPTA, o levantamento do efeito suspensivo.

O modo amplo como foi consagrada a suspensão automática do ato de adjudicação foi, **a um tempo**, duramente criticado por alguma doutrina², que entendia que o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA ia muito além do que era exigido pelas chamadas Diretivas Recursos³. Isto porque, *por um lado*, o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA se aplicava a todos os procedimentos de contratação pública, ainda que estes não estivessem sujeitos ao período de *standstill* previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 104.º e no n.º 3 do artigo 95.º do Código dos Contratos Públicos ("**CCP**")⁴. *Por outro lado*, o prazo de impugnação do ato de adjudicação – 30 dias – encontrava-se desfasado do período de *standstill* – 10 dias úteis –, o que poderia levar a que a entidade adjudicante e o adjudicatário celebrassem, de boa fé, o contrato, iniciassem a sua execução e, subsequentemente, se vissem forçados a interromper a execução do contrato por força da mencionada suspensão automática. Por estes e outros motivos, entendia António Cadilha que a solução então encontrada não garantia "*um tratamento equilibrado de todos os interesses em jogo*" e que a mesma seria "*desproporcional [e] suscetível de afetar, de forma desmedida, os interesses da entidade adjudicante e do adjudicatário*"⁵.

A outro tempo, os tribunais da jurisdição administrativa viram-se, desde a introdução do artigo 103.º-A do CPTA, a braços com uma enchente de pedidos de levantamento do efeito suspensivo. Sem prejuízo, como se sabe, os tribunais administrativos encontram-se, há largos anos, com falta de meios para fazer face a todos os processos que dão entrada na jurisdição administrativa. Tal situação levava a que – apesar de os curtos prazos que se encontram previstos no n.º 3 do artigo 103.º-A do CPTA, para que seja emitida uma decisão judicial quanto ao levantamento do efeito suspensivo – a tramitação daquele incidente pudesse demorar vários meses. Esta circunstância provocava uma enorme entropia na atividade contratual da Administração, levando a que o interesse público subjacente à celebração do contrato adjudicado fosse protelado durante meses a fio.

Foi, pois, com vista a resolver as críticas e os problemas apontados *supra*, que a Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro ("**Lei 118/2019**"), introduziu profundas alterações ao regime previsto nos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA. Com efeito, como se observará em maior detalhe *infra*, por um lado, o âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação, conforme previsto no n.º 1 do artigo 103.º-A, foi severa e fortemente limitado. Por outro, por forma a procurar garantir a tutela provisória nos processos impugnatórios que ficaram de fora do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, o regime das medidas provisórias do artigo 103.º-B foi alargado àqueles processos.

Vejamos então em que é que essas alterações se traduziram e se tutelam adequadamente os interesses dos diversos intervenientes nos processos de contencioso pré-contratual urgente.

2. Suspensão automática dos efeitos do ato de adjudicação

Nos termos do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA (conforme alterado pela Lei 118/2019): “[a]s ações de contencioso pré-contratual que tenham por objeto a impugnação de atos de adjudicação relativos a procedimentos aos quais é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 95.º ou na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do Código dos Contratos Públicos, desde que propostas no prazo de 10 dias úteis contados desde a notificação da adjudicação a todos os concorrentes, fazem suspender automaticamente os efeitos do ato impugnado ou a execução do contrato, se este já tiver sido celebrado”. Ao abrigo deste preceito, a suspensão automática do ato de adjudicação encontra-se agora dependente da verificação de **dois requisitos cumulativos**.

O primeiro requisito prende-se com o procedimento no âmbito do qual foi emitido o ato de adjudicação (requisito procedimental). Assim, a suspensão automática só se produzirá em relação aos atos de adjudicação dos contratos cuja celebração ou execução esteja condicionada pelo CCP à observância do período *standstill* (i.e. obrigação que impende sobre a entidade adjudicante e sobre o adjudicatário de não celebrar ou executar o contrato durante o período de 10 dias úteis subsequentes à notificação da adjudicação). Neste sentido, a impugnação de atos de adjudicação só poderá suspender de forma automática os efeitos daqueles atos:

- i. Em procedimentos:
 - a. Cujo anúncio tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia (“**JOUE**”);
 - b. Em que tenha sido apresentada mais do que uma proposta; e
 - c. Que não visem a celebração de um contrato ao abrigo de acordo-quadro *(i)* cujos termos abranjam todos os seus aspetos ou *(ii)* que tenha sido celebrado apenas com uma entidade [(a alínea a) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 104.º do CCP]; ou
- ii. Em procedimentos:
 - a. *Em que não tenha sido exigida a redução do contrato a escrito* (v.g. contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços cujo preço contratual não exceda EUR 10.000,00);
 - b. *Nos quais tenha sido dispensada a redução do contrato a escrito* (v.g. concurso público urgente ou por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis) (n.os 1 e 2 do artigo 95.º do CCP).

Neste sentido, ficarão designadamente de fora do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA todos os atos de adjudicação que tenham sido emitidos em procedimentos de contratação pública *(i)* que não tenham sido anunciados no JOUE (que representam uma fatia substancial dos procedimentos de contratação pública tramitados em Portugal) ou *(ii)* em que tenha sido apresentada uma só proposta.

O segundo requisito prende-se com o momento em que a ação de impugnação do ato de adjudicação é intentada. Com efeito, para que a impugnação judicial suspenda automaticamente os efeitos do ato de adjudicação é ainda necessário que a mesma tenha sido proposta no prazo de 10 dias úteis a contar da notificação do ato de adjudicação a todos os concorrentes. Este prazo, como é bom de ver, coincide em absoluto com o período de *standstill* previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP e no n.º 3 do artigo 95.º do CCP.

Sem prejuízo do exposto, o prazo de impugnação dos atos de adjudicação não foi alterado (artigo 101.º do CPTA), continuando a ser de 30 dias. Porém, a impugnação apenas produzirá efeitos suspensivos se for intentada no prazo de 10 dias úteis a contar da notificação do ato de adjudicação. Significa, pois, que, se o autor pretender que a impugnação suspenda automaticamente os efeitos do ato de adjudicação, passa a ter o ónus de intentar a ação no prazo mais curto de 10 dias úteis.

Com base no exposto, pode, pois, concluir-se que:

- i. O regime de suspensão automática previsto no artigo 103.º-A do CPTA só será aplicável nos procedimentos de contratação pública em que vigore o período de *standstill*, previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 104.º do CCP e no n.º 3 do artigo 95.º do CCP; e
- ii. Caso estejamos perante um procedimento deste tipo, a impugnação só produzirá efeitos suspensivos automáticos quando for intentada durante o período de *standstill* (i.e. no prazo de 10 dias úteis).

A contrario, significa, pois, que a impugnação não produzirá efeitos suspensivos automáticos:

- i. Nos procedimentos em que não seja aplicável o período de *standstill*; e
- ii. Nos procedimentos em que seja aplicável o período de *standstill*, quando a impugnação não seja intentada durante o período de *standstill*.

Em relação a estes últimos casos, como se observará em maior detalhe *infra*, a suspensão do ato de adjudicação ou da execução do contrato apenas poderá ser obtida através do decretamento de medidas provisórias (artigo 103.º-B do CPTA).

Em face do enquadramento *supra*, o novo regime da suspensão automática do ato de adjudicação suscita-nos **quatro** observações.

Primeira, considerando o exposto em 1. *supra*, parece evidente que o legislador foi sensível às críticas da doutrina (sobretudo as aduzidas por António Cadilha⁶), fazendo assim coincidir, em absoluto, o âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação com o âmbito de aplicação objetivo e temporal do *standstill* previsto no CCP. Ou seja, a suspensão automática só se verificará quando o procedimento de contratação pública esteja sujeito ao *standstill* e quando a impugnação seja intentada durante o período do *standstill*.

Segunda, para que se verifique a suspensão automática do ato de adjudicação é suficiente que o autor impugne aquele ato durante o período de *standstill*, não se exigindo, pois, que a entidade

demandada e os concontrainteresados sejam citados durante o período de *standstill*. Significa isto que, embora de forma muito menos frequente, ao abrigo do novo regime, poderão ainda verificar-se casos em que, aquando da sua citação, a entidade adjudicante e o adjudicatário tenham já assinado e iniciado a execução do contrato. Nessas situações, não sendo possível suspender os efeitos do ato de adjudicação – visto que os mesmos já se produziram –, será a execução do contrato que ficará suspensa.

Terceira, ao prazo de impugnação de 10 dias úteis, previsto no n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, não se aplica o regime de multas previsto no n.º 5 do artigo 139.º do Código de Processo Civil para a prática de atos processuais. É que, como é bom de ver, aquele prazo não é um prazo processual, mas sim um prazo substantivo (prazo para exercício de uma faculdade).

Quarta e última, apesar de o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA ter reduzido para 10 dias úteis o prazo de impugnação com efeitos suspensivos automáticos, manteve-se em 20 dias o prazo para a entidade demandada e os concontrainteresados contestarem (alínea *a*) do n.º 3 do artigo 101.º do CPTA). Ora, apesar de se poder contrapor (*i*) que o prazo de impugnação dos atos de adjudicação se mantém igualmente (30 dias) e (*ii*) que o autor não é obrigado a intentar a ação no prazo de 10 dias úteis, a verdade é que, na esmagadora maioria dos casos, os concorrentes preteridos irão procurar intentar a ação no prazo de 10 dias úteis, de modo a que a impugnação tenha efeito útil. Sobretudo porque, como se observará em 4. *infra*, o regime das medidas provisórias, previsto no artigo 103.º-B do CPTA, não é adequado, por regra, para impedir que o contrato adjudicado seja celebrado e executado (pelo menos em parte). Significa, pois, que, na prática, os concorrentes preteridos irão sempre (com honrosas exceções) impugnar os atos de adjudicação passíveis de aplicação do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA no prazo exíguo de 10 dias úteis.

Neste sentido, parece-nos que o legislador poderia ter sido sensível a esta circunstância e, em obediência ao princípio da igualdade de armas, ter previsto um prazo de 10 dias úteis para a entidade demandada e os concontrainteresados contestarem nos casos em que a impugnação foi intentada no prazo de 10 dias úteis.

3. Levantamento do efeito suspensivo automático

Nos termos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 103.º do CPTA, antes da revisão levada a cabo pela Lei 118/2019:

“2 - [...] a entidade demandada e os concontrainteresados podem requerer ao juiz o levantamento do efeito suspensivo, alegando que o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos, havendo lugar, na decisão, à aplicação do critério previsto no n.º 2 do artigo 120.º;

4 - O efeito suspensivo é levantado quando, ponderados os interesses suscetíveis de serem lesados, os danos que resultariam da manutenção do efeito suspensivo se mostrem superiores aos que podem resultar do seu levantamento.”

Com base nestas disposições, a maioria da doutrina e da jurisprudência entendia que o levantamento do efeito suspensivo dependia da verificação de **dois requisitos cumulativos**.

Em primeiro lugar, a entidade demandada ou os contrainteresados teriam de demonstrar que (i) o diferimento da execução do ato seria gravemente prejudicial para o interesse público e/ou (ii) este diferimento geraria consequências lesivas claramente desproporcionadas para outros interesses envolvidos. Para demonstrar a verificação deste primeiro requisito, o requerente teria de alegar e provar que a manutenção do efeito suspensivo iria provocar prejuízos especialmente qualificados e excepcionais, não se incluindo aqui, designadamente, todos aqueles que, em geral e por regra, decorrem da suspensão do ato de adjudicação⁸. Caso o requerente não conseguisse demonstrar a verificação destes prejuízos especialmente qualificados, o requerimento deveria ser, sem mais, indeferido⁹.

Em segundo lugar, encontrando-se verificado o primeiro requisito, e só então, deveria o tribunal proceder à ponderação de interesses exigida, então, pela parte final do n.º 2 e pelo n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA. A este propósito, entendia Rodrigo Esteves de Oliveira – posição a que aderimos – que nesta ponderação de interesses não se deveriam colocar na balança os prejuízos invocados pela entidade demandada e pelos contrainteresados que não revestissem o grau de excecionalidade previsto no n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA (*i.e.* prejuízos que não fossem especialmente qualificados e excepcionais)¹⁰. Com efeito, não só era essa solução a única que permitia compatibilizar o disposto no n.º 2 com o n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, como não faria sentido que, na ponderação de interesses, se pudessem contabilizar prejuízos que não foram considerados para efeitos do primeiro requisito e que poderiam assim, contra aquela que parece ter sido a ponderação ideada pelo legislador, fazer mais facilmente desequilibrar a balança a favor do levantamento do efeito suspensivo.

Concretizado o estado da arte antes da revisão, vejamos então as alterações que foram aprovadas pela Lei 118/2019:

- i. Do n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA, deixou de constar qualquer requisito relativo ao deferimento do pedido de levantamento do efeito suspensivo, limitando-se agora a disposição a referir que, na pendência da ação, a entidade demandada e os contrainteresados podem requerer o levantamento do efeito suspensivo;
- ii. O n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA passou a conter todos os requisitos de que depende o levantamento do efeito suspensivo, dispondo: *“o efeito suspensivo é levantado quando, ponderados todos os interesses suscetíveis de serem lesados, o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos”*;
- iii. Deixa de se fazer qualquer referência ao n.º 2 do artigo 120.º do CPTA.

Ora, à luz da nova redação do n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, poder-se-ia pensar que o legislador pretendeu fazer depender o levantamento do efeito suspensivo da simples verificação de graves prejuízos para o interesse público ou de consequências lesivas claramente desproporcionadas

para os outros interesses envolvidos (*"o efeito suspensivo é levantado quando (...) o diferimento da execução do ato seja gravemente prejudicial para o interesse público ou gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos"*). Isto é, atendendo à letra do preceito – que, admita-se, não é feliz – poder-se-ia entender que, com a alteração ao n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA, teria sido expurgada a verificação do segundo requisito *supra* mencionado – a ponderação de interesses.

Entendemos, porém, que não será assim¹¹. **Por um lado**, porque é também a própria letra da lei que exige que se *"ponderem todos os interesses suscetíveis de ser lesados"*. Ora, se fosse suficiente para o levantamento do efeito suspensivo que se verificasse um *"grave prejuízo para o interesse público"*, então, obviamente, a referência à *"ponderação de todos os interesses suscetíveis de serem lesados"* não teria qualquer sentido útil. Para mais quando a segunda alternativa do preceito (*"gerador de consequências lesivas claramente desproporcionadas para os outros interesses envolvidos"*) já parece obrigar a que se realize essa ponderação de interesses no que toca aos prejuízos dos contrainteressados. **Por outro lado**, porque a eliminação desse juízo violaria as Diretivas Recursos, que apenas admitem como fundamento para o levantamento do efeito suspensivo a circunstância de as consequências negativas da manutenção da suspensão superarem as vantagens¹².

Neste sentido, adotando uma interpretação conforme às Diretivas Recursos, com ainda inteiro cabimento na letra da lei, não pode deixar de se recusar a absolutização do *"conceito indeterminado de gravemente prejudicial em detrimento da necessária ponderação entre os vários interesses em presença"*¹³.

Considerando o exposto, parece-nos que, apesar da alteração dos n.ºs 2 e 4 do artigo 103.º-A do CPTA, o legislador terá apenas pretendido agregar num único número todos os requisitos de que dependerá o levantamento do efeito suspensivo; não gerando assim a nova redação qualquer desvio aos requisitos que foram sendo desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base nos n.ºs 2 e 4 da anterior redação do artigo 103.º-A do CPTA e que expusemos *supra*.

Numa nota final quanto a este tema, não podemos deixar de salientar que, com a eliminação da remissão que era feita no n.º 2 do artigo 103.º-A para o n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, foi finalmente cortado o cordão umbilical que ligava o contencioso pré-contratual urgente ao processo cautelar. Na nossa opinião, a eliminação ficou a dever-se ao facto de a remissão para aquela disposição aparentar ser redundante, visto que o n.º 4 do artigo 103.º-A do CPTA já exigia que se realizasse o juízo ponderativo entre os interesses afetados. No entanto, esta eliminação pode igualmente ter tido como objetivo afastar de uma vez por todas as dúvidas que se verificavam quanto à possibilidade de, nos termos da parte final do n.º 2 do artigo 120.º do CPTA, se substituir o efeito suspensivo do ato de adjudicação por outras medidas provisórias menos gravosas¹⁴.

4. Adoção de medidas provisórias em ações de impugnação do ato de adjudicação

Antes da revisão operada pela Lei 118/2019, as medidas provisórias, conforme previstas no artigo 103.º-B do CPTA, apenas poderiam ser decretadas no âmbito dos processos de contencioso pré-contratual urgente que não tivessem por objeto a impugnação de atos de adjudicação. Isto é, estas medidas só poderiam ser adotadas nos processos que tivessem por objeto (i) a impugnação das peças do procedimento ou (ii) a impugnação de outros atos administrativos emitidos no âmbito de procedimentos de contratação pública (v.g. decisão de qualificação).

Sucedo que, com a restrição do âmbito de aplicação da suspensão automática do ato de adjudicação, o legislador se viu forçado a estender o regime das medidas provisórias aos processos que tenham por objeto atos de adjudicação e em que não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA. Neste sentido, dispõe agora o n.º 1 do artigo 103.º-B do CPTA que “[n]as ações de contencioso pré-contratual em que não se aplique ou tenha sido levantado o efeito suspensivo automático previsto no artigo anterior, o autor pode requerer ao juiz a adoção de medidas provisórias, destinadas a prevenir o risco de, no momento em que a sentença venha a ser proferida, se ter constituído uma situação de facto consumado ou já não ser possível retomar o procedimento pré-contratual para determinar quem nele seria escolhido como adjudicatário” (sublinhado nosso).

Em termos esquemáticos, as medidas provisórias podem agora ser decretadas nos processos que tenham por objeto:

- i. A impugnação de atos de adjudicação:
 - a. Aos quais não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, por terem sido emitidos em procedimentos não sujeitos ao *standstill*;
 - b. Aos quais não seja aplicável o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, por não terem sido impugnados durante o período de *standstill*;
 - c. Aos quais tenha sido aplicada a suspensão automática prevista no n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, mas em que esse efeito suspensivo tenha sido levantado, nos termos dos n.os 2 a 4 do artigo 103.º do CPTA.
- ii. A impugnação das peças do procedimento; e
- iii. A impugnação de outros atos administrativos emitidos no âmbito de procedimentos de contratação pública.

A principal alteração introduzida pela Lei 118/2019 foi, pois, ter estendido o âmbito de aplicação das medidas provisórias aos processos impugnatórios dos atos de adjudicação. Ora, da nossa parte, estas alterações merecem **sete comentários**.

Primeiro, é de louvar que o legislador tenha aproveitado o ensejo para suprir uma lacuna que se verificava nos processos impugnatórios de atos de adjudicação. Isto porque, antes da revisão, quando o efeito suspensivo tivesse sido levantado, não era possível ao autor solicitar a adoção de quaisquer medidas provisórias que permitissem salvaguardar, a título “cautelar”, a sua posição. Com efeito, após levantamento do efeito suspensivo, não era possível requerer medidas provisórias, nos termos do artigo 103.º-B do CPTA, visto que estas apenas se destinavam a processos que não tivessem por objeto a impugnação de atos de adjudicação. Tão-pouco poderia o autor requerer uma providência cautelar, nos termos do artigo 132.º do CPTA, visto que estas providências apenas se destinam aos procedimentos de formação de contratos não abrangidos pelo regime dos artigos 100.º a 103.º-B do CPTA. A nova redação do n.º 1 do artigo 103.º-B do CPTA vem assim colmatar esta falha, permitindo que o autor requeira o decretamento de medidas provisórias na sequência do levantamento do efeito suspensivo.

Segundo, é de lamentar que o legislador não tenha previsto a possibilidade de, a pedido do autor, o tribunal poder decretar medidas provisórias simultaneamente com a decisão de levantamento do efeito suspensivo. Idealmente, o autor deveria poder, em resposta ao pedido de levantamento do efeito suspensivo, requerer, a título subsidiário, a adoção de medidas provisórias – naturalmente menos lesivas do que o efeito suspensivo do ato de adjudicação, como seja a execução apenas parcial do contrato adjudicado, *i.e.* na parte em que a sua execução é urgente ou provoque prejuízos graves para a entidade adjudicante –, que deveriam ser decretadas caso o pedido de levantamento do efeito suspensivo fosse declarado procedente. Em resposta a este pedido subsidiário, a entidade demandada e os contrainteressados emitiriam a sua pronúncia. Finalmente, o Tribunal decidiria *(i)* quanto ao pedido de levantamento do efeito suspensivo e, caso o mesmo fosse declarado procedente, *(ii)* quanto ao pedido de adoção de medidas provisórias.

Sem prejuízo, ao abrigo do regime atualmente em vigor, parece que esta hipótese se encontra vedada. *Em primeiro lugar*, porque, nos termos dos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA, os pedidos de levantamento do efeito suspensivo e de adoção de medidas provisórias dão origem a dois incidentes distintos, com tramitações distintas. *Em segundo lugar*, porque a tramitação rígida e célere do incidente de levantamento do efeito suspensivo, prevista no n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA, parece impedir que ambos os incidentes sejam cumulados num só ou, pelo menos, tramitados em simultâneo¹⁵. *Em terceiro e último lugar*, porque a tramitação dos incidentes de decretamento de medidas provisórias não se encontra legalmente definida, pelo que o prazo de oposição e as restantes fases do incidente devem ainda ser fixados por despacho do tribunal, nos termos da parte final do n.º 2 do artigo 103.º-B do CPTA. Esta entropia processual parece impedir a tramitação simultânea de ambos os incidentes (*i.e.* fazer sustar a decisão quanto ao levantamento do efeito suspensivo até que fosse integralmente tramitado o incidente de adoção de medidas provisórias), já que, com toda a probabilidade, as respostas da entidade demandada e do contrainteressado ao pedido de adoção de medidas provisórias só seriam submetidas depois de terminado o prazo de 10 dias que o tribunal tem para decidir o incidente de levantamento do efeito suspensivo. Sem prejuízo, não estranharíamos que alguns juízes, ao abrigo dos poderes de gestão processual previstos no n.º 1 do artigo 6.º do Código de Processo Civil, venham permitir que ambos os incidentes sejam tramitados em simultâneo ou em conjunto.

É pois de lamentar que o legislador não tenha tido o cuidado de compatibilizar os dois regimes, o que traria, *por um lado*, ganhos de eficiência processual, evitando assim que, logo após o levan-

tamento do efeito suspensivo, se inicie uma nova discussão processual quanto ao decretamento de medidas provisórias. *Por outro lado*, a compatibilização entre os dois regimes permitiria, sem grandes demoras processuais, salvaguardar a posição do autor que, após levantamento do efeito suspensivo, dificilmente conseguirá ver adotadas medidas provisórias que acautelem a sua posição em tempo útil.

Terceiro, apesar de o legislador ter passado, do ponto de vista “cautelar”, grande parte dos processos impugnatórios do regime de suspensão automática para o regime das medidas provisórias, não foi alterado o requisito de que depende o decretamento das medidas provisórias nesse tipo de processos. Consequentemente, parece verificar-se agora, sem aparente motivo, uma dicotomia acentuada entre os requisitos de que depende o “não” levantamento do efeito suspensivo automático e os requisitos de que depende a adoção de medidas provisórias.

De facto, enquanto o levantamento do efeito suspensivo está dependente da verificação *(i)* de prejuízos especialmente qualificados por parte da entidade demandada e do contrainteressado (o que, naturalmente, dificulta que o pedido de levantamento seja procedente) e *(ii)* do juízo de ponderação de interesses, a adoção de medidas provisórias está apenas dependente de um juízo de ponderação de interesses “simplificado”. Em consequência, será muito mais difícil obter a adoção de uma medida provisória do que manter, nos processos sujeitos ao n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, a suspensão automática do ato de adjudicação. Ora, no nosso entender, esta dicotomia não faz qualquer sentido. Sobretudo se se atender a que, por força da remissão do n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA para o n.º 3 do artigo 95.º do CCP, se incluem nos processos impugnatórios a que se aplica o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA procedimentos de formação de contratos com um preço contratual muito inferior aos que ficaram de fora do âmbito de aplicação daquele preceito. Lamentavelmente, não parece que seja possível, por via interpretativa, fazer equiparar os requisitos de que depende a rejeição do levantamento suspensivo aos requisitos de que depende a adoção de medidas provisórias; solução que nos pareceria mais adequada e equilibrada para compor os interesses em diferendo.

Quarto, as alterações levadas a cabo nos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA transferem, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, para o autor o ónus da prova de demonstrar que os danos provocados pela não adoção da medida provisória são superiores aos que seriam provocados caso a mesma fosse adotada.

Quinto, as alterações efetuadas aos artigos 103.º-A e 103.º-B do CPTA implicam, na prática, que, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, será impossível ao autor impedir que o contrato adjudicado seja celebrado. Com efeito, ainda que estejamos a falar de procedimentos de contratação pública a que não se aplica o *standstill*, existe sempre um hiato temporal entre a notificação da adjudicação e a celebração do contrato (*v.g.* para realizar a habilitação, prestar caução). Ora, será verdadeiramente impossível que nesse hiato tão curto (normalmente entre 5 a 20 dias úteis, dependendo da complexidade do contrato) o autor consiga obter uma medida provisória de suspensão do ato de adjudicação. Significa, pois, que, no máximo, o autor apenas conseguirá obter a suspensão da execução do contrato. Neste sentido, de um ponto de vista processual, não se deve olvidar o autor de, no seu requerimento, solicitar “a suspensão do ato de adjudicação ou a suspensão do contrato, caso o mesmo já tenha sido celebrado”. Se assim não fizer, *i.e.* se só pedir a suspensão do ato de adjudicação, o pedido encontrar-se-á votado,

com uma elevadíssima probabilidade (e salvo benevolência do juiz), ao insucesso por inutilidade superveniente.

Sexto, a circunstância de as medidas provisórias não serem aptas a impedir a celebração do contrato irá também dificultar, por natureza, o decretamento de quaisquer medidas provisórias. É que, caso o contrato já tenha sido celebrado e se encontre em execução, o contrainteressado (i.e. o contraente privado) poderá invocar na sua resposta a verificação de prejuízos pela paralisação da execução do contrato (v.g. custo com a mobilização de meios, contratação de pessoal), que irão pesar na ponderação de interesses a realizar pelo tribunal, nos termos do n.º 3 do artigo 103.º-B do CPTA.

Sétimo e último, considerando o tempo médio que os tribunais demoram a decidir os incidentes de decretamento de medidas provisórias, parece-nos que em contratos de curta duração será impossível obter medidas provisórias em tempo útil, i.e. antes de o contrato se encontrar integralmente executado. Pelo que, com as alterações levadas a cabo pela Lei 118/2019, o legislador parece ter votado ao insucesso qualquer processo que vise a impugnação de atos de adjudicação de contratos de curta duração (apenas se admitindo nesses casos a obtenção de uma indemnização nos termos dos artigos 45.º e 45.º-A do CPTA). A este propósito, não poderá deixar de se fazer notar que o regime vigente antes da revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, pelo menos permitia acautelar estas situações, já que, então, as providências cautelares, ao abrigo do artigo 128.º do CPTA, permitiam, ainda que com as deficiências conhecidas, suspender automaticamente a execução do ato de adjudicação.

Considerando o exposto, parece-nos que, nos processos impugnatórios a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA, o autor partirá de uma posição de **enorme desvantagem** e só em casos limitados conseguirá obter uma decisão final favorável em tempo útil. Como já escreveu Duarte Rodrigues Silva a este propósito: “[p]erspetiva-se, assim, com esta solução legislativa, uma diminuição drástica dos casos em que o impugnante conseguirá impedir provisoriamente a celebração e a execução do contrato, ou parte dele, relegando-o para a mera fixação de uma indemnização, nos termos do artigo 45.º e 45.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pela impossibilidade de obter a satisfação do seu interesse”¹⁶.

5. Apreciação global das alterações

Observadas as alterações introduzidas pela Lei 118/2019, não podemos deixar de entender que a solução encontrada não garante o necessário equilíbrio de todos os interesses em jogo. Com efeito, mesmo que se admitisse a hipótese de limitar o âmbito de aplicação do artigo 103.º-A do CPTA, não poderia o legislador, como fez, ter-se limitado a aplicar o regime das medidas provisórias aos processos que ficaram de fora daquele âmbito de aplicação. É que esse regime não foi pensado ou gizado para os (e não se adequa aos) processos impugnatórios de atos de adjudicação, como bem revelam as diversas fragilidades apontadas *supra*.

Evidência notória, gritante e suficiente dessas fragilidades é que, como se observou, a solução encontrada será inútil para garantir uma tutela provisória da posição dos concorrentes preteridos

no caso dos contratos de curta duração. Concretizando, se um contrato a adjudicar tiver um prazo de execução de 15 dias (*v.g.* como sucede amiúde em contratos de fornecimento), como é que a solução encontrada pelo legislador permitirá a um concorrente preterido impedir que o contrato seja celebrado ou, pior, integralmente executado, antes de existir uma sentença de mérito relativa à impugnação da adjudicação ou, sequer, de serem adotadas quaisquer medidas provisórias? A resposta só pode ser uma: a solução encontrada não permitirá – salvo raríssimas exceções – acautelar essas situações, relegando o direito do autor a uma mera indemnização nos termos dos artigos 45.º a 45.º-A do CPTA. Mas mais ainda, considerando *(i)* as desvantagens a que está sujeito o autor na tentativa de obter medidas provisórias (e que apontámos em 4. *supra*), *(ii)* a circunstância de não se haver consagrado um mecanismo automático de suspensão da execução do ato de adjudicação e *(iii)* a morosidade latente dos tribunais administrativos, parece-nos que, infelizmente, não será apenas em casos como os descritos *supra* (de certo não tão isolados quanto isso) que o autor se verá impossibilitado de obter, em tempo útil, uma decisão de mérito quanto à impugnação intentada.

Neste sentido, parece-nos que o mecanismo tutelar previsto para os processos a que não se aplique o n.º 1 do artigo 103.º-A do CPTA deverá ser (urgentemente) revisto, garantindo-se, desta monta, que os concorrentes preteridos tenham direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

Notas

- 1 Pense-se, designadamente, nas situações em que a entidade adjudicante e o adjudicatário se encontram impedidos de celebrar ou executar o contrato, por força da impugnação do ato de adjudicação e, terminando o processo de forma favorável para estes últimos, o adjudicatário se veja na obrigação de não só mobilizar os meios para executar o contrato de forma célere, como ademais ter que absorver as variações de custos que se verificaram desde que apresentou a sua proposta (v.g. inflação, aumento do custo do petróleo, aumento do salário mínimo, aumento de impostos).
- 2 António Cadilha, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos”, in CJA, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016.
- 3 Diretiva do Conselho 89/655/CEE, de 21 de dezembro e Diretiva do Conselho 92/13/CEE, de 25 de fevereiro.
- 4 Nos procedimentos a que se aplicam estas disposições, a entidade adjudicante e o adjudicatário estão impedidos de celebrar ou executar o contrato antes de decorrido um período de 10 dias úteis contados a partir da notificação da adjudicação a todos os concorrentes (período de standstill).
- 5 António Cadilha, “O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, Setembro/Outubro de 2016, p. 8.
- 6 António Cadilha, O efeito suspensivo automático da impugnação de atos de adjudicação (art. 103.º-A do CPTA): uma transposição equilibrada da Diretiva Recursos, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, ob. cit.
- 7 A este respeito, refere Mário Aroso de Almeida que esta solução “na prática, implica que passa a ser de dez dias o prazo dentro do qual passa a ser possível proceder-se a uma impugnação com efeito útil dos atos de adjudicação dos contratos do contencioso pré-contratual urgente” (Mário Aroso de Almeida, Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, in E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público, Vol 6., n.º 3, dezembro 2019, p. 21, disponível em: <https://e-publica.pt/volumes/v6n3/pdf/a3n3v6.pdf>).
- 8 Como bem referia Duarte Silva Rodrigues a este propósito:
“O legislador sabia que qualquer suspensão de efeitos da atuação administrativa é, sempre e em qualquer caso, lesiva do interesse público. Estando a atuação administrativa votada à prossecução de um concreto interesse público que lhe subjaz, a automática suspensão dos efeitos de um ato (ou de um contrato) em virtude da sua impugnação não tem como não prejudicar, em determinada medida, esse interesse. E, não obstante, o legislador terá considerado, na sua ponderação primária, que um tal prejuízo não é mais do que normal e que o risco da sua ocorrência cabe na esfera da entidade adjudicante, que tem de o internalizar. Só assim poderá não ser quando o Tribunal verifique, à luz de factos concretos alegados e demonstrados, que, no caso concreto, a manutenção da paralisação dos efeitos do ato impugnado é gravemente prejudicial para o interesse público concretamente prosseguido. Não bastará, pois, o prejuízo normal resultante da suspensão da adjudicação, sendo necessário que se verifique um dano superior ao que resultará sempre para a entidade adjudicante desse efeito legalmente prescrito da impugnação do ato de adjudicação” (Duarte Silva Rodrigues, O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual, in Cadernos Sêrvulo de Contencioso Administrativo e Arbitragem, 01/2016, p. 11, disponível em: https://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Pub_DRS_Caderno_Servulo_de_Contencioso_Administrativo_e_Arbitragem_NoI.pdf).
- Neste sentido, veja-se também Marco Caldeira, *O «Novo» Contencioso Pré-Contratual (tópicos desenvolvidos para uma intervenção)*, in Contencioso Pré-Contratual, Coleção Formação Continua, CEJ, fevereiro de 2017, p. 35 (Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Contencioso_Precontratual.pdf) e Mário Aroso de Almeida, *Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro*, ob. cit. p. 23). Do lado da jurisprudência, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 24 de novembro de 2016 (processo n.º 13747/16), de 14 de julho de 2016 (processo n.º 13444/16) e de 24 de maio de 2018 (processo n.º 78/17.8BEPDL-A) e a extensa e diversificada jurisprudência e doutrina citada neste último acórdão quanto a este tema.
- 9 Neste sentido, do lado da doutrina, veja-se Marco Caldeira, *O «Novo» Contencioso Pré-Contratual (tópicos desenvolvidos para uma intervenção)*, ob. cit., p. 36 e Duarte Silva Rodrigues, O levantamento do efeito suspensivo automático no contencioso pré-contratual, ob. cit., p. 12. Do lado da jurisprudência, veja-se os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 24 de maio de 2018 (processo n.º 78/17.8BEPDL-A), de 14 de julho de 2016 (processo n.º 013444/16), de 24 de novembro de 2016 (processo n.º 013747/16) e de 28 de fevereiro de 2018 (processo n.º 2597/16.4BELSB-A).
- 10 Rodrigo Esteves de Oliveira, A tutela «cautelar» ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos, Cejur, n.º 115, janeiro/fevereiro de 2016, p. 24 (disponível em https://www.vda.pt/xms/files/v1/Publicacoes/2016/CJA_A_tutela_cautelar_ou_provisoria_associada_a_impugnacao_da_adjudicacao_de_contratos_publicos.pdf). Neste sentido, do lado da jurisprudência, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 14 de julho de 2016 (processo n.º 13444/16).
- 11 Neste sentido, veja-se Mário Aroso de Almeida, Principais alterações ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos introduzidas pela Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, ob. cit., pp. 23 a 25 e Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, 19 de setembro de 2019, disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/As-alteracoes-ao-regime-de-contencioso-pre-contratual-do-CPTA/6710/>).
- 12 Neste sentido, veja-se Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, ob. cit.
- 13 DUARTE RODRIGUES SILVA, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, ob. cit.
- 14 Como defendia Rodrigo Esteves de Oliveira no seu artigo “A tutela «cautelar» ou provisória associada à impugnação da adjudicação de contratos públicos”, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 115, Janeiro/Febrero de 2016, p. 26.
- 15 O n.º 2 do artigo 103.º-A do CPTA prevê que “[o] autor dispõe de 7 dias para responder [ao pedido de levantamento do efeito suspensivo], seguindo-se, sem mais articulados e no prazo máximo de 10 dias, a decisão do incidente pelo juiz” (sublinhado nosso).
- 16 Neste sentido, Duarte Rodrigues Silva, As alterações ao regime de contencioso pré-contratual do CPTA, 19 de setembro de 2019, disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/As-alteracoes-ao-regime-de-contencioso-pre-contratual-do-CPTA/6710/>.

Unión Europea

EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE RECICLADO DE BUQUES

José Sánchez-Fayos Martín-Peña

Abogado del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Londres)

El Reglamento europeo sobre reciclado de buques

El próximo 31 de diciembre de 2020, el Reglamento (UE) n.º 1257/2013 relativo al reciclado de buques resultará plenamente aplicable en todas sus disposiciones, con lo que culminará en dicha fecha el proceso de aplicación escalonado previsto en su artículo 32. Este trabajo trata de exponer de forma sistemática las cuestiones más relevantes del Reglamento.

PALABRAS CLAVE:

RECICLADO DE BUQUES, INVENTARIO DE MATERIALES PELIGROSOS, BUQUE LISTO PARA EL RECICLADO, INSTALACIONES DE RECICLADO, LISTA EUROPEA.

The EU Regulation on ship recycling

On 31 December 2020, Regulation (EU) No 1257/2013 on ship recycling will become fully applicable in all of its provisions, culminating on that date the progressive implementation process set out in its Article 32. This paper aims to summarize in a systematic basis the key elements of the Regulation.

KEY WORDS:

SHIP RECYCLING, INVENTORY OF HAZARDOUS MATERIALS, READY FOR RECYCLING CERTIFICATE, SHIP RECYCLING FACILITIES, EUROPEAN LIST.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-9-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-9-2020

Sánchez-Fayos Martín-Peña (2020). El Reglamento europeo sobre reciclado de buques. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 177-185 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El próximo 31 de diciembre de 2020, siete años después de su entrada en vigor, el Reglamento (UE) n.º 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativo al reciclado de buques (en adelante, el “Reglamento”) resultará plenamente aplicable en todas sus disposiciones. Es un buen momento para hacer un breve repaso de su finalidad y contenido, ordenando sistemáticamente los distintos bloques de medidas que contempla, sin otro fin que el de tratar de facilitar, desde un punto de vista jurídico, la comprensión de una norma que regula una actividad ciertamente compleja.

Existen, sin duda, otras perspectivas desde las que puede abordarse esta materia —un buen ejemplo sería la interacción del Reglamento con el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y otras normas, o la dinámica del mercado de compraventa de buques de segunda mano para su reciclado con la participación de los denominados *cash buyers*— y otras cuestiones importantes —algunas muy polémicas, como el reciclado a través de la técnica de varado o *beaching*, utilizada en algunos países del sur del continente asiático—, cuyo análisis excede del alcance aquí pretendido.

2. El Reglamento (UE) 1257/2013 relativo al reciclado de buques

2.1. Objeto y finalidad

Los objetivos perseguidos por el Reglamento 1257/2013 pueden resumirse en (i) incrementar la seguridad y la protección de la salud humana y del medio marino en las actividades de reciclado de buques; y (ii) facilitar la ratificación del Convenio de Hong Kong —lo que en realidad está muy vinculado al primer objetivo—.

Para ello, el Reglamento pone el foco en el buque —como activo en el que están presentes materiales peligrosos que deben ser tratados y gestionados de una manera racional y segura— y en las instalaciones de reciclado —como destino de muchos de esos materiales al final de la vida útil del buque—, en las que deben utilizarse métodos de reciclaje seguros y respetuosos con el medio ambiente.

Se trata, por tanto, de un instrumento pensado y diseñado específicamente para la actividad de reciclado de buques. Busca “*garantizar una solución eficiente y eficaz al problema de las prácticas de reciclado inadecuadas e inseguras*” ante la ausencia de una respuesta adecuada en otras normas de derecho internacional o de la Unión existentes.

2.2. Ámbito de aplicación

El Reglamento se aplica a todo buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro y que no esté incluido en alguna de las exclusiones que se expondrán más adelante. La definición de buque ofrecida por el Reglamento destaca por su amplitud: *"toda nave, del tipo que sea, que opere o haya operado en el medio marino, incluidos los sumergibles, los artefactos flotantes, las plataformas flotantes, las plataformas autoelevables, las unidades flotantes de almacenamiento (UFA) y las unidades flotantes de producción, almacenamiento y descarga (FPAD), así como todo buque despojado de su equipo y remolcado"*.

Por tanto, con carácter general, la flota naval europea que *"opere o haya operado en el medio marino"* queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Pero hay algunas exclusiones importantes. El Reglamento, reproduciendo lo previsto en el artículo 3 del Convenio de Hong Kong, y en línea con otros instrumentos de derecho marítimo internacional, incluye excepciones aplicativas atendiendo a la tipología o naturaleza del buque, su propiedad, destino o dimensión. En este sentido, el artículo 2.2 del Reglamento establece que sus disposiciones no serán de aplicación a (i) los buques de guerra, ni a los buques auxiliares de la armada, ni a los buques que, siendo propiedad de un Estado o estando explotados por este, estén dedicados exclusivamente en el momento considerado a servicios públicos de carácter no comercial; (ii) los buques de arqueo bruto inferior a 500 toneladas; y (iii) los buques que durante toda su vida útil operen solo en aguas sujetas a la soberanía o jurisdicción del Estado miembro cuyo pabellón enarbole el buque.

Además, el Reglamento dedica su artículo 12 a establecer una serie de disposiciones que resultan de aplicación exclusiva a buques con pabellón de terceros países que arriben a puertos o fondeaderos de un Estado miembro.

2.3. Entrada en vigor y aplicación

El Reglamento entró en vigor en diciembre de 2013. En cuanto a su aplicación, se estableció un sistema escalonado, con una fecha de aplicación con carácter general (art. 32.1) y otras fechas de aplicación específicas para determinadas disposiciones (art. 32.2). A partir del próximo 31 de diciembre de 2020 todas las disposiciones del Reglamento resultarán plenamente aplicables, con lo que culminará en dicha fecha el referido proceso de aplicación escalonada.

3. Medidas de control sobre materiales peligrosos presentes en el buque

Como se ha apuntado, la justificación del Reglamento viene determinada por el riesgo al que se exponen la salud humana y el medio marino en las actividades de reciclado de buques. La presencia de materiales peligrosos a bordo de un buque constituye una amenaza contra dichos intereses, cuestión que el Reglamento trata de atajar a través de una serie de medidas de control respecto de tales materiales.

3.1. Control de materiales peligrosos

El Reglamento establece en su anexo I una lista de materiales que se califican como peligrosos, y prohíbe o limita su instalación y uso en función de su mayor o menor nocividad y sin perjuicio de lo previsto en cualquier otra normativa aplicable. Así, el artículo 4 dispone que *“se prohibirá o limitará, con arreglo a lo especificado en el anexo I, la instalación y el uso a bordo de buques de los materiales peligrosos contemplados en el anexo I, sin perjuicio de otros requisitos establecidos en el Derecho pertinente de la Unión que puedan exigir otras medidas”*.

El anexo I del Reglamento reproduce, con alguna variante, el apéndice 1 del Convenio de Hong Kong. La lista, además de concretar los materiales peligrosos, incluye una definición de cada uno de ellos a los efectos del Reglamento, así como la concreta medida de control aplicable (*i. e.*, prohibición de instalación o limitación de uso).

3.2. Inventario de materiales peligrosos (IHM)

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento establece la obligación de llevar a bordo del buque un inventario que identifique los materiales peligrosos. La lista de este tipo de materiales que debe hacerse constar en el inventario se recoge en el anexo II del Reglamento.

El inventario de materiales peligrosos de un buque que vaya a ser reciclado deberá constar de tres partes:

- Parte I: una lista de los materiales peligrosos contemplados en los anexos I y II y presentes en la estructura o en los equipos del buque, con la indicación de su ubicación y cantidades aproximadas. La parte I del inventario debe mantenerse y actualizarse durante la vida útil de todo *“buque nuevo”* y, a partir del 31 de diciembre de 2020 y en la medida en que sea factible, se aplicará a todo *“buque existente”* —tal y como estos términos se definen en el artículo 2 del Reglamento—.
- Parte II: una lista de los residuos generados por las operaciones, que estén presentes a bordo del buque. A los efectos del Reglamento, por residuos generados por las operaciones se entienden las aguas residuales y los residuos generados por las operaciones normales de los buques sujetos a los requisitos del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL).
- Parte III: una lista de las provisiones que se encuentren a bordo del buque.

Además, el inventario de materiales peligrosos deberá (i) ser específico para cada buque; (ii) acreditar que el buque cumple las prohibiciones de instalación o restricciones de uso conforme a lo previsto en el artículo 4 del Reglamento; (iii) elaborarse teniendo en cuenta las directrices pertinentes de la Organización Marítima Internacional —adoptadas por su Comité de Protección del Medio Marino o “MEPC”, por sus siglas en inglés—; y (iv) verificarse por la administración competente del Estado miembro cuyo pabellón enarbole el buque en cuestión, o por una organización reconocida por esta de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo (arts. 5.3 y 5.7 del Reglamento).

Los armadores y propietarios de buques deben tener presente la importancia de elaborar un inventario que refleje fielmente la realidad, toda vez que la instalación de reciclado puede negarse a aceptar un buque cuyo inventario no esté mantenido y actualizado adecuadamente (art. 6.5 del Reglamento).

4. Supervisión por las autoridades competentes

junto con las medidas de control sobre materiales peligrosos y la obligación de elaborar un inventario que los identifique, el Reglamento establece una serie de reglas de supervisión del cumplimiento de dichas medidas y otras disposiciones por las autoridades competentes. La competencia para llevar a cabo estas funciones de supervisión se atribuye a los Estados miembros desde una doble perspectiva: por un lado, un sistema de reconocimiento de buques y expedición de certificados por la administración —u organización autorizada por esta— del Estado de pabellón y, por otro, una serie de disposiciones relativas a la inspección por el Estado rector del puerto.

4.1. Sistema de reconocimiento y certificación

El Reglamento establece en su artículo 8 un sistema de reconocimiento de buques que persigue verificar (i) que la parte I del inventario de materiales peligrosos cumple con las disposiciones del Reglamento durante la vida útil del buque; y (ii), antes de que el buque sea retirado del servicio y de que haya comenzado su reciclado, que el inventario de materiales peligrosos, el plan de reciclado y la instalación de reciclado —a los que se hará referencia más adelante— cumplen con lo previsto en el Reglamento.

A tal fin, los buques deberán ser objeto de los siguientes reconocimientos:

- i. Reconocimiento inicial: el objetivo de este reconocimiento es verificar si la parte I del inventario de materiales peligrosos cumple los requisitos del Reglamento. Este reconocimiento debe realizarse sobre todo “buque nuevo” antes de que entre en servicio o se expida su certificado de inventario. En cuanto a los “buques existentes”, el reconocimiento inicial deberá realizarse no más tarde del 31 de diciembre de 2020. Así, a partir del 1 de enero de 2021, todos los buques a los que resulte de aplicación el Reglamento —excepción hecha de los buques de terceros países a los que únicamente se les aplica el artículo 12— deberán haber pasado el reconocimiento inicial.
- ii. Reconocimiento de renovación: este reconocimiento tiene la misma finalidad que el inicial, y se llevará a cabo a intervalos fijados por la administración que no podrán exceder de cinco años. De esta forma, una vez que un buque —*rectius*, la parte I de su inventario de materiales peligrosos— ha sido objeto de reconocimiento inicial, se le aplicarán reconocimientos de renovación sucesivos para comprobar el cumplimiento continuado del Reglamento sobre este punto.
- iii. Reconocimiento adicional: después de una modificación, una sustitución o una reparación importante de la estructura del buque, su equipo, sistemas, accesorios, medios o materia-

les que tengan repercusiones en el inventario de materiales peligrosos, el propietario del buque puede solicitar la práctica de un reconocimiento adicional.

- iv. Reconocimiento final: este reconocimiento se llevará a cabo antes de que el buque sea retirado del servicio y de que haya comenzado su reciclado, y sirve para comprobar (a) que el inventario de materiales peligrosos cumple los requisitos del artículo 5; (b) que el plan de reciclado del buque recoge adecuadamente la información contenida en el inventario de materiales peligrosos y cumple los requisitos del artículo 7; y (c) que la instalación de reciclado en la que vaya a reciclarse el buque figura en la "*lista europea*".

El proceso de reconocimiento culmina con la expedición del correspondiente certificado por la administración u organización autorizada (arts. 9 y 10 del Reglamento). Así, tras la conclusión satisfactoria de un reconocimiento inicial o de renovación, el Reglamento prevé la expedición —o refrendo, en caso de un reconocimiento adicional— del denominado "*certificado de inventario*", cuyo periodo de validez vendrá determinado por la administración, sin que pueda exceder de cinco años. En cuanto al reconocimiento final, siempre y cuando hubiera sido completado con éxito, se expedirá un "*certificado de buque listo para el reciclado*", por una validez que no excederá de tres meses, si bien podrá prorrogarse para un solo viaje directo a la instalación de reciclado. El formato de ambos certificados fue establecido por la Comisión mediante las Decisiones de ejecución 2016/2321 y 2016/2325 de 19 de diciembre de 2016, en línea con los apéndices 3 y 4 del Convenio de Hong Kong.

4.2. Control por el Estado rector del puerto

Como es sabido, la nacionalidad de un buque viene determinada por su matriculación en la jurisdicción correspondiente. Así, por ejemplo, los buques debidamente matriculados y abanderados en España tendrán la nacionalidad española (art. 10.2 del Código Civil, art. 90 de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima, art. 252.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y art. 91 de la Convención de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982, sobre Derecho del mar), siendo la nacionalidad el elemento de conexión para determinar la sumisión del buque a nuestro ordenamiento jurídico y al control por la administración española. De ahí que el sistema de reconocimiento y certificación previsto en el Reglamento corresponda a la administración del Estado del pabellón del buque o, en su caso, a la organización autorizada por esta. Pero el buque es un bien mueble por naturaleza; su inherente movilidad y la propia realidad del comercio marítimo internacional le llevarán en no pocas ocasiones a las aguas de otras jurisdicciones en las que el control por su Estado de bandera difícilmente podrá ser ejercitado, al menos de manera directa.

Por ello el Reglamento, como muchos otros instrumentos de derecho marítimo internacional, incorpora al Estado rector del puerto en la persecución de sus objetivos, al establecer en su artículo 11 que los Estados miembros aplicarán disposiciones de control para los buques de conformidad con su derecho nacional sobre el Estado rector del puerto. Dicho control cristaliza en la potestad que se atribuye a los Estados para la realización de una inspección destinada a comprobar que a bordo del buque haya un certificado de inventario o un certificado de buque listo para el reciclado,

según sea el caso. La no presentación del certificado puede llevar aparejada importantes consecuencias, como la detención del buque o su expulsión del puerto del Estado en cuestión.

Además, si el buque no lleva a bordo el correspondiente certificado o, aun llevándolo, existieran razones para creer que el estado o los equipos del buque no se corresponden en lo esencial con los datos del certificado o con la parte I del inventario de materiales peligrosos, o bien no se ha aplicado ningún procedimiento a bordo del buque para el mantenimiento de la parte I de dicho inventario, el Estado rector del puerto estaría facultado para realizar una inspección más detallada.

5. Preparación del reciclado del buque

el Reglamento contiene una serie de disposiciones que deben observarse con carácter previo al inicio de las actividades de reciclado. Se trata, de nuevo, de medidas destinadas a garantizar, *ex ante*, un reciclado seguro para las personas y respetuoso con el medio ambiente.

5.1. Obligaciones de los propietarios de los buques

Una vez que el propietario de un buque ha decidido que este debe ser retirado del servicio y reciclado, deberá cumplir con las siguientes obligaciones que el Reglamento le impone en su artículo 6:

- i. Obligaciones de información: (i) proporcionar a la instalación de reciclado toda la información necesaria para que pueda elaborarse el plan de reciclado del buque, así como una copia del certificado de buque listo para reciclado; y (ii) notificar a la administración competente su intención de reciclar el buque. A dicha notificación deberá acompañarse toda la información referida en el apartado (i) anterior, así como el inventario de materiales peligrosos.
- ii. Obtener el correspondiente certificado de buque listo para el reciclado.
- iii. Reducir al mínimo la cantidad de residuos de la carga, el fuelóleo remanente y otros residuos que permanezcan a bordo.
- iv. Reciclar el buque en una instalación de reciclado que figure en la lista europea.

Además, si se trata de un buque tanque —esto es, un petrolero o un buque para el transporte de sustancias nocivas líquidas, tal y como se definen en los anexos I y II del Convenio MARPOL—, el propietario deberá garantizar su llegada a la instalación de reciclado con los tanques de carga y las cámaras de bombas en un estado listo para la obtención del correspondiente certificado de espacio seguro para trabajos en caliente.

5.2. El plan de reciclado

El Reglamento contempla dos tipos de planes de reciclado de cuya elaboración son responsables las instalaciones de reciclado: uno general y otro específico para cada buque.

En el primero de ellos, que el Reglamento denomina “*plan de la instalación de reciclado de buques*”, se describen los procesos y procedimientos de la instalación, las medidas de seguridad y formación de trabajadores, la protección de la salud humana y del medio ambiente, las funciones y responsabilidades del personal, los planes de emergencia y la capacidad de respuesta, sistemas de supervisión, información y registro.

Junto con el plan general, la instalación debe elaborar uno específico para cada buque cuyo reciclado le haya sido encomendado, en el que se abordarán determinadas cuestiones no incluidas en el plan de la instalación. Así, el artículo 7 del Reglamento establece que, antes del reciclado de un buque, el responsable de la instalación de reciclado debe desarrollar dicho plan específico de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio de Hong Kong y las directrices de la Organización Marítima Internacional, y teniendo en cuenta la información que le haya sido facilitada por el propietario del buque. Además, este plan deberá aclarar, entre otras cuestiones, si —y en qué medida— se van a llevar a cabo trabajos en un lugar distinto a la instalación de reciclado, incluir el lugar donde se ubicará el buque durante el proceso, un plan conciso para su llegada, e información sobre el tipo y cantidad de materiales y residuos peligrosos que se prevé generar en las actividades de reciclado.

6. Instalaciones de reciclado de buques

una de las novedades más relevantes del Reglamento fue la creación de una lista europea de instalaciones de reciclado y la consiguiente obligación de reciclar los buques sometidos a su ámbito de aplicación en alguna de las instalaciones de la lista.

El Reglamento contempla una serie de requisitos que, con carácter general, deben cumplirse para que las instalaciones de reciclado sean incluidas en la lista europea (art. 13), además del concreto procedimiento a seguir por las instalaciones localizadas en Estados miembros (art. 14) y en terceros países (art. 15) para su inclusión. Se pretende que al final de su vida útil, los buques se dirijan a instalaciones de reciclado en las que se cumplan los estándares de seguridad y respeto medioambiental perseguidos por el Reglamento, en lugar de hacia otras instalaciones cuyos métodos de trabajo contravienen dichos estándares. La creación de la lista europea busca contribuir a la consecución de dicho objetivo —aunque ha sido objeto de crítica por motivos que no corresponde tratar aquí—. Mediante el sistema de aprobación de instalaciones se pretende que solo aquellas que cumplan con los requisitos de protección del medio ambiente, la salud y seguridad de los trabajadores y la gestión racional de los residuos del buque sean elegibles para llevar a cabo actividades de reciclado. Si la instalación está situada en un tercer país, los requisitos deben alcanzar un nivel equivalente al exigido para las instalaciones de la Unión, lo que deberá ser certificado por un verificador independiente y podrá ser revisado por la Comisión, mediante inspecciones *in situ*, antes y después de su inclusión en la lista europea.

Los Estados miembros deben elaborar y actualizar una lista de las instalaciones de reciclado que hayan autorizado, y deberán comunicarla a la Comisión para su inclusión en la lista europea. Por su parte, los responsables de las instalaciones localizadas en terceros países que quieran ser incluidas en la lista europea deberán presentar la correspondiente solicitud a la Comisión.

Unión Europea

PRE-CLOSING COMPETITION LAW ISSUES: HOW TO OVERCOME THE GUN JUMPING MANIA AND OTHER COMPETITION LAW RISKS

Tânia Luísa Faria & Margot Lopes Martins

*Advogadas do Departamento de Mercantil da Uría Menéndez
Proença de Carvalho (Lisboa)*

Pre-Closing Competition Law Issues: How To Overcome The Gun Jumping Mania and Other Competition Law Risks

The pre-closing phase in a concentration between independent undertakings is a critical and risky phase in terms of competition law, not only because it can trigger the relevant merger control thresholds, in one or several jurisdictions, but also because it can provide the parties, in certain circumstances, with a privileged platform for coordination during a period in which the implementation of the concentration is still uncertain. Within this context, it is of the utmost importance for the parties to adequately consider the risks associated with the pre-closing scenario, especially in view of the increasingly relevant decision practice and case law, at the EU and national level, which resulted in very significant fines and have highlighted the existence of unclear scenarios, which must be carefully assessed.

KEY WORDS:

CONCENTRATION OF UNDERTAKINGS; MERGER CONTROL; MERGER REGULATION, PORTUGUESE COMPETITION ACT; PRE-CLOSING PERIOD; GUN JUMPING; MANDATORY NOTIFICATION; STANDSTILL OBLIGATION; RESTRICTIVE PRACTICES; COMPETITION LAW RISKS; M&A BEST PRACTICES.

Pré-closing em Sede de Operações de Concentração: Como Ultrapassar a Gun Jumping Mania e Outros Riscos de Direito da Concorrência

A fase anterior ao closing numa concentração entre empresas independentes é uma fase crítica e com riscos acrescidos em termos de direito da concorrência, não só porque a existência de uma concentração pode desencadear o preenchimento de limiares de controlo de concentrações, numa ou mais jurisdições, mas também porque pode proporcionar às partes, em determinadas circunstâncias, uma plataforma privilegiada de coordenação, durante um período em que a realização da concentração é ainda incerta. Neste contexto, é da maior importância que as partes considerem adequadamente os riscos associados ao cenário anterior ao encerramento, especialmente tendo em conta a prática decisória e a jurisprudência cada vez mais relevante a nível da UE e a nível nacional, que resultam em coimas muito significativas e aumentaram a existência de cenários pouco claros, que devem ser cuidadosamente avaliados.

PALAVRAS CHAVE:

CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS; CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES; REGULAMENTO DE CONCENTRAÇÕES; LEI DA CONCORRÊNCIA; PERÍODO ANTES DA IMPLEMENTAÇÃO (PERÍODO PRÉ-CLOSING); GUN JUMPING; NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA; OBRIGAÇÃO DE SUSPENSÃO; PRÁTICAS RESTRITIVAS; RISCOS JUS-CONCORRENCIAIS; BOAS PRÁTICAS EM SEDE DE FUSÕES E AQUISIÇÕES.

FECHA DE RECEPCIÓN: 10-5-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-5-2020

Faria, Tânia Luísa; Lopes Martins, Margot (2020). Pre-Closing Competition Law Issues: How To Overcome The Gun Jumping Mania and Other Competition Law Risks. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 186-203 (ISSN: 1578-956X).

1. Introduction

In June 2009, the European Commission (“**EC**”) imposed a €20 million fine on Electrabel¹ for allegedly implementing a deal without the EC’s necessary clearance under the European Union (“**EU**”) merger control framework, a surprising decision as, at the time, the highest fine imposed by the EC for gun jumping was €174,000². But the gun jumping mania was only picking up speed. In 2014, a fine of €20 million was imposed on Marine Harvest for a very similar violation³, in April 2018, the EC fined telecom company, Altice, €124.5 million, for an alleged gun jumping infringement⁴, and in June 2019, it fined Canon €28 million for allegedly using a “warehousing” two-step transaction structure when acquiring Toshiba Medical Systems Corporation (“**TMSC**”)⁵.

National authorities are also into the gun jumping mania. In November 2016, the French competition authority fined Altice €80 million for the alleged premature implementation of its acquisition of SFR and Virgin Mobile⁶. In 2018, the German Bundeskartellamt imposed a €4.5 million fine on Mars for partially implementing a transaction⁷. On September 2019, the UK Competition and Markets Authority (“**CMA**”) imposed a record fine of £250,000 on PayPal in the context of its acquisition of iZettle⁸. Also, gun jumping issues are becoming a priority for more recently incorporated competition enforcers. For instance, in a rather complex case, Engie, Gazprom, OMV, Shell, Uniper and Wintershall are currently under investigation in Poland for conducts related to the setting up of the Nord Stream Project that may include the non-notification of financing agreements potentially amounting to a concentration, allegedly aiming to circumvent the obstacles raised by the Polish competition authority to the creation of a joint venture, facing a potential record fine⁹.

This authority has already imposed an unusually heavy fine of almost €40 million on Engie due to a lack of cooperation within this investigation¹⁰.

In the Iberian Peninsula, the same trend is also picking up speed. In October 2012, the Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") imposed a €286,000 fine on Verifone, the highest fine to date, followed by a number of cases in which it imposed fines between €20,000 and €106,005, to the relevant undertakings, for implementing the transaction before the clearance decision¹¹. In Portugal, the Portuguese Competition Authority ("**PCA**") has also increased its focus on parties found to have implemented notifiable transactions prior to clearance, and the latest fine imposed, in terms of percentage of the turnover of the parties in alleged breach, was 5 times higher than the previous ones¹², amounting to €155,000¹³. More recently, the PCA has once again demonstrated its growing attention on such practice, having in September 2020 issued a new statement of objections for failure to notify a merger related to the acquisition of a real estate investment fund, a concentration that was, furthermore, found to raise competition concerns and had to be abandoned by the parties¹⁴.

Outside the EU the gun jumping mania is also spreading. Indeed, in 2016, Cisco Systems and Technicolor have been fined with a fine of €6.7 million by the Brazilian Administrative Council for Economic Defence ("**CADE**") for implementing their merger before the CADE's clearance. At the time, this fine was already ten times higher than the former record fine imposed by the CADE in the case Goiás Verde/Brasfrigo. However, in December 2019, the CADE imposed a new record fine of €12.4 million to IBM and Red Hat for gun jumping.

The European Court of Justice ("**ECJ**"), very recently, in March 2020, confirmed the General Court's decision that upheld the EC's decision, in the Marine Harvest case, confirming the imposition of a double fine for violation of the notification obligation (€10 million) and violation of the stand-still obligation (€10 million). Thus, not following the opinion of the Advocate General, Evgeny Tanchev, which is not frequent and demonstrates the complexity of this issue, the ECJ clarified that completing a merger prior to notification and completing a merger prior to the authority's clearance are two distinct infringements, which may justify the imposition of two separate fines¹⁵.

Notwithstanding other pending appeals on the EC decisions to date, the ECJ has also recently been confronted with gun jumping issues, within the context of a preliminary ruling, requested by a Danish national court, regarding the intended concentration between auditing firms KPMG Denmark ("**KPMG DK**") and Ernst & Young ("**EY**"), in order to ascertain which "preparatory acts" could amount to gun jumping¹⁶.

In fact, apart from clear-cut cases, where undertakings "forget" to check relevant notification thresholds, avoiding gun jumping is, usually, rather complex, considering the interpretative difficulties pertaining to the relevant merger control frameworks, including in jurisdictions in which market share thresholds exist, as in Spain and Portugal, but, especially, in view of the increasing complexity of M&A structures.

Furthermore, gun jumping is not a legally defined concept, but rather a set of illicit practices that occur around concentrations that trigger merger control thresholds. In addition, the issuance of a clearance decision, when required, seems not to be sufficient to overcome antitrust issues before

closing, and pre-closing antitrust issues are not excluded in cases in which a merger control filing is not mandatory.

Therefore, the purpose of this article is to provide a comprehensive analysis of the different types of practices, which may constitute a breach of competition rules within the context of a concentration between independent undertakings, as well as to provide guidance on best practices to avoid competition law risks. To this end, decision practice and case law are an essential guide, even though some aspects of these cases are puzzling, as we will further explain.

2. Concentrations between undertakings subject to mandatory merger control filing: gun jumping risk

We will start by addressing the scenario of a concentration subject to mandatory merger control filing before the EC or, in alternative, in view of the one stop principle, before the National Competition Authorities (“**NCA**s”) of one or more Member States, including Portugal.

First of all, we should determine which transactions could, in general, generate a gun jumping risk, in order to allow us to assess the specific situations in which a concrete competition risk exists. This was, as we will further explain below, one of the main aspects of the decision practice of the EC and of the case law of the ECJ.

We will, in the next sections, address the main issues related to the merger control framework with impact in terms of gun jumping risk.

2.1. What is a concentration under competition law?

From a competition standpoint, the concept of concentration encompasses transactions which constitute a lasting change in the control structure of the undertaking at stake and, as a consequence, possibly, in the structure of the relevant market¹⁷. Therefore, the concentration is deemed to occur whenever there is a durable change of control over certain assets with a market presence that could constitute an undertaking for competition purposes¹⁸.

A situation of change of control could arise from rights, contracts or other means which, based on considerations of fact or law, confer the possibility of exercising a decisive and lasting influence over an undertaking¹⁹. Therefore, control over an undertaking is defined as the actual possibility of exercising decisive influence by the acquirer over the target company, *“that is to say, the power to block actions which determine the strategic commercial behaviour of an undertaking”*²⁰. The same approach is undertaken by the EU Merger Regulation and EU Member States rules, in particular by Law 19/2013, of 8 May (the **“Portuguese Competition Act”**).

Many issues arise from this rather open definition, first of all, what are the assets that can constitute an undertaking? What are the means by which control can be acquired? What type of acquisition of control is relevant for merger control purposes and what is “lasting basis” supposed to mean?

Indeed, the concept of concentration can cover not only transactions regarding an entire undertaking, or the acquisition of tangible assets, but also the acquisition of intangible assets, such as trademarks, patents and other intellectual property rights, provided that these assets constitute an activity resulting in a market presence, to which a turnover can be attributed. In other words, the target assets must, by themselves, allow the development of an economic activity, in order to constitute an undertaking for merger control purposes, and the configuration and scope of the assets must be assessed in a case-by-case basis.

Within this context, we recall, for instance, that the PCA stated, in the concentration *Modelo Continente/Macmoda/Tribo*, that, in case of a clothing business, the mere transfer of the stores, equipment and workers, without stocks, sales policy, marketing, brands and clientele of the sellers does not amount to an undertaking for merger control purposes. In this case, the PCA decided that the target assets alone did not allow the development of an independent economic activity, and, therefore, no concentration existed²¹.

Furthermore, a change of control over an undertaking can occur *de jure* or *de facto*, meaning that the control may be expressly granted by a legal right, included, for instance, in the by-laws or shareholders' agreement (*de jure*) or through a set of factual circumstances (*de facto*).

Consequently, a company may acquire control over another undertaking, not only by acquiring the majority of its voting shares, for instance, by means of a Share Purchase Agreement or further to and insolvency procedure, but also through a minority share granting the ability to influence the target's strategic decisions. To this end, the minority shareholder may exercise a decisive influence through veto rights in key strategic matters, such as budget's approvals, business plans and appointment of board members. Besides, situations of acquisition of *de facto* sole control can take place, irrespective of the absence of *de jure* mechanisms. For instance when a shareholder is highly likely to achieve a majority at the shareholders' meetings, given the level of its shareholding and the evidence resulting from the presence of shareholders in the shareholders' meetings in previous years, or in case of a situation of economic dependence, when very important long-term supply agreements or credits provided by suppliers or customers, coupled with structural links, confer decisive influence.

Also, control can be exercised by one undertaking, sole control, or by two or more undertakings or entities. In this case, this will correspond to a joint control scenario²². It should be noted that the nature of control, as well as the number of undertakings exercising control, is relevant to determine the existence of a change of control situation, relevant for merger control purposes (and, subsequently, for the assessment of the merger control thresholds). For instance, a change in the nature of control, from sole control to joint control or vice versa is relevant for these purposes, as well as the replacement of a controlling shareholding for another controlling undertaking.

Finally, the proposed definition of a concentration provides for another component, related to duration. The concept of concentration, under competition law, requires a lasting change in the structure of the target that would have, consequently, an impact in the market²³.

This means that a transaction that leads to a temporary change of control is *ab initio* excluded from the concept of concentration. This is the case of the acquisition of control for a transitional period,

for the purposes of, for example, preparing a resale, or in case of a parking structure²⁴. Structures where the target is parked on a temporary basis through an interim buyer are commonly used for several purposes. For example, for a potential acquirer to be able to efficiently compete against other bidders, avoiding competition concerns on the short run or for sellers that look for a quick cash inflow, without having to wait for merger clearance.

However, if this transitional transaction is preparatory of a final pre-establish transaction that will lead to a lasting change of control, then these transactions would, most likely, be treated as a single operation and enter the concept of concentration and the initial transaction would amount to the “first step” in terms of clearly established change of control.

This issue was raised, in a recent gun jumping case, in which the parties seem to have relied on the concept of temporary change of control not relevant for merger control purposes. In fact, in the Canon/Toshiba case, the EC stated that multi-step acquisition structures through an intermediate purchaser may constitute a single concentration, even if the ultimate purchaser does not acquire control over the target before the last phase²⁵.

Canon acquired TMSC through a two-step transaction structure, using an intermediate buyer, an investment vehicle specially created for the purpose of the transaction. The two-step structure was motivated by Toshiba’s financial difficulties, which apparently needed a substantial cash inflow before the end of the financial year, meaning it could not wait for the standstill period to end. Within this context, this structure did not contemplate a merger control filing before the acquisition of TMSC from the intermediate buyer.

In fact, as a first step, under this structure, the intermediate buyer acquired 95% of TMSC’s share capital for €800 and Canon acquired the remaining 5% and an option on the intermediate buyer’s shareholding for a value of €5.28 billion. Later, in August 2016, Canon notified the EC of its intention to acquire TMSC and the transaction was authorised, without remedies, in September 2016, and, after the merger was approved by the EC, Canon exercised its call option, by acquiring 100% of TMSC’s shares.

In parallel, the EC opened an investigation for alleged gun jumping, and concluded – based on the financial conditions of the deal and the fact that, since the completion of the first phase, Canon assumed most of the economic risks – that the two phases of the structure of the operation constituted a single notifiable concentration, as the amounts initially paid seemed to reveal, and Canon was, consequently, fined €28 million.

The Cannon/Toshiba case, decided last year, called the attention for the need to review, in detail, M&A structures, in order to ensure that schemes designed to safeguard commercial or tax issues, do not raise serious competition issues.

The investigation of the Polish Competition Authority, referred above, highlights even further that, under competition law, a concentration may take many forms and are not limited to the “classic” types of mergers, acquisitions and joint ventures.

As referred the Polish Competition Authority is currently investigating six energy companies, including Gazprom, Engie and Shell for failing to notify a finance agreement related to the construction of the Nord Stream 2 gas pipeline. Initially the six companies notified to the authority a joint venture for the construction of the Nord Stream 2 project. However, as the authority raised concerns, the undertakings decided to withdraw their notification and later on signed a mere investment financing agreement aiming to finance the project. Nevertheless, the competition authority decided to open an investigation for gun jumping, considering that the conclusion of this agreement to finance the construction of the Nord Stream 2 gas pipeline serves the same purpose of the joint venture and probably results in a change of control over the relevant assets.

In any case, to determine the existence of a concentration, for merger control purposes, is only the first step. Once it is determined that the transaction is a concentration under competition law, it must be assessed whether the concentration is subject to a mandatory merger control filing or not, a task faced with its own complexities.

2.2. When is a concentration subject to mandatory merger control filing?

A second group of doubts is raised in what concerns the interpretation of the merger control provisions that set forth the relevant filing thresholds at national and EU level.

These thresholds are normally based on the parties' turnover, since it is considered an adequate proxy in order to allow the prior assessment of potential limitations of competition in certain markets. To this end, by granting a mandatory nature to the merger control filing, the EU and national legislators aim to be able to deter concentrations with a negative impact on competition.

As referred, when a concentration triggers the EU Merger Regulation, it should not be assessed elsewhere within the EU, as the EC is exclusively competent to assess it within this jurisdiction, notwithstanding the referral mechanisms that could, in certain circumstances, attribute competence to Member States. The thresholds set forth in the EU Merger Regulation are based on the worldwide, EU and Member State turnover of the parties to the concentration²⁶.

Within this context, there is debate on what concerns the scope of the parties' activities relevant for the calculation of the turnover for merger control purposes²⁷, the scope of the economic group of the acquirer, especially when equity funds are involved²⁸, as well as to the jurisdiction to which the turnover is attributable²⁹.

In addition, in certain jurisdictions, the complexity of the assessment of the relevant thresholds is increased, when the relevant merger control framework sets forth, further to the turnover thresholds, alternative market share thresholds.

This is the case, in Portugal, where concentrations are subject to prior notification to the PCA when, alternatively, they fulfil turnover or market shares thresholds³⁰. With different threshold levels, a similar approach is undertaken in Spain.³¹

Consequently, the Portuguese and Spanish legal frameworks present a significant difference in comparison with the European and other Member States systems. Indeed, most jurisdictions have opted for thresholds based exclusively on turnover, whereas Portugal and Spain have also introduced, alternatively, the market share criterion within an *ex ante* mandatory merger control system, that, according to the authorities decision practice contemplates mere transfers of market shares (*i.e.*, do not require overlap).

In fact, in the EU, some Member States also have market share requirements, although in different terms. This is the case in the UK, where the voluntary notification system also includes a market share thresholds³². In Latvia, for example, the market share threshold to notify was removed in 2016 and instead in cases where the combined market shares of the parties exceed 40% the competition authority may require the parties to notify³³. In Slovenia, as far as we are aware, the market share is not exactly a threshold for formal notification, but if a combined market share above 60% is generated, the parties must inform the competition authority and may be requested to notify³⁴. This means that the market share requirements are unlikely to lead to gun jumping infringements in the EU in other countries than Portugal and Spain (even though in jurisdictions outside the EU market shares should also be carefully assessed, for instance in Cape Vert, which competition law is clearly inspired by the Portuguese Competition Act).

The market share thresholds are controversial, in the sense that they generally require the prior definition of relevant product and geographic markets, which is particularly difficult in technical markets and in markets in which no decision practice exists. Furthermore, in many cases, commercial approaches do not match the criteria for the relevant market definition and there is no public market share information for the majority of economic activity.

Also, markets are not static and their definition is neither literal nor linear, what entails a significant margin of error. Especially for new products (*e.g.* in technological and digital sectors), market definition is an all-the-more difficult exercise as the activities/products concerned are new, which excludes the existence of relevant precedents that may help to define the market or to orientate the parties.

Consequently, in addition to entailing increased costs for the parties and the competition authorities due to the need for external expertise, these aspects increase the risk of violation of the notification obligation, as if the relevant market is not correctly delimited, and the sources of market data are not clearly establish or do not exist, the market share calculation will also be wrongly computed.

In this scenario, and even though the market share thresholds could potentially be useful, particularly in digital markets in which killer acquisitions occur, the parties could be misled as to the determination of the obligation to notify the prospective transaction, what could lead to a gun jumping practice, where the parties unintentionally fail to notify and start implementing a notifiable concentration.

It happened in Portugal, in a case where the acquirer considered that the transaction was not notifiable, since according to public information available, that did not include turnover market shares, the parties' combined market share in volume, in the post-merger scenario was below the 50%

threshold (and the turnover threshold was not met). According to this assessment, the acquirer believed the transaction could be implemented without being notified. However, the PCA analysed the market according to different criteria, had access to turnover market shares, and concluded that the combined market shares of the parties had exceeded the market share threshold, therefore that the transaction had been carried out in breach of the notification and standstill obligation. The PCA applied to this case, surprisingly, the highest fine, to date, in terms of percentage of the turnover in a case of gun jumping, amounting to a €155,000 fine, in particular since it considered that the notifying party should have been more careful, as relevant decision practice existed on the relevant market at stake, in the health sector³⁵.

In fact, normally, cases of gun jumping in transactions that meet the market share criterion should be treated more leniently, with regard to the complexity of this threshold. This seems to have been the approach of the Spanish competition and markets commission, the CNMC, contrarily to what took place, as explained, in Portugal. For example, in the 2014 Essilor case, in which the CNMC sanctioned Essilor for gun jumping, but applied a reduced fine of €5,065, pointing out that the reason for the failure to notify was an error in the calculation of the market share³⁶.

In view of the above, in jurisdictions where a market share threshold exists, the assessment of the relevant merger control thresholds should be particularly careful and, in case of doubt, a prior consultation to the authorities could be advisable, in order to avoid complications that could, not only harm the implementation of the concentration, but also imply serious fines.

Furthermore, market share thresholds are unlikely to be on the way out, but probably could face some expansion in the near future. In fact, since many merger transactions in digital markets involve start-ups, which did not yet generate sufficient turnover to meet the thresholds, these transactions may escape a potentially necessary merger control. Therefore, it is currently under discussion, at the EU level, as well as in some Member States, whether it would make sense to introduce a threshold based on the value of the transaction or market share threshold specific for digital markets³⁷.

Consequently, the complexity surrounding the assessment of the merger control thresholds is expected to last, and probably to increase in the new future and, therefore, particular attention should also be paid to this aspect.

2.3. When does the implementation of a concentration take place?

Finally, the moment of the implementation is also subject to significant doubts and scrutiny.

Once the obligation to notify the relevant competition authorities is established, in view of the existence of a concentration between independent undertakings, and after the confirmation of triggering of the relevant merger control thresholds, there is an obligation not to implement the transaction before obtaining the authorisation of the notified authority, the so-called standstill obligation.

Such obligation applies in every cases where the transaction must be notified, except in cases where the notifying party demonstrates that a serious harm will arise from the referred suspension in cases in which no competition law concerns are expected³⁸. Under this very exceptional scenario, the relevant competition authority can grant a waiver from the standstill obligation³⁹.

The standstill obligation, in the vast majority of the cases subject to merger control provisions, applies to the period of time before closing, that can take from two months to more than a year. During this period, the parties cannot act as a single entity in anticipation of the transaction closing and, if applicable, must continue to act as actual or potential competitors.

The objective of this obligation is to prevent the implementation of a transaction that could have eventual irreversible negative effects on the market, while the investigation of the competent authority takes place, and the breach of the standstill obligation widely depends on the densification of the concept of "implementation" of the change of control, in particular in what concerns the moment in which implementation starts to take place.

It seems that implementation takes place when the acquiring undertaking has the mere possibility of exercising a decisive influence over the target, but this concept seems to have been subject to conflicting interpretations.

The Marine Harvest case and the Canon case, referred above, also addressed this issue, since the acquisition of an apparent minority shareholding was, in both cases, sufficient to amount to the implementation of the respective concentrations, considering the factual and legal circumstances of each case.

In what concerns the Marine Harvest case, in particular, in December 2012, Marine Harvest acquired a 48.5% stake in Morpol but notified it only eight months later, in August 2013. The EC considered that by acquiring 48.5% of the shares in Morpol, Marine Harvest had acquired de facto control of the target company since, given the significant dispersion of the remaining shares and the low attendance rate of the other shareholders to the General Shareholders Meeting, it now had a stable majority at these meetings. According to the EC, even if the voting rights of Marine Harvest in Morpol had not been exercised, it was at least possible that the competitive interaction between Marine Harvest and Morpol had been affected as a result of the acquisition. In March 2020, the ECJ confirmed the EC's decision, considering that a multiple-step acquisition, when there is a conditional link between the phases must be analysed as a single concentration.

The ECJ's ruling is in line with the latest decisions of the NCAs and EC (namely the Altice and Canon/Toshiba cases) and provides another warning of the increasing vigilance on gun jumping.

Furthermore, the EY/KPMG case law provided specific insights into the analysis of this obligation, in particular in what concerns limits that must not be crossed between the signing and closing phases of a merger transaction⁴⁰.

In the EY/KPMG case, the ECJ has ruled for the first time on a gun-jumping case, within a preliminary ruling, and concluded that no infringement of the standstill obligation existed, contrary to the

Danish competition authority initial assessment. Following the ECJ ruling, on 13 November 2018, the Danish Competition Council's decision was annulled.

In fact, prior to the prospective acquisition by EY, KPMG Denmark was a member of KPMG's International Network, through an integrated cooperation agreement under which the companies operated according to the same standards and presented themselves to clients as a joint network. However, KPMG's Denmark terminated this material contract prior to the formal authorisation of the concentration involving EY.

The ECJ concluded that the termination of the cooperation agreement between KPMG Denmark and KPMG's International Network does not fall within the scope of the prohibition of gun jumping provided by the standstill obligation. Indeed, according to the ECJ, this measure does not, as such, contribute to the change of control in the target company. The ECJ stated that the likely effects of the refereed termination on the market should not be taken into account, as long as the decision does not change the control structure over the target company before the concentration is authorised.

This decision offers guidance by, apparently, providing a broader freedom for the parties to take preparatory measures linked to the transaction, but unrelated to any change of control. Therefore, the ECJ clarifies that the prohibition of anticipated implementation corresponds to the prohibition of (i) formal anticipated acquisition of control and (ii) adoption of measures that contribute to the change of control.

However, attention should be paid to the fact that the Danish Competition Council understood that a mere preparatory measure, as the one described, could amount to gun jumping, an approach that, notwithstanding the ECJ understanding, could be undertaken, in different precautionary ways, by other national competition authorities.

In the Altice cases involving, on the one hand, PT Portugal⁴¹ and, on the other SFR⁴², both the EC and the French competition authority, respectively, clarified that the acquiring undertaking cannot overstate the right to lawfully monitor the target's obligation to keep ordinary course of business during the interim period prior to closing, since this could amount to a breach of the standstill obligation.

Given that the pre-closing period often takes several months, it is understandable for the acquirer to be interested in keeping an eye on the target's business, in order to safeguard the value of the acquired assets. However, there are limits, and the EC and the French authority have taken the opportunity to remind it.

Within this context, in both cases, according to the EC and to the French competition authority, the acquirer had allegedly interfered in commercial matters, as marketing and commercial campaigns, having also access to extensive commercial information, all of which were considered to allow this undertaking to exercise decisive influence over the target, before the closing. Thus, in line with what has been explained above, the exchange of sensitive information was considered within the alleged breach of the standstill obligation⁴³.

In short, it results from the above, that the acquirer must not interfere in the day-to-day business of the target, except in strictly exceptional circumstances for matters that are materially relevant to the protection of the value of its investment, and any “precipitation” to do so can be interpreted as anticipated implementation.

Finally, it is important to note that, the clearance decision from the competition authority does not preclude the standstill obligation. The obligation to remain independent apply until de real closing of the operation. Indeed, even if in theory, according to article 7(1) of the EU Merger Regulation, the parties must wait until the transaction has been declared compatible with the common market, meaning until the clearance decision. In practice, before the actual closing date, *i.e.* the implementation of the purchase and sale transaction, the parties are still independent, and the concentration can still not take place, and must, therefore, comply with competition rules.

2.4. Consequences of a Gun Jumping Infringement and Possible Restrictive Practices Investigations?

It is essential that companies strongly consider these limitations, as the financial stakes are, as previously referred, significantly high. The EC and NCAs have the power to impose fines of up to 10% of the total turnover of the undertakings concerned in the preceding financial year, when it is proved that the acquirer failed to notify and start implementing a notifiable transaction⁴⁴. As example of record fines applied in cases of anticipated implementation of a merger transaction, Altice was fined €124.5 million by the EC and €80 million by the French Authority; Canon was sanctioned with a €28 million fine; and Marine Harvest and Electrabel were both fined €20 million by the EC. In Portugal, as mentioned the record fine imposed for gun jumping amounted €155,000.

In the EC’s cases, it is clear that undertakings are sanctioned for failure to notify, as well as for breaching the standstill obligation. Indeed, as mentioned, the ECJ, in the Marine Harvest case, differently from the opinion of the Advocate General, confirmed the EC’s decision to impose a double fine, one sanctioning the failure to notify (€10 million) and one for the violation of the standstill obligation (€10 million). Thus, the ECJ clarified that completing a merger prior to notification and completing a merger prior to the authority’s clearance are two distinct infringements, which can lead to the imposition of two separate fines.

Additionally, under the Portuguese Competition Act members of the board of directors of the infringing undertakings, as well as any individuals responsible for the management or supervision could be sanctioned for gun jumping conducts, especially when directly involved in the unlawful decision not to file or to breach the standstill obligation. The fine imposed on individuals cannot exceed 10% of the individual’s annual income deriving from the exercise of their functions in the undertaking concerned.

Even though it has never occurred, to our knowledge, since the gun jumping infringement has absorbed all the other related breaches, we cannot totally exclude that, in addition to the gun jumping infringement, the access to confidential information, as well as the attempt to influence the target during pre-closing, even after the competition clearance, can amount to an infringement of

Article 9 of the Competition Act and of Article 101.⁹ of the TFUE, with the respective sanctioning consequences.

For example, in the EY/KPMG case, the ECJ outlined that, when an agreement or practice of the parties to the merger does not lead to an anticipated change of control (before the complete closing of the transaction), this agreement or practice may still fall under the scope of the prohibition of restrictive practices between competitors. This would mean that an undertaking may be simultaneously sanctioned for conducts that would constitute early implementation of the transaction – because it allows a change of control over the target before closing (gun jumping) – and for conducts that, during the pre-closing phase, do not constitute an early implementation but are restrictive of competition (prohibition of restricted practices). Both being subject to fines of up to 10% of the total turnover of the undertakings concerned.

In addition to the potential fines, competition authorities have the power to initiate an *ex officio* merger control procedure against non-notified concentration that took place less than five years before the infringement is detected. Under this procedure, the PCA, besides requiring the payment of a particularly increase filing fee, that, in Portugal, can amount to €50,000, can also, if significant competition concerns are to exist, determine the reversion of the concentration, with all the serious consequences it has for the seller and for the buyer.

Therefore, it is strongly advisable to have a competition lawyer at hand, since the beginning of the setting up of the acquisition, in order not to allow the design of M&A structures not compatible with the competition law framework.

Further to assessing if a concentration exists and if the concentration is notifiable, as well as to guaranteeing that a concentration is only implemented after the closing, and that no control steps are undertaken prior to the irreversible consummation of the acquisition of control, the competition law counsel will ensure that contractual confidentiality mechanisms are put in place in order to avoid unlawful information sharing.

In this sense, besides a multijurisdictional merger control assessment, and to the inclusion of adequate mechanisms in the SPA to accommodate the standstill obligation, in particular by setting forth a condition precedent on merger control clearance prior to the closing, it is necessary to put in place Non-Disclosure Agreements (“NDA”) to be signed by members of the clean teams involved in the negotiations, as well as balanced control mechanisms related to the interim period, as further developed in section 2, below.

3. Acquisitions of Control not Subject to Mandatory Merger Control Filing: other competition law risks

As referred above, the mandatory merger control rules, including the obligation to notify and standstill until clearance of the concentration, were established for transactions that are deemed capable, because of their dimension, to affect the internal market (EU dimension) or any market within a Member State. However, this does not mean that in cases of acquisitions of control,

which are not subject to mandatory merger control filing, the parties fall out the scope of general competition rules. In this case, the parties do not need to wait for a review and authorisation of the competition authorities, therefore their actions and behaviours are not susceptible to lead to an anticipate implementation of the transaction. Nevertheless, their actions and behaviours may breach general competition prohibitions, especially when the parties to the concentration operate in the same markets.

The ECJ clearly stated in the EY case above referred, that Regulation 1/2003, applicable to restrictive bilateral or unilateral practices, continues to apply to the actions of undertakings which, without constituting a concentration within the meaning of the EU Merger Regulation, are nevertheless capable of leading to coordination between undertakings in breach of Article 101 of the TFEU, and which, for that reason, are subject to the control of the EC or of the national competition authorities⁴⁵.

Consequently, within the scope of acquisitions of control not subject to notification under the EU Merger Regulation, the Competition Act or any other prior merger control frameworks, the coordination between parties before the closing, including sharing or exchanges of commercially sensitive information, is still prohibited under Article 101(1) of the TFEU, under Article 9 of the Portuguese Competition Act or under any other applicable similar provisions⁴⁶.

In view of Article 101 of the TFEU and Regulation 1/2003, as well as under Article 9 of the Portuguese Competition Act, a concentration between independent undertakings could present special challenges in cases of transactions involving actual or potential competitors at the same level of the supply chain (*i.e.* undertakings operating in the same market(s), horizontal) and undertakings operating at different levels (vertical relationship).

These provisions prohibit any agreement or concerted practice, which has as its object or effect preventing, restricting or distorting competition on a given product, or service market. As such, parties to a proposed concentration must take caution during the pre-closing period and understand the limits of what is strictly necessary for the prospective transaction, without going beyond the boundaries of competitive prohibitions.

The drafting of the SPA must still be particularly careful in case no prior notification exists, in what concerns the interim period, in particular the obligations related to the ordinary course of business. The same caution must be put into place in the access to the parties' commercial information, site visits and communications.

The buyer can neither be granted unlimited access to the target's premises and employees, nor take commitment or act in the name of the target (and vice versa), the parties must preserve their full commercial freedom and shall not conform their behaviour until the completion of the transaction.

However, since, as referred, the parties must inevitably share information, notably to enable the acquirer to have sufficient knowledge of the target company to, for example, assess the business opportunity, or to facilitate due diligence and other audits essential for the transaction, even in

mergers not subject to prior merger control assessment, thoughtful attention must be paid to the manner of disclosure confidential sensitive information.

The parties must ensure a limited disclosure of such information, restricted to what is strictly necessary for the transaction, *i.e.*, make available information on a need to know basis, in order not to reduce the parties' incentive to maintain their respective economic independence in the market. Also, the parties must resort to data rooms, clean teams and NDA and all communications between the parties should be subject to prior review by the respective lawyers.

Additionally, the EC also drew attention to the issue of anticipated transfer of economic risk⁴⁷. When the acquirer bears the economic risk of the overall transaction, before the closing date, it is likely to remove the target's incentive to compete with the acquirer during the pre-merger phase, for instance, when the target's financing needs are assured by the acquirer prior to closing. Therefore, such consequence may be interpreted as being a concerted practice between the parties to reduce competition between them in the market they operate, which is strictly prohibited by Article 101 of the TFEU, as well as by the equivalent national law provisions, including Article 9 of the Portuguese Competition Act.

Finally, it is important to bear in mind that the courts and competition authorities interpret Article 101(1) of the TFEU, and national equivalent prohibitions, as broadly as possible.

Indeed, under these provisions, substance always prevails over form. To fall under the scope of this prohibition, it is sufficient for the undertakings to have expressed their joint intention to behave on the market in a certain way⁴⁸. Moreover, for the conduct itself to be considered anticompetitive, it is not necessary for it to have any specific impact on the competition, as the abstract possibility of impact is sufficient.

These infringements, in the context of a concentration not subject to merger control, are as serious as the infringements mentioned above in the context of a merger subject to mandatory filing. Exactly in the same way as for the violation of the merger control rules, the violation of the prohibition of coordination between independent undertakings, at EU and national level, may be punished with a fine up to 10% of the parties' aggregate turnover in the preceding business year⁴⁹. These infringements can also give rise to potential damages claims, by the undertakings harmed by the referred conduct, under the private enforcement rules implemented at national level,⁵⁰ through the transposition of the EU Damages Directive.⁵¹

Once again, even in cases in which a mandatory merger control prior assessment is not required, competition advice cannot be omitted. It continues to be essential to avoid that hastened communication between parties and poorly drafted contractual provisions could raise significant competition risks.

4. Conclusion

As outlined above, the merger pre-closing phase is a critical and risky phase in terms of competition law, not only because the legal framework applicable to merger control is particularly complex, the M&A structures are increasingly intricate, and gun jumping proceedings are particularly “trendy” with competition authorities, but also because the proximity between parties within a concentration scenario can provide the context for a potential breach of the prohibition of restrictive practices, a particularly serious issue especially when the parties are actual or potential competitors. In both cases, gun jumping and restrictive practices, substantial fines can apply to the infringing party(ies).

Therefore, the parties to a concentration, subject or not to merger control filing, must ensure that all relevant pre-closing competition angles are covered, from the moment the concentration structure is established to the moment of the implementation of the transaction. Meanwhile, negotiations, site visits, preparation of the merger control filing(s), post signing interactions, extraordinary authorisations concerning the assets to be acquired, among others, must be made competition law compliant.

Notas

- 1 Decision of the European Commission of 10 June 2009, in the case *Electrabel / Compagnie Nationale du Rhône* (COMP/M.4994).
- 2 Decision of the European Commission of 10 February 1999, in the case *A.P. Møller* (IV/M.969).
- 3 Decision of the European Commission of 23 July 2014, in the case *Marine Harvest/ Morpol* (COMP/M.71).
- 4 Decision of the European Commission of 24 April 2018, in the case *Altice / PT Portugal* (M.7993).
- 5 Decision of the European Commission of 27 of June 2019, in the case *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* (M.8179).
- 6 Decision of the *Autorité de la concurrence* of 8 November 2016, in the case *Altice / SFR* (16-D-24).
- 7 Decision of the German *Bundeskartellamt* of 15 December 2008, in the case *Mars/Nutro Products*.
- 8 Decision of the UK Competition and Markets Authority of 24 September 2019, in the case *Paypal / iZettle*.
- 9 Press Release available at https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=14323.
- 10 Press Release available at https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=15941.
- 11 Decision of the CNMC of 24 October 2012, in the case *Verifone/Hypercom* (SNC/0022/12).
- 12 Decision of the PCA of 26 June 2014, in the case *Farminveste/Farminveste SA/ANF* (PRC/2012/01); Decision of the PCA of 27 December 2017, in the case *Fundos Vallis* (PRC/2012/05).
- 13 Decision of the PCA of March 2020, in the case *HPA/HSGL* (the public decision was not yet available at the time of publishing this article, see press release 04/2020).
- 14 Press Release 13/2020, available at http://concorrenca.pt/vEN/News_Events/Comunicados/Pages/PressRelease_202013.aspx?lst=1&Cat=2020.
- 15 Decision of the European Court of Justice of 4 March 2020, in the case *Marine Harvest v Commission* (C-10/18 P).
- 16 Decision of the European Court of Justice of 18 January 2018, in the case *EY v Konkurrencerådet* (C-633/16).
- 17 Recital 20, Preamble, Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 18 Article 3(1), Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 19 See Article 3(2), Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 20 Decision of the Court of First Instance of 23 February 2006, in the case *Cementbouw v Commission* (T-282/02), paragraph 42.
- 21 See Decision of the PCA of 30 May 2006, in the case *Modelo Continente/Macmoda/Tribo* (Ccent. 16/2006).
- 22 Paragraph 62, Jurisdictional Notice under Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.
- 23 Recital 20, Preamble, Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 24 A temporary acquisition for the purpose of resale will not constitute a merger transaction, in cases where credit institutions, financial institutions or insurance companies acquire shares in another undertaking for the purpose of resale within a one-year period (see Article 3(5)(a), Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings).
- 25 Decision of the European Commission of 27 of June 2019, in the case *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation* (M.8179).
- 26 Concentrations in which cumulatively (i) the aggregate worldwide turnover of all the parties exceeds €5 billion, and (ii) the aggregate European turnover of at least two parties individually exceeds €250 million (see Article 1(2) of the EU Merger Regulation); or according to a complementary threshold, transactions in which (i) the aggregate worldwide turnover of all the parties is more than €2,5 billion, (ii) the aggregate turnover of all the parties in three Member States individually is more than €100 million, (iii) the individual turnover of at least two parties is more than €25 million in each of these three Member States, and (iv) the aggregate European turnover of at least two parties individually is more than €100 million (see Article 1(3) of the EU Merger Regulation).
- 27 Paragraph 161, Jurisdictional Notice under Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.
- 28 Paragraphs 175 and seq., Jurisdictional Notice under Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.
- 29 Paragraph 130, Jurisdictional Notice under Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings.
- 30 Article 37(1) of the Portuguese Competition Act provides three alternative criteria, two of them including market shares: the transaction leads to the acquisition, creation or reinforcement of a market share equal to or greater than 50% in the national market of a specific product or service, or in a substantial part of it (market share criterion); the transaction leads to the acquisition, creation or reinforcement of a share equal to or greater than 30% but smaller than 50%, provided that the turnover individually achieved in Portugal, by at least two of the companies concerned, is higher than €5 million (mixed criterion); or the involved undertakings have an aggregate turnover in Portugal of more than €100 million, provided that the turnover achieved individually in Portugal by at least two of those undertakings is higher than €5 million (turnover criterion)
- 31 Article 8(1), Law no. 15/2007, of 3 July (BOE of 4 July 2007) (Spanish Competition Act) provides two alternative criteria: as a result of the concentration, a market share equal to or greater than 30% of the relevant product or service market is acquired or increased at the national level or in a defined geographic market within the country, except if the overall turnover in Spain of the acquired company or of the assets acquired in the last period does not exceed the amount of €10 million, provided that the participants do not have an individual or joint share equal to or greater than 50% in any of the affected markets; or the aggregate turnover in Spain of all the participants exceeds €240 million in the last financial year, provided that at least two of the parties have an individual turnover in Spain of more than €60 million.
- 32 See <https://www.gov.uk/topic/competition/mergers>.
- 33 See <https://www.kp.gov.lv/en/darbibas-virzieni/tirgus-dalibnieku-apvienosanas>.

- 34 See <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-017-1948?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29>.
- 35 PCA, Press Release 04/2020, available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202004.aspx?lst=1&Cat=2020
- 36 Decision of the CNMC of 31 July 2014, in case Essilor (SNC/DC/0035/14), available at https://www.cnmc.es/sites/default/files/486759_3.pdf
- 37 For further reflexion on the convenience to maintain market share merger control thresholds, please refer to Tânia Luísa Faria, *Review of the Portuguese Competition Act - The Seven Year Itch*, available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/CR_39.pdf
- 38 Article 7(3), Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 39 Such derogation is granted only in exceptional circumstances and has mainly been applied in cases where the target was facing serious financial and structural difficulties threatening its viability, e.g. Decisions of the European Commission of 9 November 2018, in case M.9202 - Bain Capital / Oscar Holding,; of 7 June 2017, in case M.8553 – Banco Santander S.A. / Banco Popular Group S.A.; and of 27 February 2017, in case M.8385 - Pillarstone / Famar.
- 40 Decision of the European Court of Justice of 18 January 2018, in the case EY v Konkurrencerådet (C-633/16), paragraph 86.
- 41 Decision of the European Commission of 24 April 2018, in the case Altice / PT Portugal (M.7993).
- 42 Decision of the Autorité de la concurrence of 8 November 2016 (16-D-24).
- 43 In any case, it must be noted that Altice has appealed against the EC's decision to the General Court and at the time of writing this article the action is still pending (case no. T-425/2018). Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=206084&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5002445>.
- 44 Articles 14(2)(a) and 5(1), Regulation 139/2004, of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings.
- 45 Decision of the European Court of Justice of 18 January 2018, in the case EY v Konkurrencerådet (C-633/16), paragraph 54; Decision of the European Court of Justice of 7 September 2017, in the case Austria Asphalt (C248/16), paragraph 33.
- 46 Article 101(1), Treaty on the Functioning of the European Union: “1. *The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*”
- 47 See Decision of the European Commission of 27 of June 2019, in the case Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (M.8179).
- 48 Decision of the Court of First Instance of 11 December 2003, in the case Adriatica di Navigazione v Commission (T-61/99), paragraph 88.
- 49 Article 23(2), Council Regulation 1/2003, of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 101 and 102 of the Treaty
- 50 In Portugal: Law 23/2018, of 5 June 2018 (n.º 107/2018, Série I of 2018-06-05).
- 51 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council, of 26 November 2014, on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

Latinoamérica

ELECTROMOVILIDAD EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: AVANCES Y PRÓXIMOS PASOS

Bárbara Julio

Abogada del Área de Energía, Minas y Recursos Naturales de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

Electromovilidad en la Alianza del Pacífico: avances y próximos pasos

La electromovilidad se percibe en todo el mundo como un medio idóneo para hacer frente a los efectos adversos de las emisiones de gases de efecto invernadero, por lo que diversos países están implementando medidas para acelerar su desarrollo.

En este contexto, los países latinoamericanos están retrasados en comparación con otros, principalmente asiáticos y europeos; sin embargo, están haciendo grandes esfuerzos por ponerse al día, unos más rápidos que otros.

En este foro nos enfocamos específicamente en los avances y próximos pasos de los países que conforman la Alianza del Pacífico: Perú, Colombia, México y Chile.

PALABRAS CLAVE:

ELECTROMOVILIDAD, ALIANZA DEL PACÍFICO, EMISIONES DE GASES DE EFECTO INVERNADERO, LATINOAMÉRICA.

Electromobility in the Pacific alliance: progress and next steps

Electromobility is perceived worldwide as an ideal means of coping with the adverse effects of greenhouse gas emissions, which is why several countries are implementing measures to accelerate its development.

In this context, Latin American countries are lagging behind other countries, mainly Asian and European, yet they are making great efforts to catch up, some faster than others.

In this forum we focus specifically on the progress and next steps of the countries that make up the Pacific Alliance: Peru, Colombia, Mexico and Chile.

KEY WORDS:

ELECTROMOBILITY, PACIFIC ALLIANCE, GREENHOUSE GAS EMISSIONS, LATIN AMERICAN.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020**FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020**

Julio, Bárbara (2020). Electromovilidad en la Alianza del Pacífico: avances y próximos pasos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 204-213 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

Durante los últimos años se han incrementado de forma relevante los efectos negativos que el cambio climático ha producido sobre el medio ambiente a nivel global, lo que ha motivado que cada vez más países y organizaciones internacionales se aboquen a la tarea de desarrollar soluciones a este problema.

En este contexto, la electromovilidad se percibe como un medio idóneo para hacer frente a los efectos adversos de las emisiones de gases de efecto invernadero, pero, a su vez, como una fuente de innovación y de creación de nuevos negocios, como una vía efectiva para desarrollar la competitividad industrial y como una estrategia en materia de transporte.

Debido a lo anterior, diversos países comenzaron a impulsar el mercado de los vehículos eléctricos, especialmente los países del continente asiático. De ellos, China es el principal actor y el país que actualmente se posiciona como el mayor productor de vehículos eléctricos a nivel mundial. En Europa, los países líderes en la fabricación de vehículos eléctricos son principalmente Alemania y Francia, y Noruega es el mayor comercializador de vehículos eléctricos a nivel mundial. Fuera del continente europeo, destaca Estados Unidos, tanto como fabricante como comercializador.

En este mercado de la electromovilidad, los países de América Latina han sido de los últimos en unirse a la tendencia mundial; sin embargo, es posible apreciar el intento por ponerse al día rápidamente, y el desarrollo de la electromovilidad ya ocupa un papel relevante en las agendas de varios países de la región.

Específicamente, revisaremos el caso de los países que conforman la Alianza del Pacífico, una iniciativa de integración regional con un enfoque económico y de desarrollo que tiene por objetivo impulsar un mayor crecimiento y competitividad en las economías de sus países integrantes, a saber, Perú, Colombia, México y Chile.

2. Desarrollo de la electromovilidad en Perú

En Perú, el sector de transporte representa una fuente relevante de contaminación, a tal punto que no solo se trata de un problema medioambiental, sino que también de salud.

En este contexto, Perú lanzó en el año 2010 la Política Energética Nacional del Perú 2010-2040, con un enfoque en el desarrollo sostenible, y uno de cuyos principales objetivos es el impulso del sector energético con un bajo impacto ambiental y la disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Teniendo como punto de partida dicha Política, hoy en día Perú se encuentra dando sus primeros pasos hacia el desarrollo del mercado de la electromovilidad, con una serie de medidas que ya están siendo implementadas o en vías de implementarse.

Dentro de este conjunto de medidas, destaca la dictación del Decreto Supremo N.º 094-2018-EF, del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú, en mayo del año 2018, que incrementó los impuestos a los combustibles considerando su grado de nocividad, con el objetivo de incentivar a los consumidores a optar por vehículos menos contaminantes.

Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N.º 019-2018-MTC, mediante el cual se modificó el Reglamento Nacional de Vehículos con el objeto de integrar vehículos más modernos que utilicen energías limpias e innovadoras, tales como los vehículos eléctricos.

Más recientemente, se están analizando otras iniciativas bastante promisorias en la materia, como el proyecto de decreto supremo que declara de interés nacional y necesidad pública la promoción de vehículos eléctricos e híbridos, y que facilita las condiciones para el desarrollo de la infraestructura para su abastecimiento de energía, garantizando el suministro mediante los sistemas de distribución y transmisión.

En agosto de 2019 se inició un proceso de consulta pública sobre este proyecto, en el cual se recibieron comentarios de diversos actores. Este proceso de consulta culminó recientemente, de modo que las autoridades peruanas esperan publicar esta norma en el corto plazo.

Por otro lado, el Ministerio de Energía y Minas de Perú está elaborando una norma para la comercialización de puntos de recarga para vehículos eléctricos.

Fuera del ámbito legislativo, el año 2016 se firmó el Pacto por la Movilidad Urbana Sostenible para la comuna de San Isidro, con el objeto de ser un instrumento para dar solución a diversos problemas en materia de transporte. Una de las empresas parte de este pacto fue Engie Perú, que, en conjunto con la Municipalidad de San Isidro, plantearon la implementación del Plan Piloto del llamado Proyecto MiBus, que tuvo por resultado el primer bus eléctrico de transporte público en la comuna de San Isidro (Lima), cuya operación comenzó el año 2018 y, a la fecha, ha contribuido a reducir de forma relevante la emisión de gases contaminantes en el sector.

En la misma línea, en mayo de 2019, Engie puso en operación un bus eléctrico para el traslado del personal de la mina Cerro Corona, con una autonomía de 280 kilómetros por carga y un alcance de hasta 100 kilómetros por hora.

Otras iniciativas similares de buses eléctricos para sectores o rubros específicos se están llevando a cabo actualmente en Perú, como el primer bus eléctrico con recorrido comercial en Lima, desarrollado por la empresa de transportes Etul 4 en conjunto con la empresa china BYD, y un bus eléctrico comercial en el recorrido entre Javier Prado – La Marina – Faucett, a cargo de Enel X.

Por otro lado, la empresa Ecoenergy está implementando un proyecto para modernizar el parque de los llamados “mototaxi” —un medio de transporte frecuente en Perú—, a través de un esquema de arriendo de mototaxis eléctricos.

No cabe duda de que todas las medidas adoptadas en Perú, así como las iniciativas legislativas que se están desarrollando, van en la dirección correcta. Sin embargo, aún son escasas y de acotado alcance, por lo que requieren ser complementadas con otras para efectos de generar un verdadero impulso al mercado de la electromovilidad, lo que tiene como resultado que dicho mercado sea incipiente o casi nulo. Es por ello por lo que actualmente Perú está mirando muy de cerca la experiencia internacional en materia de electromovilidad, lo que les permitirá identificar aquellas medidas que deben priorizarse.

En esta línea, Perú está iniciando el desarrollo de una Estrategia Nacional de Electromovilidad, que contendrá metas para los años 2030 a 2055 e incluirá ejes estratégicos y políticas públicas.

3. Desarrollo de la electromovilidad en Colombia

De manera opuesta a lo que ocurre en Perú, Colombia es uno de los pioneros de electromovilidad en Latinoamérica y su mercado es uno de los más desarrollados de la región, con beneficios tributarios en favor de los vehículos eléctricos que vienen implementándose desde el año 2012. Esta y otras medidas han ido profundizándose a partir del año 2015, cuando, en el Acuerdo de París, se adoptó el compromiso de reducir en un 20 % las emisiones de gases de efecto invernadero para el año 2030.

Uno de los avances más relevantes en la materia es la aprobación de la Ley N.º 1964 en julio de 2019, por medio de la cual se promueve el uso de vehículos eléctricos en Colombia. Algunos de los principales beneficios de esta ley son la reducción de impuestos a la compra de vehículos eléctricos, menores costos para las revisiones técnicas y de gases, descuentos en el seguro obligatorio de accidentes de tránsito y la eliminación de ciertas restricciones a la circulación. Adicionalmente, se establece una meta importante en cuanto al transporte público, consistente en que para el año 2035 el 100 % de la flota de transporte público esté compuesta por vehículos eléctricos.

En línea con la referida ley, el Gobierno colombiano dio otro paso importante en agosto de 2019: el lanzamiento de la Estrategia Nacional de Movilidad Eléctrica y Sostenible, con el objetivo de acelerar la inserción del mercado de la electromovilidad en Colombia. Una de las metas que per-

sigue esta estrategia es que para el año 2030 existan 600.000 vehículos eléctricos en el parque automotor. A su vez, la estrategia tiene por objetivo precisar un marco regulatorio que permita promover eficazmente la electromovilidad y adoptar las medidas que para ello sean necesarias, principalmente en el ámbito económico.

Estas medidas ya están demostrando su efectividad, a tal punto que durante el año 2019 se vendieron 923 vehículos eléctricos en Colombia, de acuerdo con las cifras publicadas por la Asociación Nacional de Movilidad Sostenible de Colombia, cifra que casi dobla la del año 2018 (390) y que permite a Colombia alcanzar el estatus de líder en venta de vehículos eléctricos en la región.

Por otro lado, este avance se ve potenciado por la apuesta que distintas empresas colombianas están haciendo en electromovilidad, formando alianzas para el desarrollo de proyectos y soluciones innovadoras en la materia. Un ejemplo de esto es la alianza entre las empresas Auteco y Renting Colombia para la implementación de camiones eléctricos de carga.

Colombia también está avanzando en el desarrollo de una red de infraestructura de carga, que actualmente cuenta con 47 puntos de carga en todo el territorio colombiano, instalados principalmente en centros de esparcimiento como parques públicos, aeropuertos, centros comerciales, universidades, etc. La mayor parte de estos puntos de carga están concentrados en Bogotá y Medellín, pero ya se están extendiendo a otras ciudades gracias a la activa participación de las empresas locales.

En paralelo, han venido adoptándose una serie de medidas para incentivar la electromovilidad, principalmente en materia de beneficios tributarios, pero también otras como la gratuidad en algunos estacionamientos, espacios de estacionamiento exclusivos para vehículos eléctricos, estaciones de recarga privadas en empresas, recargas gratuitas en ciertos casos, facilidades para el pago de las recargas y el pago conjunto con el suministro de luz del domicilio del propietario de un vehículo eléctrico.

En materia de transporte público, Colombia está haciendo importantes avances para lograr alcanzar la meta de que en el año 2035 el 100 % de su flota esté compuesta por vehículos eléctricos. Actualmente ya cuentan con buses eléctricos en Medellín, Cali, y Bogotá, ciudad a la que durante el año 2020 se incorporarán nuevas unidades, hasta llegar a 483 buses eléctricos, lo que convertirá a Colombia en el país de Latinoamérica con la mayor flota de buses eléctricos.

No hay duda de que Colombia es uno de los países más comprometidos a nivel regional con el rápido avance de la electromovilidad, posicionándose como un líder en esta materia en Latinoamérica, por lo que auguramos que seguirán adoptando nuevas medidas para profundizar este desarrollo.

4. Desarrollo de la electromovilidad en México

A diferencia de la mayoría de los países de la región, México tiene una reconocida industria automotriz, por lo que parte con una ventaja inicial en cuanto a electromovilidad. Este hecho le ha permitido consolidar el mercado más grande a nivel regional, con avances tan relevantes como la fabricación local de un modelo de vehículo híbrido (Ford Fusion), cuyos precios son bastante más accesibles que los modelos importados.

Las primeras ventas de vehículos eléctricos se iniciaron el año 2014, y desde entonces México no ha frenado el impulso al desarrollo de este mercado, con diferentes iniciativas y medidas que han probado ser exitosas, lo que queda en evidencia al observar el número de vehículos eléctricos vendidos —2068 unidades al mes de julio de 2019—, entre híbridos y eléctricos, de acuerdo con la Asociación Mexicana de la Industria Automotriz.

Este éxito se debe, en parte, a la temprana implementación de ciertos beneficios concretos establecidos para los vehículos eléctricos, como la exención del pago del llamado Impuesto sobre Automóviles Nuevos y del pago del permiso de circulación anual, medidas adoptadas el año 2015, que permitieron que el desarrollo de la electromovilidad fuera más rápido que en otros países de la región.

A estas medidas le han seguido otras de carácter tributario y medioambiental, así como la implementación de diversos beneficios, tales como estacionamientos preferenciales para vehículos eléctricos, medidores diferenciados para propietarios de este tipo de vehículos, el desarrollo de programas enfocados en otorgar facilidades de financiamiento para la compra y facilidades para la instalación de cargadores, entre otros.

El aumento en la comercialización de vehículos eléctrico ha ido de la mano de un relevante desarrollo de la infraestructura de carga necesaria para satisfacer las nuevas necesidades de suministro eléctrico. Actualmente, México cuenta con la mayor red de infraestructura de carga de la región, conformada por 240 puntos de carga, cuyo desarrollo ha sido impulsado de forma prioritaria por empresas privadas comercializadoras de vehículos eléctricos y, recientemente, por empresas públicas en alianza con empresas privadas. Debido al amplio alcance que ha logrado la red de carga mexicana, hoy en día México está más enfocado en buscar formas de optimizar esta red que en ampliarla.

Por otro lado, diversas empresas privadas están contribuyendo al mercado de la electromovilidad con iniciativas en innovación y desarrollo, promoviendo soluciones tecnológicas en cuanto a la fabricación de vehículos eléctricos, infraestructura de carga, eficiencia, seguridad, etc.

El punto débil de México en cuanto a electromovilidad es el transporte público, donde recién están dando los primeros pasos para electrificar la flota de buses eléctricos, de modo que en este ámbito México se posiciona bastante por detrás de países como Chile y Colombia. No obstante, destacan las iniciativas del país con respecto a la inserción de taxis eléctricos para el transporte público.

Al igual que otros países latinoamericanos, en septiembre de 2018 México lanzó su Estrategia Nacional de Movilidad Eléctrica, en la cual destaca el objetivo de promover la producción de ve-

hículos eléctricos, además de ampliar la red de infraestructura de carga y lograr alcanzar la electrificación de las ventas de vehículos. Al respecto, se establece la meta de que para el año 2050 el 100 % de los vehículos nuevos vendidos sean eléctricos.

Si bien la meta es ambiciosa, su cumplimiento es factible, tomando en cuenta el desarrollo logrado hasta el momento y las medidas que México está implementando, las cuales, de todas formas, deben intensificarse durante los próximos años, sobre todo en el ámbito de los precios de los vehículos eléctricos, que, si bien son inferiores a los que existen en otros países de la región, siguen siendo muy superiores a los precios de vehículos a combustión.

Como se puede observar, el escenario mexicano en electromovilidad es bastante distinto al del resto de la región, no solo por su notorio estado de avance, sino también porque ahora su enfoque apunta más bien al perfeccionamiento, optimización y profundización del mercado de la electromovilidad, habiendo ya superado las etapas iniciales en las que aún se encuentran muchos países de la región, a tal punto que en México se están dando los primeros pasos para lograr que en el mediano plazo los vehículos eléctricos sean fabricados en el país.

5. Desarrollo de la electromovilidad en Chile

En los últimos años Chile se ha posicionado como otro de los referentes en materia de electromovilidad en Latinoamérica, principalmente con un enfoque en la protección del medio ambiente.

En Chile, actualmente un tercio del consumo energético final corresponde al sector del transporte, lo que representa aproximadamente el 20 % del total de las emisiones de gases de efecto invernadero, por lo que la adecuada y rápida inserción de la electromovilidad en la definición de las políticas públicas es clave para hacer frente al cambio climático.

El mercado de la electromovilidad en Chile —como en la mayor parte de los países latinoamericanos— aún es bastante nuevo, pero ha venido aumentando de forma constante a partir del año 2017, impulsado por diversas medidas implementadas por el Gobierno y que han tenido como resultado que, durante el año 2019, se vendieran en Chile 302 vehículos entre híbridos y eléctricos, de acuerdo con el Informe del Mercado Automotor de la Asociación Nacional Automotriz de Chile, lo que permite tener un total acumulado de 704 vehículos vendidos desde al año 2013.

Esta cifra aún es muy inferior a la venta de vehículos a combustión, principalmente por los elevados precios y la acotada variedad de modelos de vehículos eléctricos que existen en Chile. Sin embargo, el Estado tiene metas ambiciosas para acelerar el desarrollo de la electromovilidad, que fueron plasmadas en la Estrategia Nacional de Electromovilidad de 2017, elaborada en conjunto por el Ministerio de Energía, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y el Ministerio del Medio Ambiente, y que se articula en torno a cinco ejes estratégicos, lo que representa un primer marco general de actuación con respecto a la electromovilidad, tanto para el sector público como para el privado.

Esta estrategia plantea el objetivo de que el 40 % de los vehículos particulares y el 100 % de los vehículos de transporte público sean eléctricos de aquí al año 2050.

Para alcanzar la meta sobre vehículos particulares aún queda bastante por hacer; sin embargo, con respecto a los vehículos de transporte público, Chile lleva una delantera relevante, debido a que, desde que la electromovilidad ha tomado un lugar destacado en la agenda del Estado chileno, las medidas impulsadas han estado esencialmente orientadas a la electromovilidad a nivel de transporte público, a diferencia de lo que ha sucedido en Europa, donde la prioridad ha estado en los vehículos particulares.

Chile actualmente cuenta con una flota de 448 buses eléctricos, cifra que posiciona al país como el que posee una de las flotas más grandes de la región, lo que tiene un gran impacto en la disminución de la emisión de gases de efecto invernadero. Adicionalmente, durante el año 2020 se llevará a cabo una licitación por una cantidad relevante de buses eléctricos que serán incorporados a la flota existente.

Otro documento destacado que ha servido de guía es la Ruta Energética 2018-2022, que se estructura en torno a seis ejes estratégicos, pero desde una perspectiva energética, y que contempla diez "mega compromisos".

La Estrategia Nacional y la Ruta Energética han dado paso a otros avances en la materia, como el Compromiso público privado por la electromovilidad de diciembre de 2018, en el que diversas entidades tanto públicas como privadas se comprometieron con desarrollar actividades, proyectos o iniciativas que logren impulsar el desarrollo de la electromovilidad.

En el ámbito legislativo, destaca el Proyecto de Ley de Eficiencia Energética que se está tramitando en Chile, el cual promueve la renovación del parque vehicular con vehículos más eficientes, poniendo énfasis en los eléctricos. Esto se articula a través del Ministerio de Energía, que deberá fijar estándares de eficiencia energética para el parque de vehículos motorizados.

Adicionalmente, este proyecto de ley contiene un incentivo directo al ingreso al país de vehículos eléctricos, debido a que se establece que, para cumplir el estándar de eficiencia energética, se podrá contar hasta tres veces el rendimiento de cada vehículo eléctrico o híbrido con recarga eléctrica exterior.

Con respecto a la infraestructura de carga en Chile, diversas empresas están desarrollando proyectos que ya están implementados de forma exitosa o están en vía de serlo. Por mencionar algunos ejemplos, la empresa Engie se comprometió a desarrollar una red de infraestructura de carga con más de cien puntos de carga en todo el país, y la empresa Copec logró implementar la red de carga rápida más extensa de Sudamérica, conectando Marbella con Concepción, Santiago con Viña del Mar, y Santiago con Santo Domingo, con un total de veintitrés puntos de carga que unen setecientos kilómetros.

Actualmente Chile cuenta con un total de 58 puntos de carga a lo largo de todo el país, con un total de 19,2 MW de capacidad instalada.

Como se observa, Chile está haciendo importantes esfuerzos por acelerar el avance de la electromovilidad. De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo, el escenario chileno es uno de los más promisorios de América Latina.

6. Conclusiones

La electromovilidad es un fenómeno global que llegó para quedarse, y es inevitable que de a poco los países tiendan a adaptar sus mercados y enfoques para lograr unirse a esta tendencia.

Los países de la Alianza del Pacífico no se han quedado atrás y ya todos tienen, al menos, la mirada puesta en un futuro eléctrico en materia de transporte.

De los cuatro países, Perú es el más atrasado, con medidas que aún resultan ser mínimas y de acotado alcance, lo que da como resultado que su mercado de electromovilidad es casi insignificante. Sin embargo, empujados principalmente por los altos niveles de contaminación que registran, ya están dando los primeros pasos en el camino de la electromovilidad, observando de cerca la experiencia internacional en esta materia y avanzando en el desarrollo de su Estrategia Nacional de Electromovilidad, que contendrá metas para los años 2030 a 2055.

Por su parte, Colombia y Chile han logrado posicionarse como referentes regionales en cuanto a electromovilidad y sus mercados son de los más promisorios. Ambos países tienen metas ambiciosas, y para alcanzarlas es necesario redoblar los esfuerzos que se están haciendo actualmente, especialmente con respecto a los precios, variedad en la oferta, e incentivos para la compra de vehículos eléctricos.

México se posiciona como el líder indiscutido de electromovilidad en la región, de tal forma que su enfoque ahora está puesto en la optimización del mercado de la electromovilidad, y el desarrollo de su industria de fabricación de vehículos eléctricos, con el claro objetivo de que, a mediano plazo, los vehículos eléctricos sean fabricados en el país, lo que conllevará como principal consecuencia una relevante disminución en los precios.

Considerando el estado de avance en electromovilidad de Chile, de Colombia y, especialmente, de México, que incluso ya está dando sus primeros pasos en fabricación de vehículos eléctricos, es posible afirmar que la Alianza del Pacífico se encuentra en una posición ventajosa por sobre otras alianzas regionales.

En este ámbito, percibimos múltiples oportunidades de inversión, dado el incipiente desarrollo en países que tienen relevantes desafíos que abordar para lograr un consumo energético más eficiente y con menores emisiones, y en los que, además, existen múltiples recursos naturales que pueden ser explotados con el objeto de aportar insumos relevantes para la profundización de este mercado, tales como litio, cobalto y cobre.

En el futuro es esperable que se acentúe el liderazgo de la Alianza del Pacífico en cuanto a electromovilidad y que sus países integrantes se potencien unos a otros, de modo que el mayor éxito de unos sirva de ejemplo e incentivo para el resto.

Bibliografía

ASOCIACIÓN NACIONAL AUTOMOTRIZ DE CHILE (2020). *Informe del Mercado Automotor*.

ELECTROMOV (2019). Gobierno peruano publica proyecto de norma para impulsar el desarrollo de la movilidad eléctrica. *Electromov.cl*, 9 de septiembre de 2019.

ELECTROMOV (2020). Vehículos eléctricos: Chile frente a América Latina, *Electromov.cl*, 2 de marzo de 2020.

FERNÁNDEZ, J. P. (2020). Electromovilidad: Minem trabaja norma para instalación de puntos de recarga. *Revista Energiminas*, 5 de marzo de 2020.

FERNÁNDEZ, J. P. (2020). Minem espera publicar en marzo norma para impulsar electromovilidad en el Perú. *Revista Energiminas*, 8 de febrero de 2020.

ISLA, Lorena *et al.* (2019). *Análisis de tecnología, industria, y mercado para vehículos eléctricos en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo.

MAÑEZ GOMIS, G. *et al.* (2018). *Movilidad Eléctrica: avances en América Latina y el caribe y oportunidades para la colaboración regional*. ONU Medio Ambiente.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA (2019). *Electromovilidad. Conceptos, políticas y lecciones aprendidas para el Perú*. Osinergmin.

RENTING COLOMBIA (2019). *Movilidad eléctrica en Colombia y el mundo*.

Latinoamérica

LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA

Camilo Forero

*Abogado del Área de Infraestructura y Derecho Público de
Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uría (Colombia)*

Los efectos del COVID-19 en el sector de la infraestructura en Colombia

La propagación mundial del COVID-19 ha causado graves efectos económicos en el sector de la infraestructura en Colombia. Sin embargo, la insuficiencia presupuestal del Estado, los límites en materia de adición y prórrogas contractuales y la falta de robustez de las herramientas ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico han dificultado la tarea de los funcionarios públicos de ofrecer mecanismos compensatorios expeditos que solventen la iliquidez y el riesgo de tráfico que están padeciendo los concesionarios. ¿Cuál es el futuro de las concesiones de infraestructura de transporte en Colombia tras el COVID-19?

PALABRAS CLAVE:

COVID-19; EQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL; TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

The effects of COVID-19 in the infrastructure sector in Colombia

The world spread of COVID-19 has had severe economic effects in the infrastructure sector in Colombia. However, the budgetary insufficiency, the legal boundaries on contractual extensions and additions, as well as the lack of strength of ordinary legal tools have impaired the duty of public officers to grant compensatory measures to address the shortages of cash and the traffic risk that suffered by private party concessionaires. What can we foresee for the infrastructure industry in Colombia after COVID-19?

KEY WORDS:

COVID-19; ECONOMIC CONTRACTUAL EQUILIBRIUM; REBUS SIC STANTIBUS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Forero, Camilo (2020). Los efectos del COVID-19 en el sector de la infraestructura en Colombia. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 54, pp. 214-218 (ISSN: 1578-956X).

El 31 de agosto de 2020 se cumplieron 159 días de aislamiento preventivo obligatorio en Colombia como medida de urgencia para atender la propagación del COVID-19. Aunque todos los sectores de la economía han sufrido y seguirán sufriendo como consecuencia de la pandemia, el sector de la infraestructura y de las asociaciones público-privadas se ha visto especialmente afectado ante la prohibición de la circulación de personas y vehículos y el cierre del tráfico aéreo nacional e internacional.

Difícilmente podemos prever cuánto podrá tardar el mundo en conjurar los efectos económicos que trajo consigo el COVID-19 y cuánto tardará la “normalización” del tráfico económico. Pero lo que sí es un deber ineludible de los actores del mercado, y particularmente del Estado colombiano, es adoptar de forma ágil mecanismos excepcionales legislativos, regulatorios y contractuales tendientes a garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios públicos, restablecer el equilibrio económico de los contratos que involucran la prestación de esos servicios y garantizar la competitividad en materia de infraestructura de transporte.

El caso del sector aeroportuario es, sin duda, el más crítico de todos. La falta de liquidez de las concesiones de infraestructura vial y la estrepitosa caída en la demanda de las concesiones de transporte urbano masivo de pasajeros también es muy preocupante. En todo caso, y con independencia de las generaciones, modalidades y etapas contractuales, ninguna empresa —por muy saludable y solvente que sea— está en capacidad de resistir una caída en su flujo de caja por un periodo de tiempo tan prolongado, pero manteniendo a su vez sus obligaciones de atender pasivos y de operar y mantener sus activos ininterrumpidamente.

El mayor problema que enfrentamos —además de la pandemia misma— es que las herramientas ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico para conservar el orden económico no son lo suficientemente robustas para solucionar de manera ágil y eficiente los problemas originados por el COVID-19. Si bien es cierto que, en virtud del carácter conmutativo de los contratos estatales, los contratistas tienen el derecho a que las condiciones económicas existentes al momento de contratar se mantengan a lo largo de la ejecución de los contratos y que estas se restablezcan si se llegasen a ver afectadas por circunstancias imprevisibles y ajenas a las partes, la insuficiencia presupuestal del Estado y los límites en materia de adición y prórrogas contractuales han dificultado la tarea de los funcionarios públicos de ofrecer mecanismos compensatorios expeditos que solventen la iliquidez y el riesgo de tráfico que ha acaecido con la propagación mundial del COVID-19.

1. El rompimiento del equilibrio económico contractual

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, en Colombia el equilibrio económico contractual puede verse afectado por tres tipos de causas: (i) actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando la entidad hace uso de las cláusulas excepcionales antiguamente conocidas como cláusulas exorbitantes (interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo); (ii) actos generales de la administración como Estado (teoría del hecho del príncipe), como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales o legales se manifiesta la voluntad de la entidad contratante por medio de leyes o actos administrativos de carácter general que afecten negativamente la economía contractual; y (iii) factores exógenos a las partes del negocio (*rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente), que se entienden como circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero que tienen una incidencia en él.

En nuestra opinión, el COVID-19, los efectos económicos derivados de su propagación y la adopción de las medidas por parte de las autoridades estatales para atender la emergencia sanitaria deben ser compensados a la luz de la teoría de la imprevisión, pues se trata de situaciones todas ajenas a las partes de los negocios contractuales, que exceden el álea normal de los riesgos que asumió la parte privada en el momento en que suscribió el contrato.

Al respecto, conviene resaltar que en el pasado la justicia arbitral ha reconocido en múltiples oportunidades que la reducción anormal del tráfico de pasajeros y de los ingresos a los que tienen derecho los concesionarios en el marco de contratos de concesión de infraestructura vial y aeroportuaria en Colombia, como consecuencia de hechos anormales e imprevistos, da lugar al restablecimiento de la ecuación contractual, de conformidad con lo previsto en los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993. El laudo que resolvió favorablemente la reclamación del operador del aeropuerto de la ciudad de Cali a la luz de la teoría de la imprevisión, como consecuencia de la caída del tráfico aéreo internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, se constituye —sin lugar a dudas— como uno de los más importantes precedentes judiciales sobre esta materia. Se requiere entonces de una política pública en materia contractual que se ocupe de situaciones excepcionales estructurales como la que estamos viviendo.

Ya estamos empezando a ver que la inviabilidad financiera de ciertos contratos de largo alcance, ante la excesiva onerosidad para cumplir lo pactado en medio de la recesión, es inminente. Incluso, de probarse que algunos contratistas podrían llegar a tener un retorno de su inversión al finalizar sus contratos —a pesar de la pandemia—, la falta de liquidez por la que atraviesan una buena parte de las concesiones en el país y la lentitud en la recuperación de los niveles de tráfico existentes antes del COVID-19 pueden llegar a ocasionar su muerte prematura.

Si bien resulta alentador que el Gobierno no haya dudado en avanzar en la estructuración y adjudicación de los denominados proyectos 5G de Malla Vial del Valle del Cauca, Pasto – Popayán, Buga – Buenaventura, Río Magdalena, Accesos a Bogotá, Troncal del Magdalena (Ruta del Sol), y de nueva infraestructura aeroportuaria en Cali y Cartagena, en los contratos vigentes se avecinan

situaciones muy complejas, sin descartar demandas cuantiosas, si el Gobierno no logra pronto los acuerdos necesarios para compensar la mayor onerosidad y la pérdida de ingresos que ha sobrevenido con el COVID-19.

2. Los decretos legislativos expedidos por el gobierno

Es necesario mencionar a su vez que las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno a través de los Decretos Legislativos 482, 569 y 768 de 2020 son confusas y no lograron abarcar la totalidad de los efectos que ha causado el COVID-19 en los contratos de concesión de infraestructura de transporte. En resumen, a través de los referidos decretos con fuerza de ley expedidos con ocasión de la Emergencia Económica y Social, el Gobierno autorizó a las entidades estatales para prorrogar o adicionar los contratos estatales más allá de los límites legalmente establecidos para compensar los efectos económicos causados por la pandemia.

Sin embargo, el primero de los decretos dejó fuera a más de la mitad de las concesiones al referirse únicamente a la Ley de asociaciones público privadas (Ley 1508 de 2012); el segundo se limitó a ampliaciones equivalentes al término que durase el aislamiento preventivo obligatorio, y el tercero —único en vigencia por haberse derogado tácitamente los dos primeros— hizo referencia solo a los efectos causados por la suspensión en el cobro de peajes o de tasas aeroportuarias.

Si bien el Gobierno suspendió el cobro de peajes durante los dos primeros meses de pandemia (abril y comienzos de mayo), tal suspensión no es la causa ni el efecto económico adverso padecido por las concesiones que requiere ser compensado. Los Decretos Legislativos omitieron sobre todo los mayores costos en que han incurrido las concesiones por la adopción de protocolos de bioseguridad, la falta de liquidez ocasionada por la ausencia de ingresos y los efectos económicos a largo plazo por la caída del tráfico de vehículos y pasajeros postaislamiento para el caso de los concesionarios que tienen a su cargo el riesgo comercial de tráfico. En el sector aeroportuario, donde los efectos han sido los más severos, ni siquiera hubo tal suspensión de tasas aeroportuarias.

3. Las negociaciones en marcha

A pesar de las deficiencias advertidas en la expedición de los Decretos Legislativos, con buen criterio, el Gobierno ha convocado, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura, a los principales órganos de control (la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República) para que participen en la negociación de los acuerdos contractuales requeridos para evitar la alta litigiosidad que se podría avecinar. Aunque tal participación no es legalmente obligatoria, el Gobierno ha pedido dicho acompañamiento de los entes de control con el ánimo de ilustrar tempranamente a estos organismos, y por esa vía mejorar la seguridad jurídica de los acuerdos que se logren entre las partes en relación con los efectos del COVID-19. Ello además permitirá que los funcionarios mitiguen riesgos disciplinarios y personales frente a un escenario futuro de importantes y cuantiosas modificaciones contractuales.

En estas negociaciones también ha sido muy positiva la participación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), ente gremial que se ha encargado de acercar a los concesionarios, por un lado, y a los entes de control y la Agencia Nacional de Infraestructura, por el otro. La intermediación de la CCI ha permitido centralizar y coordinar las distintas discusiones y posiciones de las partes, y sin duda se constituye en un importante precedente cuando se requiera la adopción —como en el caso del COVID-19— de soluciones transversales a problemas estructurales que afectan a todo un sector prácticamente por igual.

Hoy por hoy todos los sectores de la economía necesitan de la ayuda económica del Estado. Pero si existe uno que sencillamente no puede sacrificarse, pase lo que pase, es el del transporte, por el efecto de cuello de botella que tiene frente a los demás sectores de la economía. El mismo Gobierno ha insistido en que la recuperación de la economía colombiana dependerá en gran medida de que el Estado no detenga la construcción de una red de infraestructura de transporte público moderna, que esté a la altura de las necesidades de interconexión geográfica que requiere Colombia.

La voluntad e interés de los inversionistas y prestamistas de volverse a encaminar en una nueva ola de proyectos de infraestructura, que jalonen el empleo y la reactivación del aparato económico tras el terrible y casi cataclísmico impase del COVID-19, dependerá necesariamente del futuro y de las soluciones que se adopten en los proyectos ya concesionados. Los proyectos de infraestructura que ya están andando y que cuentan con importantísimos compromisos de deuda con bancos y fondos internacionales sencillamente no deben dejarse librados al azar de los tribunales de arbitramento.

Latinoamérica

EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y SUS POTENCIALES BENEFICIOS ANTE LA LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE GARANTÍAS MUEBLES

Daniel Parodi

Asociado de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)

El Convenio de Ciudad del Cabo y sus potenciales beneficios ante la legislación chilena sobre garantías muebles

El Convenio de Ciudad del Cabo, celebrado en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) el día 16 de noviembre de 2001 es una poderosa herramienta a disposición de los Gobiernos para volver a estimular sus economías mediante el fortalecimiento del acceso a crédito financiero de las empresas locales. En particular, el estímulo que su ratificación podría entregar hoy a la industria de la aviación comercial y en el futuro a otras industrias tales como minería, agricultura y construcción no debería ignorarse. En este breve artículo, exponemos algunas de las diferencias positivas que tiene el Convenio en comparación con la legislación chilena sobre garantías de bienes muebles.

PALABRAS CLAVE:

CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO, FINANCIACIÓN GARANTIZADA, GARANTÍAS SOBRE BIENES MUEBLES, AVIACIÓN.

The Capetown Convention and its Potential Benefits in Light of Chilean Legislation on Security Interests Over Movable Assets

The Cape Town Convention, signed in Cape Town, South Africa on November 16, 2001, is a powerful tool available for governments to re-stimulate their economies by strengthening access to financial credit for local companies. In particular, the stimulus that its ratification could provide today for the commercial aviation industry and in the future for other industries such as mining, agriculture and construction should not be ignored. In

this brief article, we discuss some of the positive differences that the Agreement has in comparison to Chilean legislation on security interests over movable assets.

KEY WORDS:

CAPE TOWN CONVENTION, SECURED LENDING, INTERNATIONAL INTEREST OVER MOVABLE ASSETS, AVIATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Parodi, Daniel (2020). El Convenio de Ciudad del Cabo y sus potenciales beneficios ante la legislación chilena sobre garantías muebles. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 219-224 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

A la luz de la ola de estrés financiero e insolvencia que ha afectado a las aerolíneas a nivel mundial, pero particularmente en Latinoamérica, debido a la pandemia de COVID-19 durante el año 2020, es importante revisar aquellos instrumentos que están a disposición de los Estados para fortalecer el acceso al crédito, modernizar sus instituciones y, consecuentemente, desarrollar sus mercados con el fin de estimular las economías de vuelta hacia su trayecto al desarrollo.

Una de las herramientas más útiles para ello es el Convenio Relativo a Garantías sobre Elementos de Equipo Móvil (el "Convenio"), celebrado en Ciudad de Cabo al término de la convención sostenida a finales del año 2001. También conocido como Convenio de Ciudad del Cabo (o *Cape Town Convention*, en inglés), busca unificar a través de normas internacionales el otorgamiento de garantías sobre elementos de equipo móvil y lograr, por consecuencia, mejorar las condiciones comerciales para la adquisición y arriendo de equipamiento de alto valor económico.

El Convenio cubre, a través de sus protocolos específicos, cuatro tipos de activos móviles: (i) aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros, (ii) material rodante ferroviario, (iii) activos espaciales y (iv) equipamiento minero, agrícola y de construcción. Hasta esta fecha solo el Protocolo específico a aeronaves ha entrado en vigor.

Los activos cubiertos por el Convenio son, en general, activos de alto valor económico que, por múltiples razones, requieren financiamiento de carácter internacional para su adquisición o arriendo. La principal de estas razones es el valor mismo del activo: una aeronave, un motor de aeronave, un helicóptero, una locomotora o maquinaria para la gran minería puede valer desde decenas de miles hasta los cientos de millones de dólares. Este hecho genera que las instituciones financieras en países en desarrollo puedan no disponer de la liquidez o el *know how* suficientes como para financiar la adquisición o el arriendo de dichos activos a precios competitivos.

Por ello, aerolíneas, compañías mineras y empresas de ferrocarriles, entre muchas otras, recurren a instituciones financieras internacionales especializadas en el arrendamiento (*leasing*) y el financiamiento de aeronaves y otros activos a nivel global. Estas instituciones no solo corren con el riesgo del negocio propiamente tal, sino que además tienen que internalizar en sus estructuras de costos y precios los riesgos jurisdiccionales propios de un negocio de alcance global.

2. Legislación chilena respecto de garantías sobre bienes muebles

Prácticamente cada jurisdicción del planeta tiene un distinto mecanismo de otorgamiento, perfección, registro y ejecución de garantías reales sobre estos activos. Hay países formalistas, como Chile y otras jurisdicciones civilistas, que requieren el otorgamiento de un instrumento físico de garantía sujeto a solemnidades específicas y su inscripción en algún registro público para el perfeccionamiento de la garantía.

En el caso de Chile, nos encontramos con múltiples variables. Por ejemplo, una garantía real sobre una aeronave se otorga mediante un contrato de hipoteca regulado por el Código Aeronáutico que se asimila a las hipotecas sobre bienes raíces; por el contrario, un motor de aeronave se entrega en garantía mediante una prenda sin desplazamiento regulada por la denominada Ley de Prenda sin Desplazamiento, al igual que se haría respecto de la gran mayoría de los bienes muebles. Sin perjuicio de que son tipos de garantías distintas, tienen casi los mismos requisitos formales o solemnidades. Así, ambas se pueden otorgar por escritura pública o instrumento privado, en cuyo caso, las firmas de las partes deberán ser autorizadas ante notario. En este último caso la prenda sin desplazamiento agrega un requisito adicional, ya que el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza las firmas (artículo 116 del Código Aeronáutico y artículo 2.º de la Ley de Prenda sin Desplazamiento).

Para su perfección, ambas garantías deben ser inscritas en los respectivos registros. La hipoteca se inscribe en el Registro Nacional de Aeronaves, que se encuentra a cargo de la Dirección General de Aeronáutica Civil (artículo 116 del Código Aeronáutico); mientras que la prenda se inscribe en el Registro de Prendas sin Desplazamiento que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 25 de la Ley de Prenda sin Desplazamiento). Aún más, si la prenda recayera sobre un vehículo motorizado que circule por calles y caminos públicos (como podría ser el caso de ciertos equipamientos para la minería, construcción o agricultura), también deberá ser anotada en el Registro de Vehículos Motorizados, que depende del Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 25, inciso segundo, de la Ley de Prenda sin Desplazamiento).

Las diferencias siguen aumentando, puesto que, en el caso de la hipoteca, su presentación para inscripción no se encuentra regulada y dicho trámite deberá ser realizado por una parte interesada, sea física o digitalmente. En cambio, en el caso de la prenda sin desplazamiento, es el notario interviniente quien tiene que cumplir por mandato legal con la presentación de la escritura de prenda para inscripción (artículo 24, inciso segundo, de la Ley de Prenda sin Desplazamiento).

Otro de los elementos más determinantes en las diferencias entre ambos instrumentos es la capacidad de verificar la existencia de un gravamen sobre un determinado bien. En el caso de las aeronaves es simple: el interesado puede solicitar al Registro Nacional de Aeronaves —solo con el número de matrícula— un certificado de hipotecas y gravámenes, con el cual tendrá certeza de los gravámenes que se han perfeccionado sobre la aeronave, tales como hipotecas, arriendos, subarriendos o intercambios. Lamentablemente, al no existir un registro de motores (al igual que con la mayoría de la demás maquinaria que podría quedar cubierta por el Convenio y sus protocolos),

no es posible que un potencial financista o refinancista sepa con plena certeza qué gravámenes afectan al motor.

Finalmente, un elemento gravitante que afecta a las garantías reales en Chile es que el sistema de garantías reales chileno supone, ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, la liquidación del bien dado en garantía mediante pública subasta y el repago de la deuda con los dineros obtenidos de ella. Es decir, ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por parte del deudor, el acreedor garantizado no tiene la facultad legal o derecho de apropiarse del bien, si no es a través de una transacción judicial o extrajudicial con el deudor o mediante su participación en el remate mediante el que se liquida el bien. En caso de que la venta del bien no alcance su real valor comercial o el monto de la deuda garantizada, el acreedor pasará a ser un acreedor *valista* (no garantizado) respecto del saldo. Este sistema tiene sentido en un paradigma decimonónico de bienes raíces cuyo valor no sufre grandes fluctuaciones por el paso de algunos meses o años; sin embargo, queda completamente obsoleto cuando se aplica a activos de alta tecnología, que requieren cuidado y mantención permanente, y respecto de activos para los cuales en Chile no hay un mercado líquido de compradores que pudieran pujar en la pública subasta, como sería por ejemplo en el caso de una aeronave de pasajeros de gran valor comercial.

Como se puede apreciar, la multiplicidad de garantías que pueden recaer sobre un activo móvil, dependiendo de su propia naturaleza, las diferencias entre ellas y un sistema excesivamente formalista, sumado a la incertidumbre generada por un procedimiento de ejecución cuyo resultado económico es potencialmente incierto, solo pueden provocar inseguridad en entidades financieras y/o arrendadoras de estos activos. Esa incertidumbre genera principalmente dos cosas: un aumento de los costos de la transacción, que naturalmente tienen que ser absorbidos por la parte deudora, y una reticencia por parte de nuevos competidores a entrar en nuestro mercado. Ambos efectos tienden a verse reflejados en un detrimento del acceso al crédito financiero.

Elementos como estos no son exclusivos de Chile, sino que tienden a ser comunes a los países hispanoamericanos, puesto que nuestros sistemas de otorgamiento y registro de garantías siguen conteniendo resabios de la época en que el activo de mayor valor era el bien inmueble, que requería de enormes formalidades para ser protegido.

3. El régimen del Convenio de Ciudad del Cabo

Tal como lo señala su preámbulo, el Convenio se creó con el fin específico de proporcionar un marco jurídico para las garantías internacionales sobre equipo móvil y formar un sistema internacional de inscripción para proteger dichas garantías, con el fin de fomentar la financiación de la adquisición de ese equipo de forma eficiente.

El régimen creado por el Convenio tiene tres elementos esenciales: la garantía internacional, el Registro Internacional y las medidas ante el incumplimiento de la obligación. Estos tres elementos fundamentales generan una serie de cambios importantísimos en relación con los antiguos sistemas nacionales de garantías reales y parecen presentar un número de ventajas frente a ellos.

3.1. La garantía internacional.

La garantía internacional (*international interest*) es un derecho constituido sobre un objeto identificable de conformidad con las reglas de su respectivo protocolo, (i) otorgada por el constituyente de un contrato de garantía, (ii) establecida en favor del vendedor condicional en virtud de un contrato de compraventa sometido a una condición suspensiva, o (iii) correspondiente al arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento (artículo 2 del Convenio). De tal forma, entendemos que la garantía internacional protege a los acreedores garantizados por una garantía real otorgada sobre el bien, a los vendedores condicionales y a los arrendadores.

Para su otorgamiento, la garantía solo tiene como requisitos formales los siguientes: (i) ser otorgada por escrito, (ii) estar relacionada con un objeto del cual el otorgante, el vendedor condicional o el arrendador puede disponer, (iii) permitir identificar el objeto de conformidad con su protocolo, y (iv) permitir determinar, en el caso de un contrato constitutivo de garantía, las obligaciones garantizadas, sin que sea necesario declarar una cantidad o una cantidad máxima garantizada (artículo 7 del Convenio).

Inmediatamente notamos un primer beneficio respecto de los sistemas existentes en Chile en la actualidad, la prescindencia del notario público y demás requisitos esencialmente formales o formalidades. Al no requerir la intervención de un notario público ni someterse a excesivos formalismos, como por ejemplo ser otorgado mediante escritura pública o que sus firmas tengan que ser autorizadas por un notario, la garantía internacional disminuye los costos de transacción y los tiempos necesarios para su otorgamiento.

3.2. El Registro Internacional.

La Convención dispone la creación de una autoridad supervisora y un registro único internacional en el que se inscriben las garantías internacionales. El Registro Internacional permite a sus usuarios inscribir las garantías internacionales y buscar con certeza aquellas ya inscritas. Los usuarios validados por el Registro Internacional pueden inscribir garantías internacionales, pero cualquier usuario desde cualquier parte del mundo puede buscar dentro de sus registros. Además, el Convenio, a través de la inscripción en el Registro Internacional, dispone reglas de prioridad basadas en el orden cronológico de las inscripciones cuando existe una pluralidad de garantías.

Nuevamente, la uniformidad, certeza y fácil acceso que el Registro Internacional otorga al sistema financiero presenta una ventaja respecto de la multiplicidad de sistemas existentes en Chile. No solo eso, sino que también disminuye los costos de transacción asociados a la búsqueda de gravámenes existentes. En los mercados de créditos financieros, mayor certeza tiende a ir de la mano de menores tasas de interés y, junto con menores costos de transacción, supone un mejor acceso al crédito, especialmente para empresas de menor tamaño, para las que estas variables son muy relevantes.

3.3. Medidas ante el incumplimiento de las obligaciones.

El Convenio, en su capítulo III, otorga al acreedor garantizado la opción de (a) tomar posesión o el control de bien dado en garantía, (b) vender o arrendar dicho bien, y (c) percibir o recibir todo ingreso o beneficio proveniente de la gestión o explotación de dicho objeto (artículo 8 del Convenio). Además de estas medidas específicas, el Convenio confiere libertad a las leyes nacionales de disponer (y a las partes del contrato de convenir) cualquier otra medida adicional que no sea incompatible con las disposiciones obligatorias del Convenio (artículo 12 del Convenio).

Esto implicaría un enorme avance en nuestra legislación, dado que le entregaría al acreedor múltiples alternativas adicionales a la pública subasta que hoy reina en Chile como mecanismo de ejecución de garantías. Es evidente que estos cambios normativos significarían una modificación por ampliación importante de las normas sustantivas y procedimentales que rigen la materia, pero no queda duda de que, creando un procedimiento específico expedito entregado a los tribunales ordinarios de justicia, se puede superar cualquier inconveniente.

4. Conclusión

La ratificación del Convenio y la adhesión a sus protocolos es un paso que, desde un punto de vista financiero y jurídico, debería traer beneficios a los países. La adopción de un sistema de otorgamiento, perfección y registro de garantías moderno, la homogenización internacional de las normas que le rigen, además de la ampliación del abanico de posibilidades con las que cuenta un acreedor ante el incumplimiento de las obligaciones deberían bajar el costo de financiamiento, beneficiando especialmente a aquellas empresas de menor o mediano tamaño que hoy se ven marginadas de esos mercados financieros, estimulando la competitividad de los mercados y, en el mediano plazo, promoviendo las posibilidades de crecimiento económico. Todo esto es de suma importancia hoy, en particular para estimular la alicaída industria aeronáutica.

Hoy más de ochenta países, incluyendo gran parte del mundo desarrollado, han ratificado el Convenio y su protocolo sobre aeronaves. Sin embargo, en la Sudamérica hispanohablante solo Argentina, Colombia y Paraguay lo han hecho, lo que da un enorme espacio de crecimiento para los demás países. Chile, a pesar de haber sido uno de los firmantes originales del Convenio en 2001, no lo ha ratificado.

La experiencia internacional demuestra que la adopción del Convenio no resulta libre de complejidades y generalmente se enfrenta a las aprensiones de aquellos sectores más conservadores de la doctrina y la práctica jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, el sistema de garantías internacionales creado por el Convenio no es excluyente de los sistemas nacionales de garantías y prioridades, y perfectamente puede coexistir y complementarse con ellos, tal como lo hace en todos los países en que se ha adoptado, de tal forma que pase a ser una herramienta más que coopere en el desarrollo de nuestro subcontinente.

Internacional

ENGLISH CONTRACT LAW FOR SPANISH LAWYERS. ARTICLE ONE - ENGLISH LAW CONTRACTUAL INTERPRETATION

Alex Bircham, Gillian Cahill y Tom Wethered

*Abogados del Área de Mercantil, Derecho Público y Procesal
y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)*

Derecho Inglés de los Contratos para Abogados españoles – Artículo uno – La Interpretación de los Contratos en Derecho Inglés

Presentamos el primer artículo, de una serie de tres, que pretenden ser una aproximación a los principios generales del Derecho Inglés de los Contratos y a su relevancia en el marco de operaciones societarias, mercantiles y financieras en el mercado español e internacional. Este artículo ofrece una introducción general a la elección del derecho inglés como ley aplicable, y proporciona un análisis del enfoque que adoptan los tribunales ingleses en relación con la interpretación de los contratos y la importancia que ello puede tener en la revisión de contratos sujetos a ley inglesa, o al adaptar un precedente sujeto a esta ley.

PALABRAS CLAVE:

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS, DERECHO INGLÉS.

English Contract Law for Spanish Lawyers. Article one - English law contractual interpretation

The first in a series of three Articles that will seek to provide an introduction to certain key principles of English contract law and its relevance in the context of Spanish/international corporate, commercial and financial transactions. The Article provides a general introduction to the choice of English governing law, and provides an analysis of the approach taken by the English courts to the interpretation of contracts and the implications for civil lawyers reviewing English law governed contracts, or adapting English law governed precedents.

KEY WORDS:

CONTRACTUAL INTERPRETATION, ENGLISH LAW.

FECHA DE RECEPCIÓN: 17-4-2020**FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-4-2020**

Bircham, Alex; Cahill, Gillian; Wethered, Tom (2020). English Contract Law for Spanish Lawyers. Article one - English law contractual interpretations. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 54, pp. 225-233 (ISSN: 1578-956X).

1. Introduction

This is the first in a series of three Articles that will seek to provide an introduction to certain key principles of English contract law and its relevance in the context of Spanish/international corporate, commercial and financial transactions.

Given the prevalence of English law as a governing law of choice in a variety of corporate, commercial and financial transactions, it will be useful for Spanish lawyers working on such transactions to have a basic grounding in these key principles as:

- i. it is likely that at some stage in their career they will be required to review and understand English law governed agreements in their day to day work; and
- ii. they may well be required to adapt English law governed precedents to produce Spanish law governed agreements.

This **first Article** will provide a general introduction to the choice of English law on cross-border transactions, as well as an analysis of the approach taken by the English courts to the interpretation of contracts and the implications for civil lawyers reviewing English law governed contracts, or adapting English law governed precedents.

The following two articles, which will be released in subsequent editions of *UM Juridica*, will cover:

Article two - the absence of any general doctrine of “good faith” under English law and the consequences of that regarding the drafting and interpretation of English law governed contracts; and

Article three - specific differences/issues that come up for Spanish lawyers when reviewing English law agreements and points to bear in mind when using an English law governed precedent as the starting point for drafting a contract under Spanish law.

2. Why choose English governing law?

Parties to any commercial or financial transaction may choose to agree that it should be governed by English law and that any disputes in connection therewith be resolved by the English Courts, even if neither the contract, nor its subject matter nor the parties have any particular connection

with the UK. There may be many reasons for choosing English law to govern a particular transaction - for example:

- i. **Confidence in the English Courts** and their reputation for speed, quality and neutrality;
- ii. **Freedom of contract and certainty of interpretation** - the ability of the parties to contract on the terms and in the manner that they choose, without the risk of unforeseen consequences derived from the application of codified statutes;
- iii. **English language** - international commercial and financial transactions, both in Spain and in many other countries, are frequently documented in the English language. If neither party has a strong preference to the contrary, this may sometimes lead to the parties opting for English law and the jurisdiction of the English Courts by default;
- iv. **England as a centre for arbitration** - London is home to a large range of arbitral bodies with high quality practitioners enabling international parties to resolve their legal disputes amicably without the need to litigate. Similarly, the UK is party to a number of international reciprocal arrangements, including the New York Convention, allowing for mutual recognition and enforceability of arbitral awards; and
- v. **Historical factors** - in the late 19th century, the British empire had widespread global reach that extended from Australia and New Zealand through the Far-East to embrace parts of Africa, Canada and the Caribbean. As a result, English law is well understood in these jurisdictions and often becomes a natural choice when parties from such countries are involved in international transactions.

3. Interpretation of English law governed agreements

What is distinctive about English law governed contracts and the way in which they are interpreted by the English Courts?

3.1. Freedom of contract and certainty of interpretation

There are certain basic requirements that must be observed in order to create a legally binding contract under English law including offer, acceptance, consideration (more on which in **Article three**), intention to create legal relations and sufficient certainty of terms. In a commercial transaction, documented in writing between professionally advised commercial parties, generally speaking these requirements do not give rise to particular difficulties. It will normally be clear at what point a contract has come into existence, and on what terms.

Aside from these basic technical requirements, in most respects under English contract law the parties are free to contract on the terms and in the manner that they choose. The scope for the application of "good faith" principles, or rules or terms derived from codified statutes, which may

have unforeseen or unintended consequences in each case, is accordingly significantly reduced when compared to the position in Spain and other civil law regimes.

This “freedom of contract” does however carry with it certain risks and responsibilities - the English Courts typically adopt a strict approach to the interpretation of contracts. The terms that the parties agree to will, generally, be enforced just as the parties agreed, regardless of whether that enforcement might lead to an unfair or unjust outcome. Under English law, more often than not, fairness is assumed to be part of the assessment made by the parties when they decide what terms to contract on, and not *ex post* depending on later factual circumstances. For that reason, English courts have consistently refused to resolve questions of contractual interpretation by reference to any general doctrine of “good faith” - which we will explore more in **Article two**. This means that the drafting used in an English law governed contract, the exact words used, carries even more weight than it would in an equivalent Spanish law governed agreement underpinned by the *Código Civil* and other statutes and subject to the doctrine of “good faith” in its interpretation by the Spanish Courts.

3.2. Textual and contextual approach

The approach of the English Courts to the interpretation of contracts is to focus on:

“the meaning [that the clause in question would have] to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract” (Investors Compensation Scheme Ltd West Bromwich Building Society (No 1) [1998] 1 WLR 896).

This means that the English Courts will look at the drafting of the applicable provisions and the contract generally to construe the objective meaning of the words that the parties have used to express their intention. The Court will also consider the broader context: *“the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract”* - but only to a limited extent.

Note that **the test is objective**; the English Courts will generally ignore subjective evidence of what the parties may actually have intended, an attitude that clearly departs from that of the Spanish Courts.

3.3. What elements will the English Courts take into consideration?

The English Courts will start with the ordinary meaning of the applicable provisions of the contract, seeking to construe the objective meaning of the words on the page in the context of other objective elements which may serve to assist their interpretation, such as:

- i. other relevant provisions of the contract;
- ii. the objective of the contract;

- iii. facts and circumstances that would reasonably have been available to the parties at the time that they entered into the contract; and
- iv. applicable commercial customs and practices.

Note that the English Courts view contractual interpretation as an iterative process - the Court takes the ordinary meaning of the applicable provisions, and if the objective meaning is clear in the context of these objective elements listed above, then the Court will not seek to construct an alternative interpretation.

3.4. What elements will the English Courts not take into consideration?

As mentioned, the English Courts will generally not take into consideration subjective evidence of what the parties may have actually intended, or other subjective elements such as pre-contractual communications or negotiations or the subsequent conduct of the parties after the contract has been entered into. In addition, the English Courts will *not* apply any general principle of “good faith” to resolve doubts, gaps or ambiguities in the drafting of an English law governed agreement (See, for example, *MSC Mediterranean Shipping Company S.A. v Cottonex Anstalt* [2016] EWCA Civ). Both of these represent fundamental differences from the civil law approach, including that of the Spanish Courts.

3.5. How do the English Courts justify this approach?

This approach is justified on a two-fold basis. First, it is the natural consequence of the freedom of the parties to contract on whatever particular terms they agree to. Second, interpreting contracts in this manner promotes greater certainty as to how contractual provisions will be interpreted and, as a consequence of that certainty, reduces the extent to which disputes may arise and have to be resolved through litigation or other dispute resolution processes.

A premium is therefore placed on English law governed contracts being clear, comprehensive and lacking in ambiguity. Accordingly, such agreements tend to be long and detailed and in some respects cover points which may be thought to be obvious or remote (the “*what happens if*” scenario).

4. Contrast with the approach taken to CONTRACTUAL Interpretation by the Spanish Courts

4.1. How does this differ from the approach applied by the Spanish Courts?

The goal of contractual interpretation under Spanish Law is to determine the meaning of the contract that is faithful to the common intention of the parties when they agreed to the contract. To that effect, they may use a number of interpretive criteria and tools. Among them, the Spanish

Courts will have regard to the doctrine of “good faith” in their interpretation of the contract, which doctrine is not capable of being excluded by the parties. To ascertain the common intention of the parties, the Spanish Courts will take into account such subjective elements as:

- i. pre-contractual communications or negotiations;
- ii. evidence of the actual intention of the parties; and
- iii. the subsequent behavior of the parties.

Such elements are in addition, of course, to the objective elements listed in the previous section in relation to English law contractual interpretation, which will also be available to the Spanish Courts to assist the process of contractual interpretation.

4.2. Do the differences matter in practice?

If an agreement is well drafted and contains no doubts, gaps, ambiguities or inconsistencies in the drafting, the varying approach to interpretation between the English and the Spanish Courts will likely not lead to significantly different interpretations.

However, where provisions of a contract are ambiguously or loosely drafted, or are inconsistent or incomplete, difficulties may arise and the two approaches may produce different results. As a result, a working knowledge of English law rules of contractual interpretation and an understanding of the greater emphasis placed on clear, precise and unambiguous drafting by the English Courts is very useful for any lawyer (English or otherwise) reviewing English law governed agreements, adapting an English precedent to Spanish law, or generally dealing with drafting-obsessed English lawyers.

5. Wood v Capita - An example of where the differences did matter

The English Courts’ approach to contractual interpretation is illustrated by the recent judgement of the Supreme Court of England and Wales in *Wood v Capita Insurance Service Ltd* [2017] UKSC 24.

5.1. Wood vs Capita - background and facts

In that case, Capita acquired an insurance company from Wood by way of a share acquisition. Subsequently it became apparent that the target company acquired had, prior to the acquisition, engaged in mis-selling insurance products to customers. This issue was self-reported to the appropriate regulatory authority, which then approved a compensation scheme for affected customers. Capita sued Wood, wishing to recover the losses suffered.

The Share Purchase Agreement (the “SPA”) entered into by Wood and Capita contained a warranty which would, it appears, have covered the mis-selling activities, but the two year time limit for bringing claims under such warranty had already expired. As a result, the warranty was of no use to Capita.

In addition, the SPA contained an indemnity which was not subject to the two year time limit. The wording of the indemnity was as follows:

*“The Sellers undertake to pay to the Buyer an amount equal to the amount which would be required to indemnify the Buyer and each member of the Buyer’s Group against all actions, proceedings, losses, claims, damages, costs, charges, expenses and liabilities suffered or incurred, and all fines, compensation or remedial action or payments imposed on or required to be made by the Company **following and arising out of claims or complaints registered with the FSA, the Financial Services Ombudsman or any other Authority against the Company, the Sellers or any Relevant Person** and which relate to the period prior to the Completion Date pertaining to any mis-selling or suspected mis-selling of any insurance or insurance related product or service.” (bold emphasis added for the purposes of this Article)*

This indemnity clause was not well drafted, and it is not entirely clear what losses, exactly, it was intended to cover. In particular, it was very unclear whether the reference to “arising out of claims or complaints registered with the FSA” could cover the facts of the present case where Capita had self-reported the mis-selling activities.

5.2. What did the Supreme Court decide?

Ultimately, the Supreme Court interpreted the indemnity (with particular reference to the words in bold highlighting) as applying only in the case of “claims or complaints” being made to the authorities by customers, and not in instances of self-reporting. This finding was made despite the fact that the indemnity did not expressly mention that the “claims or complaints” needed to be registered with the FSA, i.e., by customers.

For the Supreme Court, the loss had been suffered by Capita as a direct result of the self-reporting to the relevant authorities and not through claims, complaints or other actions by customers. Accordingly, there was no valid claim under the indemnity.

While the judgement does not directly address the point, it should be noted that under English law contractual interpretation principles, the fact that Capita had presumably acted properly in reporting the matter to the authorities and had possibly prevented the need for claims to be made by individual customers - which might well have given rise to a claim under the indemnity - was not relevant for the Supreme Court in the question as to how the indemnity should be interpreted and applied.

At first glance this decision seems harsh for Capita - so how, if at all, is the decision of the Supreme Court justified?

5.3. How was that decision reached?

First, the Supreme Court noted that two years after the Agreement had been entered into was a reasonable period within which to discover mis-selling issues - and during that two-year period Capita would have had recourse under the applicable warranty. Second, it was not contrary to commercial common sense for the Agreement to have contained broad warranties which were limited in time and also a specific indemnity which was not subject to the same time limit but which was more limited in scope. Third, it was not the role of the Court to go against the ordinary meaning of the words chosen and used by the parties in the indemnity clause so as to improve what had turned out to be a bad bargain for one of the parties.

However, if the same issue had arisen on the same facts but in connection with a Spanish law governed contract, it is very possible that the Spanish Courts would have decided the question the other way. In particular, the application of the doctrine of good faith, or the availability of evidence relating to the common intention could have allowed much greater latitude in reaching the conclusion that the actual intention of the parties was that the indemnity should apply in these circumstances.

6. Conclusions and practical advice

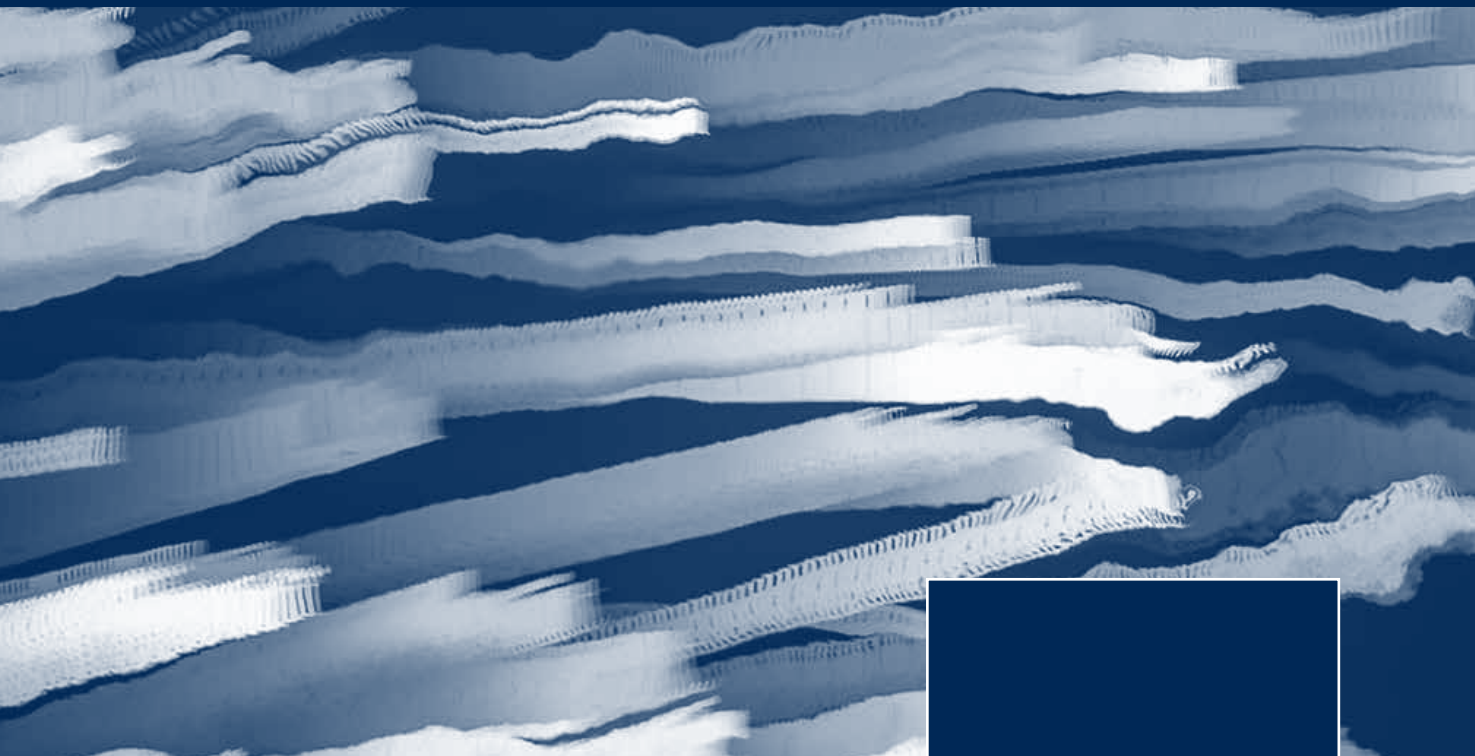
If English law is chosen as the governing law for a commercial or financial transaction, care must be taken to understand how the English law rules of contractual interpretation will affect the drafting and negotiation process and the manner in which the client's objectives may be achieved.

Freedom of contract has many advantages, but also some disadvantages - the strict approach of the English Courts (and arbitral tribunals) to the interpretation of contracts which are subject to English law imposes responsibilities on the parties and their legal advisers which may not be immediately apparent to those used to operating in civil law jurisdictions.

Key points for Spanish lawyers to consider when reviewing an English law agreement or adapting English law precedents include:

- i. **precise drafting is essential:** given the approach of the English Courts to contractual interpretation, there is greater pressure on the drafting employed in English law governed agreements. Drafting must be as precise as possible to eliminate potential ambiguities or uncertainties;
- ii. **deal with the "what if" scenario because the English Courts won't do it for you:** an English law agreement will need to be drafted in such a way so as to cover all eventualities which may reasonably be foreseen at the time of entering into the contract. The English Courts have far less scope to employ interpretive criteria that are not linked to the contract and to objective elements, including considerations of "good faith", to resolve outcomes that have not been provided for in the contract;

- iii. **English law precedents are helpful for Spanish lawyers:** the requirements for precise drafting and that all possible eventualities be addressed (as set out in *i* and *ii* above), together with the fact that the English language used in the precedent is likely to be of a high standard, mean that an English law precedent is often a good starting point for a Spanish lawyer producing an English language Spanish law governed agreement, provided that it is correctly adapted for Spanish governing law. **Article three** will explore in detail certain peculiarities of English law which should be taken into account when adapting English law governed precedents;
- iv. **be very careful using Spanish precedents as a base for English law contracts:** for exactly the equivalent and opposite reasons, Spanish lawyers should think twice before adapting a Spanish law precedent to produce an English law governed document; and
- v. **English law contracts should always be drafted in the English language:** given the focus of the English Courts on the precise wording of the contract, it will rarely, if ever, make sense for a contract which is drafted in a language other than English to be subject to English law. For these reasons, the UM IEC Team would never recommend that a client enter into an English law governed contract drafted in a language other than English. If it is necessary for the document to be subsequently translated into Spanish or any another language, it will be important to establish that the English language version prevails over any such other versions.



Directrices
para las
colaboraciones

Directrices para las colaboraciones

Con objeto de facilitar la labor de la Redacción, se ruega a nuestros colaboradores que se ajusten a las siguientes líneas de orientación en la presentación de sus artículos.

Los autores entregarán el original en la fecha designada por la Dirección de la REVISTA. Con objeto de que se puedan corregir las posibles erratas, se les enviará una prueba de maquetación.

La Dirección de la REVISTA introducirá, si lo estima conveniente, las modificaciones que sean necesarias para mantener los criterios de uniformidad y calidad que requiere la publicación, e informará de ello a los autores.

Los originales deberán ser inéditos y estar referidos a los contenidos propios de la REVISTA, sin ningún tipo de premaquetación o paginación.

Si un autor presentara en su trabajo cuadros, gráficos o imágenes no elaborados por él, será de su responsabilidad la obtención de los pertinentes permisos de sus legítimos propietarios para poder publicarlos.

1. Características

1.1. Características de los artículos

- Contenido analítico (no meramente descriptivo). Se evitarán en lo posible debates excesivamente teóricos.
- Extensión: entre 15 y 20 folios.
- Se podrán incluir (aunque no es necesario) notas al pie de página, limitadas en número y, sobre todo, en extensión.
- Todos los artículos deberán encabezarse, debajo del título y el autor, con un breve resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).

1.2. Características de los foros

- Contenido menos analítico y más descriptivo, pero se puede efectuar un análisis somero de alguna cuestión especialmente relevante. Debe hacerse un brevísimo resumen de su contenido en el idioma en que esté redactado (español o portugués) y traducción de este resumen al inglés. También se incluirán cuatro o cinco palabras claves (español o portugués, e inglés).
- Extensión entre 5 y 10 folios.
- No se pueden incluir notas al pie.

1.3. Características de las crónicas de legislación y jurisprudencia

- Deben limitarse a una enumeración de las normas o decisiones judiciales más relevantes, con un breve resumen de su contenido.
- Extensión de no más de 9 páginas por cada sección (incluyendo tanto la parte de España como la de Portugal).

2. Normas de estilo

2.1. Formato

- Letra Times New Roman, 12 puntos
- Interlineado 1,5 líneas
- Sin sangrías ni espaciados

2.2. Títulos, epígrafes y subepígrafes

- El título de la colaboración se escribirá en mayúsculas y negrita.
- En los originales, se escribirán los títulos de epígrafes en mayúsculas y negrita; los títulos de subepígrafes, en minúsculas y negrita.
- La numeración de epígrafes y subepígrafes se hará según el siguiente modelo:

1. EPÍGRAFE

1.1. Subepígrafe

(Se evitarán terceros niveles)

2.3. Utilización de cursivas, negritas y subrayados en el texto principal

- Se evitarán las negritas y los subrayados en el texto principal; se utilizará la cursiva para resaltar.
- Las citas textuales irán siempre entrecomilladas y en letra cursiva. La identificación de la fuente ha de hacerse de forma inequívoca por medio del sistema de autor, fecha y página (estilo de cita APA), con arreglo a los siguientes ejemplos:
- Como afirmó en su día Menéndez (1978: 353), “la existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima”.
- Ya lo dijo la doctrina: “La existencia de acuerdos de voto no es patrimonio exclusivo de la sociedad anónima” (Menéndez, 1978: 353).

2.4. Citas doctrinales

En los artículos y foros se debe incluir una bibliografía final ordenada por apellidos de los autores que recoja única y exclusivamente las obras que se han citado en el cuerpo de la contribución (no deben aparecer otras referencias adicionales). Si no se ha citado bibliografía en el texto del artículo o del foro, no se incluirá ese apartado final. En caso de que se citen varias obras del mismo autor, se seguirá un orden cronológico de aparición. Cuando la obra sea anónima, se alfabeticará por la primera palabra del título.

Las **citas bibliográficas seguirán el sistema internacional APA** y se harán de acuerdo con los siguientes modelos:

LIBROS:

APELLIDOS, nombre (año). *Título del libro en cursiva*. Ciudad: editorial (edición). Ejemplo: URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo (2000). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons (27.^a ed. revisada en colaboración con María Luisa Aparicio).

ARTÍCULOS DE REVISTA:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo sin comillas. *Nombre de la revista en cursiva*, número, páginas. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1984). Escisión de sociedad anónima y obligaciones convertibles. *Revista de Derecho Mercantil*, 172-173, pp. 227-269.

COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título de la colaboración sin comillas. En inicial y APELLIDOS (mención de responsabilidad), *Título de la obra colectiva en cursiva*. Ciudad: editorial, [volumen], páginas que ocupa la colaboración. Ejemplo: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (1994). Calificación jurídica del crédito de descuento documentado en póliza. En A. POLO DÍEZ (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*. Madrid: La Ley, vol. II, pp. 1797-1812.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS:

APELLIDOS, nombre (año). Título del artículo o colaboración sin comillas. *Título de la publicación electrónica en cursiva*, número, [páginas]. Recuperado de <página web>,. Ejemplo: PAZ-ARES, Cándido (2003). La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 4, pp. 1-61. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf.

Oficinas URÍA MENÉNDEZ

ESPAÑA

BARCELONA
Av. Diagonal, 514
08006 Barcelona, Spain
barcelona@uria.com
+34 93 416 51 00

BILBAO
Torre Iberdrola Planta 21
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao, Spain
bilbao@uria.com
+34 94 479 49 20

MADRID
C/ Príncipe de Vergara, 187
Plaza de Rodrigo Uría
C/ Suero de Quiñones, 42
28002 Madrid, Spain
madrid@uria.com
+34 915 860 400

VALENCIA
C/ Colón, 28
46004 Valencia, Spain
valencia@uria.com
+34 96 352 91 91

PORTUGAL

LISBOA
Praça Marquês de Pombal, 12
1250-162 Lisboa, Portugal
lisboa@uria.com
+351 21 030 86 00

OPORTO
Bom Sucesso Trade Center
4150-146 Porto, Portugal
porto@uria.com
+35 1 22 030 86 00

EUROPA

BRUSELAS
Espace Meeûs
Square de Meeûs 40
1000 Brussels, Belgium
bruxelles@uria.com
+32 (0) 2 639 64 64

LONDRES
125 Old Broad Street
17th floor
EC2N 1AR London, United Kingdom
london@uria.com
+44 (0)20 7260 1800

LATINOAMÉRICA

BOGOTÁ
Carrera 9 # 74-08
Bogotá, Colombia
bogota@uria.com
+571 326 8600

LIMA
Av. Santa Cruz No. 888 Piso 4
15074 Miraflores, Lima, Peru
peru@uria.com
+511 513-7200

SANTIAGO DE CHILE
El Golf 40, Piso 20
Santiago, Chile
chile@uria.com
+56 22 364 37 00

ESTADOS UNIDOS

NUEVA YORK
277 Park Avenue
New York, NY 10172
newyork@uria.com
+1 212 593 13 00

URÍA
MENÉNDEZ
www.uria.com